Manual de Derechos Humanos

Tomo II

Sebastián A. Rey
(coordinador)

COLECCIÓN MORRAL DE APUNTES

EDUNPAZ
Editorial Universitaria

Manual de Derechos Humanos

Manual de Derechos Humanos

Tomo II

Sebastián A. Rey
(coordinador)

Julia Ben Ishai, Ornella Bergés, Gabriel Bicinskas, Marina Chertcoff, Marina Ditieri, Marcos Filardi, Macarena Gómez, Tatiana Hirschhorn, María Laura Iseas, Rosario Muñoz, Sebastián Rey y Juan Pablo Vismara
(autores/as)

EDUNPAZ
Editorial Universitaria

COLECCIÓN **MORRAL DE APUNTES**

Manual de derechos humanos : tomo II / Sebastián Alejandro Rey ... [et al.] ;
coordinación general de Sebastián Alejandro Rey ; prefacio de Darío Kusinsky. -
1a ed. - José C. Paz : Edunpaz, 2023.
Libro digital, PDF - (Morral de Apuntes)
Archivo Digital: descarga
ISBN 978-987-8262-26-0
1. Derechos Humanos. I. Rey, Sebastián Alejandro, coord. II. Kusinsky, Darío, pref.
CDD 341.48

1ª edición, septiembre de 2023
© 2023, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731
José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina
© 2023, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-8262-26-0

Universidad Nacional de José C. Paz
Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**
Vicerrectora: **Silvia Storino**
Secretaria General: **María Soledad Cadierno**
Directora General de Gestión de la Información y
Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**
Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**
División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**
Diseño de colección: **Amalia González**
Coordinación editorial: **Paula Belén D´Amico**
Corrección de estilo: **María Laura Romero**

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

Índice

Presentación
Darío Kusinsky 13

Palabras introductorias
Sebastián A. Rey 17

Capítulo 1. Reglamentación, restricción y suspensión de derechos
Gabriel Bicinskas y Sebastián A. Rey 21

1. Reglamentación razonable y restricción legítima de los derechos humanos 25
2. Suspensión del ejercicio de los derechos humanos 33

Capítulo 2. Derecho a la protección judicial y garantías del debido proceso
Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey 37

1. Derecho a la protección judicial 39
2. Alcance de las garantías del debido proceso 44
3. Breve referencia a las garantías reconocidas en el artículo 8 de la CADH 51

Capítulo 3. Mecanismos internos de protección de derechos humanos
Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey 77

1. El amparo 79
2. El *habeas corpus* 88
3. El *habeas data* 103

Capítulo 4. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos
Sebastián A. Rey 109

1. La protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. La Comisión de Derechos Humanos. El Consejo de Derechos Humanos 111
2. Mecanismos de protección previstos en los tratados universales de derechos humanos 122

Capítulo 5. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos
Sebastián A. Rey 137

Capítulo 6. Introducción a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
Marina Chertcoff y Sebastián A. Rey 149

1. Crítica a la teoría de las generaciones de derechos humanos 151
2. Naturaleza de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales 161

Capítulo 7. Derecho a la salud
Marina Chertcoff y Sebastián A. Rey 169

1. Marco normativo internacional e interpretación de los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos 171
2. Marco normativo y jurisprudencia nacional 182

Capítulo 8. Derecho a la salud sexual y reproductiva. La interrupción voluntaria del embarazo
Marina Ditieri y Sebastián A. Rey 199

1. Derecho a la salud sexual y reproductiva 201
2. La interrupción voluntaria del embarazo 214

Capítulo 9. Derecho a la vivienda
Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey 233

Capítulo 10. Derecho a la alimentación
Marcos Filardi y Sebastián A. Rey 253

Capítulo 11. Derecho al agua
Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey 265

Capítulo 12. Derecho al medio ambiente sano
Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey 279

Capítulo 13. Derecho a la educación
Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey 297

Capítulo 14. Derecho del trabajo y libertad de asociación en la jurisprudencia de la Corte IDH
Sebastián A. Rey 317

1. La libertad de asociación y el derecho a la huelga 320
2. El principio de legalidad y el debido proceso en las relaciones laborales 328
3. El derecho del trabajo como derecho social 331

Capítulo 15. Derecho a la igualdad y no discriminación
Julia Ben Ishai y Sebastián A. Rey 341

1. Igualdad formal e igualdad sustancial 343
2. Las acciones positivas 351

Capítulo 16. Discriminación por motivo del sexo y del género
Julia Ben Ishai y Sebastián A. Rey 357

1. Sexo, género y diversidades 359
2. La lucha por la igualdad de los géneros y el reconocimiento de derechos 365
3. Violencia contra la mujer y violencia de género 374

Capítulo 17. Derecho de las personas con discapacidad
Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey 393

Capítulo 18. Derechos de niños, niñas y adolescentes
Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey 415

1. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Autonomía progresiva e interés superior del niño 417
2. Alcance de algunas garantías judiciales en procesos en los que participen NNyA 427
3. Derecho al nombre y derecho a la identidad 440
4. La protección de la vida familiar 445

Capítulo 19. Derechos de las personas en contextos de movilidad humana
Marcos Filardi y Sebastián A. Rey 455

Capítulo 20. Derechos de los pueblos indígenas y de las personas afrodescendientes
Laura Iseas y Sebastián A. Rey 489

1. Derechos de los pueblos indígenas 491
2. Derechos de las personas afrodescendientes 506

Capítulo 21. Derecho a la vida
Laura Iseas y Sebastián A. Rey 513

1. La pena de muerte 516
2. La eutanasia y la muerte asistida. El derecho a una muerte digna 522

Capítulo 22. Las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales y las desapariciones forzadas de personas
Macarena Gómez y Sebastián A. Rey 533

1. Las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales 535
2. Las desapariciones forzadas de personas. El derecho a la personalidad jurídica 542
3. El derecho a la verdad 549

Capítulo 23. El deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. La experiencia argentina
Sebastián A. Rey 553

1. Fundamentos de la pena y de la necesidad de castigo de los crímenes internacionales 555
2. Estándares en materia de juzgamiento de crímenes internacionales en el Derecho Internacional 559
3. El juzgamiento de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Argentina (1972-1983) 577

Capítulo 24. Derecho a la libertad personal
Ornella Bergés y Sebastián A. Rey 589

Capítulo 25. Trata de personas, trabajo forzado y esclavitud
Sebastián A. Rey 607

Capítulo 26. Derecho a la integridad personal
Laura Iseas y Sebastián A. Rey 633

1. La tortura 636
2. Los tratos crueles, inhumanos o degradantes 645

Capítulo 27. Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información
Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey 649

1. El derecho a la libertad de expresión 651
2. El derecho de rectificación o respuesta 687
3. El derecho al acceso a la información 690

Capítulo 28. Derecho a la intimidad y a la privacidad
Marina Ditieri y Sebastián A. Rey 695

1. Tensiones entre el derecho a la intimidad y otros derechos humanos 704
2. El derecho a la intimidad y a la privacidad en la era digital. El derecho al olvido 708

Abreviaturas 721

Los autores y las autoras 725

Presentación

Darío Kusinsky

Algo más de dos años después de la aparición del Tomo I, ponemos a disposición de nuestra comunidad universitaria el segundo tomo de esta obra que, sin dudas, merece que la recibamos con la celebración y expectativa que nos generó la lectura de aquella primera publicación. Este nuevo texto se inscribe en la tradición de la universidad pública de acompañar y aportar, en lo que de ella dependa, a la lucha por la plena vigencia de los derechos humanos en nuestro país, haciendo foco en la formación de abogadas y abogados con capacidad de comprender las dimensiones éticas, políticas y sociales de la actividad profesional que desempeñan.

Cuarenta años de democracia nos trajeron, además de una serie de logros institucionales en términos de legitimidad de las políticas estatales, una exitosa política de acceso a la educación superior. Al mismo tiempo sabemos del desafío que implica la relación entre una matrícula que proviene de zonas económicamente desfavorecidas, prácticas institucionales universitarias y crecimiento del sistema. El carácter complejo de la formación profesional en el primer cuarto del siglo XXI implica, en lo formal y en lo material, un movimiento diferenciado con relación a las universidades tradicionales del sistema que apunta a garantizar el derecho a la educación, y de buena calidad, a lo largo de toda la vida. En este sentido la Ley N° 27204, de implementación efectiva de la responsabilidad del Estado en el nivel de educación superior, en primer lugar, reemplaza la conceptualización acerca de la educación superior como "servicio" por el reconocimiento de que la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho humano personal y social. En segundo lugar, instaura la responsabilidad principal e indelegable del Estado sobre la educación superior como garante de la igualdad de oportunidades y de con-

diciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso, y ordena proveer equitativamente en la educación superior de gestión estatal, becas, condiciones adecuadas de infraestructura y recursos tecnológicos apropiados para todas aquellas personas que sufran carencias económicas verificables. Y, en tercer lugar, consagra la gratuidad de los estudios de grado en las instituciones educativas universitarias de gestión estatal.

El tomo II del *Manual de Derechos Humanos* es una obra en la que el abordaje de la temática y el compromiso del Dr. Rey con la educación inclusiva y democrática permitieron que confluyeran las voces de todo el cuerpo docente que, cada cuatrimestre, transmite a futuras abogadas y a futuros abogados la pasión por la defensa y la plena efectividad de los derechos humanos. Al mismo tiempo, a lo largo de este libro emerge la valoración del desarrollo del proceso de formación profesional, desde una perspectiva crítica, integral y contextualizada culturalmente, atendiendo a la subjetividad de la época. Efectivamente, las y los autores no eluden los discursos que moldean al sujeto contemporáneo y que han intentado, también a lo largo de la historia, expulsar y silenciar aquellas singularidades, otrora marginadas de los debates académicos por incómodas o políticamente incorrectas. Se dieron cita aquí, para orgullo de nuestra comunidad académica, los temas clásicos en la materia: el derecho a la salud, a la salud sexual y reproductiva, la discriminación por motivo del sexo y del género, el derecho de las personas con discapacidad, los derechos de niños, niñas y adolescentes, los derechos de los pueblos indígenas y de las personas afrodescendientes, las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales y las desapariciones forzadas de personas, la trata de personas, el trabajo forzado y la esclavitud, el derecho al olvido, etcétera.

Dispuestas y dispuestos a no soslayar el papel político de la universidad, el valor social de las instituciones universitarias y de las titulaciones, con los complejos entramados del mundo social y laboral sobre las certificaciones educativas, felicitamos a este cuerpo académico y auguramos a esta obra un éxito. Elogiamos y aplaudimos un libro que no sólo será una herramienta clave, de acceso libre y gratuito, para más de 1000 estudiantes que todos los años pasan por las aulas de la materia Derechos Humanos y Garantías. Será también una pieza de consulta fundamental para las operadoras y los operadores jurídicos.

Darío Kusinsky
Rector de la Universidad Nacional de José C. Paz

Palabras introductorias

Sebastián A. Rey

En agosto de 2021, cuando EDUNPAZ publicó el *Manual de Derechos Humanos* de mi autoría, deliberadamente aclaramos en el título que se trataba del Tomo I. Ello implicaba un compromiso de que íbamos a avanzar hacia esta segunda publicación.

Luego de dos años de intenso trabajo, quienes formamos parte del equipo docente de la materia Derechos Humanos y Garantías en la Universidad Nacional de José C. Paz hemos finalizado el Tomo II del *Manual*, que brinda una herramienta valiosa para los y las estudiantes de Abogacía, pues completa todos los contenidos del Programa de la asignatura que forma parte del Plan de Estudios de la carrera que fue presentado ante la CONEAU y aprobado a fines del año 2020.

Si bien existen algunos manuales sobre derechos humanos, en su mayoría son compilados de artículos de diferentes personas. Mi intención no fue esa, sino que todo el *Manual* tenga el mismo estilo, estructura y marco teórico. Por ende, es una obra colectiva y no una suma de aportes individuales, que explica con abundantes y pertinentes citas bibliográficas la normativa y jurisprudencia nacional e internacional más relevante. Ello la vuelve útil también para quienes día a día ejercen la profesión, así como para quienes desde la docencia buscan actualizar su conocimiento sobre derechos humanos.

Para concluir, quiero destacar las razones por las que, a mi entender, esta publicación es única en la materia.

Primero, porque al igual que el Tomo I, su versión digital puede ser descargada gratuitamente desde la página web de la editorial, lo que garantiza

su acceso a estudiantes y docentes de todo el país.[1] La UNPAZ, además, ha realizado un enorme esfuerzo editorial para que la versión impresa tenga un costo bajísimo, casi irreal para los valores actuales de la bibliografía jurídica.

Y, en segundo término, porque es un libro producto de esta época. Por ende, ha sido escrito teniendo en cuenta la perspectiva de género y utilizando un lenguaje inclusivo, ambas cuestiones indispensables para la formación de estudiantes de Abogacía.

Sebastián A. Rey
Junio de 2023

1. La publicación se encuentra disponible en https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/59

Capítulo 1

Reglamentación, restricción y suspensión de derechos

Gabriel Bicinskas y Sebastián A. Rey

En general, la mayoría de las personas –entre las que se encuentran quienes estudian Abogacía– cree que hay derechos humanos absolutos, entre los que sobresale el derecho a la vida. Sin embargo, todos los derechos tienen límites; es decir, son relativos.

Pese a que la importancia del derecho a la vida está reconocida en la mayoría de las constituciones y tratados de derechos humanos, este derecho también se encuentra sujeto a ciertas limitaciones necesarias.

Por ejemplo, ante la amenaza real e inminente de que se produzca un daño al derecho a la vida se encuentra autorizado el uso de la fuerza, lo que se conoce como legítima defensa –artículo 34 del CPNA–. En este caso, la limitación al derecho a la vida se justifica por razones de defensa de la propia vida y de protección de los demás.

Algo similar ocurre cuando se invoca el estado de necesidad. Si un barco se hunde y hay un solo salvavidas disponible, una persona puede justificar su acción de tomarlo para salvar su propia vida, aun cuando ello implique que las demás mueran, ya que no tiene otra opción disponible.

Finalmente, en el marco de los conflictos armados, las personas que combaten están autorizadas a utilizar la fuerza letal y no serán perseguidas penalmente por ello.

Si un derecho fuese absoluto, dos personas con derechos opuestos nunca podrían resolver sus diferencias legalmente. Así, si el derecho a la libertad de expresión fuese absoluto, entonces cualquier persona podría decir cualquier cosa sin consecuencias, incluso si sus palabras causan un daño o incitan a la

violencia. Esto podría llevar a un clima de odio y división en la sociedad sin herramientas para ponerle un fin.

Establecer límites al ejercicio de ciertos derechos permite, además, proteger a los grupos más vulnerables y asegurar que las personas no abusen de sus derechos para dañar a otras. Por esta razón, los instrumentos de derechos humanos tienen fórmulas muy similares que reconocen la existencia de límites a los derechos humanos contenidos en ellos.

En efecto, el artículo 29 de la DUDH establece que los derechos y libertades de las personas solo pueden ser limitados por ley para asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. La DADH, en su artículo XXVIII, dispone que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Finalmente, la CADH establece en su artículo 32 la correlación entre deberes y derechos, indicando que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

En todos estos instrumentos se subraya la idea de que los derechos humanos no son absolutos y deben estar sujetos a ciertas limitaciones para garantizar la protección de los derechos y libertades de todas las personas, así como el bienestar general de la sociedad y la vida en una sociedad democrática.

Tradicionalmente, se ha considerado que los derechos humanos limitan el poder del Estado. Ahora bien, si el derecho es el resultado de una lucha de poder,[1] la forma en que se limita un derecho es el terreno de juego de una de las luchas más importantes. En este sentido, no pocas veces se introducen límites que implican fuertes debilitamientos a las leyes que se sancionan, que pierden así la eficacia que se pretendía. Para evitar que se desnaturalicen los derechos humanos y que bajo la excusa de su natural y correspondiente limitación sean reducidos a su mínima expresión, se han establecido ciertos requisitos que no pueden soslayarse y sin los cuales esa limitación puede ser cuestionada y hasta eliminada.

1. Cf. Von Jhering, R. (2018). *La lucha por el derecho*. Madrid: Dykinson, p. 123.

1. Reglamentación razonable y restricción legítima de los derechos humanos

Para que los derechos puedan ser ejercidos de manera efectiva y equilibrada es necesario establecer ciertas reglas y condiciones. A ello llamamos reglamentar un derecho. Por su parte, restringir los derechos implica establecer límites de carácter permanente a su goce y ejercicio en función de un interés estatal relevante.

Si bien toda norma puede ser reglamentada, no todas deben necesariamente serlo. La omisión legislativa no puede impedir el ejercicio de un derecho, puesto que, como sostuvo la CSJN en "Ekmekdjian c/Sofovich"[2] –con cita de la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte IDH–, la exigibilidad de una norma que no requiera reglamentación y una que sí, pero esté sin reglamentar, es la misma.

Tratándose de derechos humanos, su reglamentación consiste en un conjunto de normas y reglas adicionales y complementarias que tienen como objetivo facilitar y garantizar su goce y ejercicio, sin desvirtuar su naturaleza. Estas normas establecen las condiciones y requisitos necesarios para que el derecho pueda ser ejercido y, de ese modo, que su goce y ejercicio sea compatible con los derechos de las demás personas y el interés público.

La Constitución Nacional en su artículo 14 indica que "[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio".

A modo de ejemplo, podemos mencionar que el Código Electoral Nacional reglamenta los derechos políticos cuando en su artículo 83 establece que, a las ocho en punto del día de la convocatoria a elecciones, la autoridad de mesa declarará abierto el acto electoral labrando un acta. Por más insistencia o apuro que una persona tenga, no podrá votar a las siete de la mañana. Establecer un horario de votación constituye una limitación a los derechos políticos que evidenciamos razonable para poder llevar adelante el acto electoral.

2. CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos* 315:1492.

Si además del DNI habilitante, el Código Electoral Nacional exigiera para poder votar que un/a escribano/a acredite que la huella dactilar de quien presenta el DNI sea igual a la registrada en dicho documento, el acto electoral se complicaría radicalmente y dicha reglamentación funcionaria más como obstáculo al ejercicio del derecho que como facilitadora de su goce y ejercicio.

Por eso, el artículo 28 de la Constitución Nacional funciona como un límite a los poderes constituidos, en tanto afirma que "[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

La limitación de derechos debe ser equitativa y razonable; esto es, "comprensiva de situaciones claramente incompatibles con el ejercicio normal de la actividad de que se trata".[3] A los fines de evitar la arbitrariedad, a la hora de evaluar la validez de una distinción se realiza un "test de razonabilidad", que consiste en determinar si el medio utilizado por la norma resulta desproporcionado, si aunque obtiene el fin perseguido lo excede y si guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquel no sea el único con el que se lo pueda alcanzar.[4]

La Corte IDH destacó que el establecimiento de diferencias de trato será compatible con la CADH "siempre que se trate de distinciones objetivas y razonables que se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y teniendo en cuenta el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana".[5]

3. CSJN, "Arenzón, Gabriel Darío c/Nación Argentina", *Fallos* 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi, considerando 6. En el caso concreto, el Tribunal entendió que la normativa impugnada rebajaba las calidades humanas a la mensurabilidad física, estableciendo acríticamente una incomprensible relación entre la altura y la eficacia en el desempeño de la tarea docente.

4. Cf. Gelli, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, tercera edición. Buenos Aires: La Ley, pp. 329-333.

5. 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. 105.

En algunos casos, como cuando la distinción normativa se basa en el "origen nacional" de una persona como criterio, el mero control de razonabilidad no basta, requiriéndose entonces un escrutinio más estricto.[6]

Ya en "Repetto", los jueces Petracchi y Bacqué sostuvieron la presunción de inconstitucionalidad que conlleva toda norma discriminatoria respecto a los derechos reconocidos en la CN, por lo que "aquel que sostenga la legitimidad de la distinción [entre argentinos y extranjeros], debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquella y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea razonable".[7]

Del mismo modo, "quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos".[8]

El concepto de "escrutinio estricto" que se desprende de estos pronunciamientos se funda en que existen ciertas categorías sospechosas respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad que gozan todas las leyes.

---

6. Cf. CSJN, "Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Resol. 13/IX/04 (Concurso Biblioteca) s/amparo", *Fallos* 331:1715.

7. CSJN, "Repetto, Inés María c/Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad de normas legales", *Fallos* 311:2272, voto de los jueces Bacqué y Petracchi, considerando 7. El Procurador General de la Nación señaló que, en determinadas situaciones, como la enseñanza en zonas de frontera con gran influencia del país limítrofe por parte de docentes de la nacionalidad de ese país, exigir la nacionalidad argentina para ser docente podría conformar una reglamentación razonable del derecho a enseñar. En su voto, el juez Fayt explicaba que en épocas de inmigración masiva la educación cumplía una función importante para la consolidación de la nacionalidad, pero el cuadro histórico ha sufrido grandes modificaciones, por lo que la función de socialización se cumple en la actualidad en buena parte por los medios masivos de comunicación.

8. CSJN, "Gonzalez de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba s/amparo", *Fallos* 323:2659. El juez Petracchi explicó en su voto que la pretensión de los actores de impedir que mujeres estudien en un determinado colegio importa un agravio hacia ellas, por lo que no merece la tutela jurisdiccional por ser incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente.

En "Hooft" la CSJN sostuvo que

> la presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.[9]

Al igual que en el precedente citado, en "Gottschau" adoptó un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. En el caso, que trataba sobre la limitación al ejercicio del cargo de secretaria en un juzgado en función de la nacionalidad de la persona, manifestó que

> la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, no a la nacionalidad como hizo sino a la extensión de la residencia en el país, o al lugar en el cual los estudios fueron efectuados, como modos de acreditar el arraigo al que la norma impugnada parece apuntar. Como nada de esto fue hecho, cabe concluir que tampoco se ha respetado la necesidad de elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante.[10]

Mientras en "Hooft" la distinción provenía del origen de la nacionalidad del actor; esto es, la forma en que había adquirido la nacionalidad argentina (por naturalización), en "Gottschau" el tratamiento desigual se fundaba en el hecho de que la actora era alemana, por lo que no se trataba de una distinción entre distintas "clases" de personas argentinas y, por ello, no estaba afectada por una presunción de inconstitucionalidad.[11]

9. CSJN, "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Fallos* 327:5118, considerando 6.

10. CSJN, "Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo", *Fallos* 329:2986, considerando 9.

11. Cf. Treacy, G. F. La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros, *Jurisprudencia Argentina, tomo 2006-IV*, pp. 610-612.

Sin embargo, en los casos referidos la CSJN no exigió que la norma cuestionada persiga un "interés estatal urgente", por lo que el test de "Hooft" y "Gottschau", entre otros, podría constituir una especie de "escrutinio intermedio" entre la mera razonabilidad y el "escrutinio estricto" recogido por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.[12]

En efecto, en el ámbito regional la Corte IDH ha interpretado que las restricciones de derechos deben estar previstas en normas jurídicas de carácter general, aprobadas por los órganos legislativos constitucionalmente establecidos y democráticamente elegidos; es decir, deben establecerse mediante leyes "en sentido formal", que deben ser previas, claras y precisas, de modo de permitir a las personas comprender y prever cuándo se aplicará la restricción y cómo deben ajustar su conducta para evitar su aplicación.[13] Este aspecto será muy relevante si la restricción es impuesta mediante una ley penal.[14]

Lo mencionado obedece a que en el Poder Legislativo se encuentra la representación popular de las mayorías y minorías, que pueden expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.[15]

Este requisito no es exigido para la reglamentación de derechos, que también puede ser realizada a través de leyes "en sentido material", como son los decretos reglamentarios.[16]

Además, las leyes que imponen restricciones deben ser dictadas por razones de interés general y tener como objetivo el bien común, que se entiende

---

12. Entre otros, Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr. 46, y TEDH, *Case of The Sunday Times v. The United Kingdom*, Application N° 6538/74, Court (Plenary), 26 April 1979, Series A no. 30, párr. 59.

13. Cf. Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 24 y 27.

14. Cf. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párr. 89.

15. *Ibíd*., nota 13, párr. 22.

16 *Ibíd*., nota 13.

como las condiciones de la vida social que permiten a quienes integramos la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.

El Tribunal regional destacó que la restricción debe perseguir un objetivo legítimo permitido por la CADH; es decir, uno que proteja un interés público relevante, como la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.[17]

En síntesis, para cumplir con los estándares interamericanos, teniendo en cuenta el contexto específico de cada caso y las circunstancias particulares involucradas, se deben examinar tres aspectos de la restricción: a) debe ser idónea; es decir, adecuada para alcanzar el objetivo perseguido y no debe limitar los derechos de manera desproporcionada;[18] b) debe ser necesaria en una sociedad democrática; es decir, indispensable, lo que implica la existencia de una "necesidad social imperiosa", por lo que no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna";[19] y c) debe ser proporcional en sentido estricto; es decir, el beneficio que se obtiene al lograr el objetivo legítimo debe ser mayor que el perjuicio causado por la limitación del derecho en cuestión.[20] Además, en caso de existir varios medios que permitan alcanzar el objetivo buscado, se debe escoger el menos restrictivo.[21]

Si alguno de los requisitos enunciados no concurre, nos encontramos frente a una restricción ilegítima.

Esta cuestión se debatió en "Arena", en el que se cuestionaba la normativa que exigía la realización de una inspección ocular vaginal a las mujeres que querían tener contacto físico con personas que se encontraban privadas de la libertad en un establecimiento penitenciario. Quienes se negaban a someterse a la inspección podían efectuar la visita a través de un vidrio y en locutorios que evitaban el contacto físico.

17. *Ibíd*., nota 13, párrs. 28 y 29.

18. *Ibíd*., nota 13, párr. 32.

19. *Ibíd*., nota 12.

20. *Ibíd*., nota 13, párr. 31 y *Caso Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 104.

21. *Ibíd*., nota 13, párr. 31.

La justificación estatal para dicha medida era que "en distintas oportunidades las familiares de internos ingresaban al penal con droga dentro de sus vaginas". Es más, en el caso específico del cónyuge de la actora se habían hallado explosivos entre sus pertenencias. La requisa invasiva también alcanzaba a niñas y adolescentes, "debido a las exigencias de la seguridad interna del penal, que se ve permanentemente acosada por ingresos de material nocivo y altamente peligroso".

La mayoría de los integrantes de la CSJN consideró que

> no existe arbitrariedad o ilegalidad en la decisión del órgano administrativo que pudiese ser impugnada por esta vía. En efecto, las medidas tendientes a resguardar la seguridad interior del establecimiento carcelario, aunque severas, aparecen razonables habida cuenta de las graves irregularidades advertidas por el personal penitenciario, agravadas en el caso, si se tiene en cuenta el descubrimiento de una importante cantidad de explosivos en la celda que ocupaba el esposo de la demandante.[22]

No obstante, el juez Fayt en su disidencia correctamente advirtió que la medida en cuestión no era razonable, puesto que

> [e]s de público y notorio que en la actualidad se ofrecen comercialmente –no ya a un nivel experimental– medios de detección más eficaces que los tactos vaginales y la inspección ocular. Tales los sillones o banquetas detectores, para citar un solo ejemplo, que permiten una prospección ecográfica y son usados en salas VIP de aeropuertos. En un mundo que avanza tecnológicamente no puede negarse la aplicación de ese progreso en un sector tan conflictivo de la vida de la sociedad, cuando se lo emplea en otros ámbitos, sin que tal postergación constituya una falta de equidad.[23]

El caso fue presentado ante la CIDH, que señaló que en una medida tan extrema como la inspección vaginal de las visitantes, que representa una amenaza de violación a una serie de derechos garantizados por la CADH, la ley debe especificar con claridad en qué circunstancias se puede imponer una

22. CSJN, "Arena, María y Lorenzo, Karina s/recurso de amparo", *Fallos* 312:2218.

23. *Ibíd*., nota 22, disidencia del juez Fayt, considerando 14.

medida de esta naturaleza y las condiciones en que se llevará a cabo el procedimiento, de manera que todas las personas que se vean sujetas a él puedan tener la mayor garantía posible de que no se verán sujetas a arbitrariedad y trato abusivo.[24]

Luego de analizar la necesidad y proporcionalidad de la medida impugnada, concluyó que la legitimidad excepcional de este tipo de requisa exige el cumplimiento de cuatro condiciones: a) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; b) no debe existir alternativa alguna; c) debe, en principio, ser autorizada por orden judicial; y d) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.[25]

Si bien el gobierno argumentó que la medida debió aplicarse por haberse encontrado material explosivo en la celda del esposo de la actora, lo cierto es que estas inspecciones se realizaban en forma general y con anterioridad a dicho incidente, por lo que esta circunstancia no justificaba la necesidad absoluta.

Con respecto a la inexistencia de alternativas, la CIDH –de modo similar al juez Fayt– destacó que existen otros procedimientos menos restrictivos, como la inspección de los internos y sus celdas, que constituyen medios más razonables y eficientes para garantizar la seguridad interna. Solo en circunstancias específicas, cuando hay fundamento razonable para creer que representan un peligro concreto para la seguridad, o que están transportando sustancias ilícitas, se deben hacer inspecciones a las visitantes.[26]

---

24. Cf. CIDH, Informe No. 38/96, Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 64.

25. *Ibíd*., nota 24, párr. 72.

26. *Ibíd*., nota 24, párr. 76. La CIDH aprobó los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", en el que estableció que "[l]os registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados. Los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley". Las "Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)" disponen que "se deberán preparar otros métodos de inspección, por ejemplo, de escaneo, para sustituir los registros

2. Suspensión del ejercicio de los derechos humanos

La suspensión del goce y ejercicio de un derecho humano es una medida extrema que puede ocurrir únicamente en situaciones excepcionales, como puede ser un conflicto armado, un estado de emergencia –también denominado "estado de sitio"– o una crisis nacional.

El objetivo de la suspensión es proteger a la sociedad y al Estado en una situación de amenaza o peligro para la estabilidad nacional y permitir la adopción de medidas extraordinarias para enfrentar dicha situación que, por su gravedad, anormalidad y emergencia, no puede solucionarse con los mecanismos previstos para las épocas de normalidad.

La CADH en su artículo 27, inciso 1, al igual que el PIDCP en su artículo 4, establece el modo en que puede suspenderse el ejercicio de determinados derechos: las disposiciones que el Estado adopte deben tener una duración estrictamente limitada a las exigencias de la situación y en la medida necesaria para enfrentarla; no deben ser incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional; y no pueden entrañar discriminación alguna basada en raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El inciso 3 de esta disposición agrega que los Estados deben informar a los demás Estados Miembros de la OEA sobre las medidas de suspensión adoptadas y los motivos que las justifican, lo que promueve la transparencia y permite a la comunidad internacional evaluar si las medidas de suspensión se ajustan a los estándares internacionales de derechos humanos.

Es muy importante comprender en este punto que el inciso 3 del artículo de la CADH enuncia un catálogo expreso de derechos y garantías que no pueden ser objeto de suspensión alguna en su ejercicio: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la inte-

sin ropa y los registros corporales invasivos, a fin de evitar las consecuencias psicológicas dañinas y la posible repercusión física de esas inspecciones corporales invasivas". Similar contenido tiene las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", rebautizadas en el año 2015 como "Reglas de Mandela".

gridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos de NNyA, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos.

La Corte IDH agregó que tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de estos derechos, como el *habeas corpus* y el amparo, que sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.[27]

De igual modo, "los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción, en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales".[28]

Adicionalmente, destacó la importancia del control judicial para garantizar que la suspensión en el ejercicio de los derechos humanos se ajuste a las normas internacionales y al ordenamiento jurídico interno,[29] lo cual comprende la facultad del Poder Judicial de revisar y evaluar la legalidad y proporcionalidad de las medidas de suspensión adoptadas.

Para el Tribunal, la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 de la CADH dependerá "del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella".[30]

En el ámbito interno, los artículos 61, 75, inciso 29 y 99, inciso 16 de la Constitución Nacional establecen el procedimiento que debe seguirse para la

27. Cf. Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 42. En este sentido, el artículo 43 de la Constitución Nacional dispone que la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta aun durante la vigencia del estado de sitio.

28. Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 30.

29. *Ibíd*., nota 27, párrs. 37-40.

30. *Ibíd*., nota 27, párr. 22.

declaración del estado de sitio en nuestro país, ya sea en una provincia o en todo el territorio.

En caso de conmoción interior corresponde al Congreso declarar el estado de sitio, salvo que se encuentre en receso. En ese escenario, podrá ser declarado por el Poder Ejecutivo, y el Congreso luego deberá aprobar o suspender el estado de sitio.

Si se trata de un ataque exterior, corresponde al Senado autorizar al presidente de la Nación para que lo declare.

Durante la suspensión, quien ocupa la Presidencia de la Nación no podrá condenar por sí ni aplicar penas y su poder se limitará a arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino –cf. artículo 23 de la CN–.

Capítulo 2

Derecho a la protección judicial y garantías del debido proceso

Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey

1. Derecho a la protección judicial

El Preámbulo de la CN menciona el objeto de "afianzar la justicia". Además, el artículo 18 reconoce que

> [n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa [...] Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Finalmente, el artículo 75, inciso 19 dispone que corresponde al Congreso "[p]roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social".

Una primera aclaración que debe hacerse al momento de hablar de protección judicial o acceso a la jurisdicción es diferenciarlo del concepto de acceso a la justicia o acceso a los derechos. En efecto, la noción de acceso a la justicia busca lograr la inclusión social y el desarrollo social y humano con equidad. Por ende, no está exclusivamente orientado a la administración de justicia y al mero acceso a la jurisdicción sino que, antes bien, refiere a la consecución de justicia en términos sustantivos; esto es, el acceso a las políticas públicas destinadas a la facilitación del pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, sobre todo por parte de las personas y grupos en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica, quienes encuentran mayores dificultades para sor-

tear las desigualdades fácticas y jurídicas a la hora de solucionar un conflicto o reclamar por la garantía de un derecho.[1]

En este sentido, el acceso a la justicia se constituye en una herramienta indispensable para superar las limitaciones derivadas de las situaciones de vulnerabilidad que obstan al efectivo goce de los derechos, por lo que los Estados deben profundizar sus políticas públicas de acceso a la justicia procurando que alcancen a todos sus habitantes y teniendo en consideración las diferencias existentes entre los diversos grupos sociales.

Los Estados se comprometen a remover todos los obstáculos geográficos, económicos, culturales, raciales, de género, etc., que impiden el ejercicio efectivo de los derechos, para lo cual deberán aumentar su presencia en los lugares de mayor marginalidad y exclusión, revirtiendo una deuda histórica, brindando acompañamiento y solución a las personas en sus demandas y conflictos.

Si nos referimos estrictamente a la protección judicial de los derechos, la Corte CSJN ha señalado que "el derecho de acceso a la justicia importa la posibilidad de concurrir ante algún órgano jurisdiccional y obtener de ellos sentencia útil relativa al alcance de los derechos de los litigantes".[2]

Asimismo, requiere

> que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada.[3]

1. Cf. Consejo Suramericano en Materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, *Reglas Mínimas de UNASUR sobre Acceso a la Justicia,* aprobadas el 30 de octubre de 2015. Esta noción de acceso a la justicia difiere de la adoptada en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008, a la que adhirió la CSJN mediante la Acordada N° 5/2009.

2. CSJN, "Silveyra, Carlos M.", *Fallos* 199:617; "Cabrera, Washington Julio Efraín c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", *Fallos* 305:2150, y "Dahlgren, Jorge Eric c/Cáceres, Raúl Edgardo y/o ATECH s/querella", *Fallos* 319: 2925.

3. CSJN, "Domini, Dardo Delfor c/Municipalidad de Bahía Blanca", *Fallos* 310:1819, y "Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - Dto. 310/98 s/amparo ley 16.986", *Fallos* 327:4185.

Por su parte, el artículo 25 de la CADH establece que

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
> 2. Los Estados partes se comprometen:
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha señalado que

> en los términos del artículo 25 de la CADH, es posible identificar dos obligaciones específicas que recaen en los Estados. Así, la primera obligación consiste en consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.[4]

En efecto, sostuvo el Tribunal regional que "los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)".[5]

---

4. Corte IDH. *Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2021. Serie C No. 429, párr. 148 y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 130.

5. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 195; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005,

Para cumplir con la referida obligación,

> los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la CADH.[6]

En similar sentido, sostuvo que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la CADH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención", y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 del tratado no basta con que los recursos existan formalmente, sino que deben tener efectividad; es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia.[7]

Para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a

---

Serie C No. 120, párr. 76 y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 194.

6. Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 50. En este sentido, los Estados han implementado medidas como el beneficio de litigar sin gastos, reconocido en el artículo 78 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para las personas que carecieren de recursos económicos. No es necesario que la persona esté en la indigencia, basta que no tenga recursos para solventar su planteo o defensa. Al respecto, la CSJN ha reconocido que "el beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley, ya que por us intermedio se asegura la prestación del servicio de justicia no ya en términos formales sino con un criterio qeu se adecua a la situación económica de los contendientes". CSJN, "Patagonian Rainbow S.A. c/ Neuquén, Provincia de y otros s/cumplimiento de contratos - incidente sobre beneficio de litigar sin gastos", *Fallos* 321:1500.

7. *Ibíd*., nota 6, párr. 52.

los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.[8] Esto implica que el acceso a la justicia debe ser no solo formal sino real.[9]

Adicionalmente, los recursos deben ser adecuados, es decir, "idóneos para proteger la situación jurídica infringida"[10] y eficaces, esto es, capaces de "producir el resultado para el que ha[n] sido concebido[s]".[11] Por ende, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o por las circunstancias particulares de un caso dado resulten ilusorios, toda vez que se configuraría un cuadro de denegación de justicia.[12] Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando "su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia".[13]

Para la Corte IDH, "no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento, pueda ser considerado como un recurso efectivo".[14]

En síntesis, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial esgrimido, el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la CADH

---

8. Cf. Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 184, y *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 94.

9. Cf. 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. 126.

10. Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

11. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párr. 4.

12. Cf. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 129.

13. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 107.

14. *Ibíd*., nota 13, párr. 110; *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador.* Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 88, y *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 58.

> es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.[15]

Finalmente, el artículo 25 del tratado no hace referencia a un recurso en particular, aunque sí establece la obligación de regular un recurso sencillo y rápido destinado a hacer cesar una vulneración de derechos. Tradicionalmente, se ha asociado esta norma al amparo y *habeas corpus*, precisamente por su tramitación sencilla y rápida destinada a obtener una respuesta pronta y efectiva para hacer cesar una vulneración de derechos o acceder a ellos, aunque el Tribunal no restringió su aplicación a los recursos mencionados.

2. Alcance de las garantías del debido proceso

Refiere el artículo 8 de la CADH que

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
> b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
> c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

15. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 100 y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 261.

> d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
> e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
> f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
> g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y
> h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Corte IDH ha considerado que las garantías del debido proceso son herramientas fundamentales para acceder a la justicia y a la tutela jurisdiccional de los derechos de los que toda persona es titular. Se encuentran atravesadas por el principio de igualdad y no discriminación, ya que

> para que un proceso alcance sus objetivos, debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia, atendiendo al principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación. Así, si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[16]

Por ello, las condiciones de desigualdad real obligan a adoptar medidas de compensación que permitan reducir o eliminar los obstáculos que impidan a toda persona defender sus derechos e intereses. Esto cobra vital importancia cuando las personas deben litigar contra el Estado. Para que esa igualdad supere el plano de lo formal,

16. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 13. En igual sentido, *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. 119.

> los Estados deben garantizar la intervención efectiva de la víctima, las exigencias sobre la defensa técnica oficial para el imputado que no pueda o no quiera tener un abogado, y el concepto de defensa idónea que abarca, incluso, aspectos extrajurídicos; también en relación al asesoramiento y patrocinio o representación gratuita de víctimas carentes de recursos económicos, la atención, información y orientación jurídica prestada al público en general por integrantes de la justicia en forma permanente (de día –hábil y feriado– y toda la noche) y la mayor proximidad territorial entre los tribunales y el lugar del conflicto (descentralización del servicio judicial), entre otras.[17]

En relación con la interpretación y alcance del artículo 8 de la CADH, se han generado dos grandes debates que han sido zanjados por la Corte IDH. En primer lugar, se discutió si el título "Garantías Judiciales" limitaba su aplicación únicamente a tal clase de procesos y, en segundo término, si el artículo 8.2 de la CADH sería solo aplicable a procesos penales –en tanto hace referencia al establecimiento de la culpabilidad y los derechos del "inculpado"–, a diferencia de la redacción del artículo 8.1 que hace referencia a procesos civiles, laborales, fiscales o de cualquier carácter donde se determinen derechos y obligaciones de las personas.

Al respecto, en "Baena" sostuvo el Tribunal interamericano que

> [e]l 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.[18]

17. Cafferata Nores, J. (2008). *Proceso penal y derechos humanos*, segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 33 y 34.

18. 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.

A su vez, afirmó en el citado caso que las garantías aplican a toda clase de procesos, incluido los procedimientos administrativos, pues

> la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.
> Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.[19]

Por aplicación de este estándar que la Corte IDH ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia constante, en la actualidad no cabe duda alguna de que las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la CADH son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad no judicial adopte decisiones que afecten la determinación de los derechos de las personas, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria. Es evidente que otros órganos o autoridades públicas también ejercen en ciertos casos funciones de carácter materialmente jurisdiccional y toman decisiones que afectan derechos fundamentales.

En el mismo sentido, la CSJN sostuvo, ya desde "Fernández Arias", que es válido crear organismos administrativos con facultades jurisdiccionales; sin embargo, el pronunciamiento que dicte debe someterse al correspondiente control judicial.[20] Este precedente fue ratificado a lo largo del tiempo, agregándose expresamente que tales órganos administrativos deben resguardar

19. *Ibíd*., nota 18, párrs. 126 y 127.

20. Cf. CSJN, "Fernández Arias, Elena, y otros c/Poggio, José", *Fallos* 247:646.

la garantía del debido proceso,[21] lo cual también incluye el plazo razonable de duración de las actuaciones.[22]

Como refiere el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, esta concepción amplia hizo extensivas las garantías del debido proceso a

> diversos procedimientos relacionados con mecanismos administrativos efectivos y expeditos para proteger, garantizar y promover sus derechos sobre los territorios indígenas, procedimientos disciplinarios sobre destitución de jueces, procedimientos administrativos migratorios, procedimientos civiles por daños y perjuicios, procedimientos administrativos especiales, procedimientos administrativos para inhabilitación de candidatos políticos, procesos de solicitud de acceso a la información o algunas decisiones en procedimientos electorales.[23]

Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, que versa sobre la destitución de tres magistrados, mediante un juicio político llevado adelante por el Congreso. Allí, sostuvo la Corte IDH que

> [s]i 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 procesales" a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.
> [Aunque] el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.[24]

21. Cf. CSJN, "Pogonza, Jonathan Jesús c/Galeno ART S.A. s/accidente - ley especial", *Fallos* 344:2307.

22. Cf. CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - resol. 169/05 (Expte. 105666/86 - SUM FIN 708)", *Fallos* 335:1126, y "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c/BCRA s/resol. 178/93", *Fallos* 336:2184.

23. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 24.

24. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 69 y 70. En similar sentido se ha pronunciado la CSJN, al sostener que el debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad

Es decir, cuando la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, resultando aplicables, por lo tanto, la totalidad de las garantías reconocidas en el artículo 8 del tratado.[25]

La relevancia del caso radica, además, en que la destitución de jueces y juezas puede afectar, ni más ni menos, la garantía de independencia, autonomía e imparcialidad para el ejercicio del cargo, todo lo cual resulta central en una sociedad democrática. Por eso, los procesos de destitución deben estar rodeados de las debidas garantías, más allá de su naturaleza política o que sean conducidos por órganos no jurisdiccionales.

Esta postura fue ratificada en "Maldonado Ordoñez". Allí, la víctima había sido destituida de la Procuraduría de los Derechos Humanos, donde se desempeñaba como auxiliar departamental, a través de un procedimiento administrativo sancionatorio. En esta oportunidad, la Corte IDH reiteró que las garantías enumeradas en el artículo 8.2 de la CADH se aplican a los demás órdenes establecidos en el artículo 8.1 del tratado; aplicación que puede ser menos rigurosa o de otra naturaleza en uno y otro caso; es decir, la intensidad de su exigencia puede ser diferente a la materia penal.[26]

En cuanto a la aplicación del artículo 8.2 de la CADH a procesos penales en forma concreta, enseña el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot que la CADH no adopta un sistema procesal penal determinado; por el contrario, se pretende que el tratado sea un paraguas amplio que cubra a todos los Estados de la región que lo hayan ratificado. De esta manera,

> deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que se respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en

jurídica deben regir en todo pleito de conformidad con el artículo 18 de la Constitución Nacional. CSJN, "B., E. M. s/reservado s/adopción s/casación", *Fallos* 344:2901.

25. *Ibíd*., nota 24, párr. 71.

26. *Ibíd*., nota 16, párr. 80.

> el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional.[27]

Más cerca en el tiempo, la Corte IDH tuvo oportunidad de retomar estas consideraciones en "V. R. P., V. P. C. y otros", un caso en el que un juicio por jurados juzgó a un padre por el abuso sexual de su hija. El agravio sobre la vulneración de las garantías del debido proceso –particularmente, la imparcialidad y el deber de motivar los fallos– no fue introducido por el imputado, sino por las víctimas.

El Tribunal manifestó que

> las "debidas garantías" del artículo 8.1 de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado y, en casos como el presente, también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad de los familiares.[28]

Seguidamente, recuerda que no hay, *a priori*, ninguna objeción a que las garantías del debido proceso se apliquen también a los juicios por jurados, siendo esta una posición compartida tanto por el Sistema Europeo como por el Sistema Universal. En todo caso, la Corte IDH deberá realizar el correspondiente control de convencionalidad, evaluando en cada caso "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, para determinar la medida y el alcance de las garantías debidas y su conformidad con la CADH".[29]

Al realizar ese ejercicio en el caso concreto, la Corte IDH concluye que se han vulnerado las garantías del debido proceso, al haber existido una duda objetiva y razonable sobre la imparcialidad de los juzgadores que no fue debidamente disipada ante los requerimientos de las víctimas del caso. Asimismo,

27. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 12.

28. Corte IDH. *Caso V. R. P., V. P. C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 218, con cita del *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párrs. 156 y 157.

29. *Ibíd*., nota 28, párr. 226.

la fundamentación del fallo fue deficiente, de modo tal que las víctimas no pudieron comprender las razones por las cuales se absolvía al imputado.

Las garantías rigen durante la totalidad del proceso; es decir, desde su inicio hasta su culminación definitiva, a través de todas sus etapas. En el caso específico de los procesos penales, la Corte IDH ha entendido que las garantías deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.[30]

Son, en definitiva, las autoridades –administrativas, jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales– las encargadas de conducir el proceso con pleno respeto de las garantías y velando por su aseguramiento en condiciones de igualdad para todas las partes. Es función de abogados y abogadas, defensores y defensoras velar por que los procesos sean conducidos de tal manera y denunciar la transgresión de alguna de tales garantías, lo cual, dependiendo del caso y de las normativas procesales aplicables, acarreará la nulidad de un acto procesal en concreto, o bien, de la totalidad del proceso.

La vital importancia que las garantías del debido proceso y el acceso a la justicia revisten para el SIDH ha llevado al ex magistrado Cançado Trindade a concluir que existe

> un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana. Es este un imperativo del *ius cogens*. Efectivamente, sin el derecho de acceso a la justicia, no hay en realidad un verdadero sistema jurídico.[31]

3. Breve referencia a las garantías reconocidas en el artículo 8 de la CADH

Toda vez que el estudio de las garantías del debido proceso forma parte del contenido de otras asignaturas de cualquier carrera de Abogacía –por ejemplo, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal–, a continuación,

30. Cf. Corte IDH. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 91.

31. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 157.

realizaremos una breve referencia sobre el alcance de algunas de las garantías reconocidas en el artículo 8 de la CADH.

3.1. Derecho a ser oído/a dentro de un plazo razonable

El derecho a ser oído/a exige

> que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones […] comprende dos ámbitos: por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.[32]

En tal sentido, deben estar regladas las oportunidades procesales en las cuales ser oído/a[33] y, para el adecuado ejercicio de este derecho, deben garantizarse las condiciones materiales para que ello acontezca, ajustadas a las particulares circunstancias de la persona titular del derecho. De tal modo, no será lo mismo disponerse a escuchar a un niño o una niña, a una persona con discapacidad o a una persona que no comprende ni habla el idioma del tribunal. En cada caso, deberán realizarse los ajustes que sean necesarios para garantizar el ejercicio de este derecho.

Así, por ejemplo, respecto de niños y niñas, la Corte IDH ha establecido que los Estados deben garantizar

32. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 7.

33. La CSJN declaró la nulidad de actos administrativos dictados por una universidad por los cuales modificó una designación en un cargo concursado sin haberle dado participación de ninguna índole en el trámite judicial a uno de los candidatos. Para así resolver, siguió la doctrina sentada en los precedentes "Ruarte Bazán", "Utrera" y "López María". CSJN, "Castañeiras, Claudia Elena c/Universidad Nacional de Mar del Plata s/recurso directo ley de educación superior 24.521", FMP 81013653/2011/CS1, sentencia del 11 de abril de 2017.

> procedimientos apropiados y seguros para las niñas y los niños, y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso [...] deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.[34]

Ahora bien, este derecho implica también que la persona pueda negarse a expresar su opinión o declarar en el marco del proceso, sin que ello sea valorado en forma negativa, como lo establece expresamente el artículo 8.2.g de la CADH, en tanto la declaración del imputado debe ser considerada un medio para su defensa y no un medio de prueba.[35]

En efecto, la persona imputada podrá negarse a declarar en el marco de la causa donde se la investiga y, en caso de hacerlo, no será alcanzada por el juramento de decir verdad como ocurre con los testigos. De igual modo, ninguna persona puede ser obligada a declararse culpable. Así, ha dicho la Corte IDH que

> [e]n los casos [de] que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia. Asimismo, la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria.[36]

---

34. 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. 85 y 123.

35. *Ibíd*., nota 17, p. 100.

36. *Ibíd*., nota 16, párr. 86. Al analizar la posible afectación de esta garantía se ha considerado que los derechos de una persona acusada se verán irremediablemente afectados cuando las declaraciones incriminatorias vertidas durante un interrogatorio policial, donde no contó con asistencia letrada, son usadas como base para una condena. Cf. TEDH, *Case of Ibrahim and others v. The United Kingdom*, Applications N° 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, Court (Fourth Section), 16 December 2014, párr. 193.

Por otro lado, la CSJN ha hecho referencia particular al derecho a ser oídos de los pueblos originarios, el cual se hará efectivo mediante adecuados procesos de participación y consulta en los asuntos que puedan afectar sus territorios y su identidad cultural. En tal sentido, se sostuvo que en esta prerrogativa, reconocida expresamente en el artículo 75, inciso 17 de la CN

> 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.[37]

Para poder hablar de un real acceso a la justicia necesariamente la solución de la controversia debe producirse en un tiempo razonable y oportuno; pues "una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales".[38]

Atendiendo a la multiplicidad de procesos en los cuales resulta aplicable esta garantía, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que no resulta posible consignar un plazo concreto, medido en meses o años; por el contrario, para la determinación de si un proceso ha sido conducido en un plazo razonable deberán analizarse en cada caso cuatro elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal de la persona interesada, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.[39]

---

37. CSJN, "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia de Neuquén s/acción de inconstitucionalidad", *Fallos* 344:441.

38. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 9. La Corte Suprema señaló que la prolongación indebida de un proceso, sobre todo en materia penal, viola el derecho de defensa. Cf. CSJN, "Mattei, Ángel", *Fallos* 272:188, y "Escudero, Maximiliano Daniel s/recurso de casación", *Fallos* 344:378.

39. Cf. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155. En el mismo sentido, ver TEDH, *Case of H. v. The United Kingdom,* Application N° 9580/81, Court (Plenary), 8 July

De tal modo, deberá ponderarse en cada caso:

a) en cuanto a la complejidad del asunto: si la causa incluye a un número elevado de víctimas, los hechos son numerosos o complejos o requieren de mucha actividad probatoria para su determinación, entre otros factores;

b) si la persona interesada ha obstaculizado deliberadamente el avance de la causa: dentro de este requisito no podrán considerarse como maniobras dilatorias la interposición de los recursos y planteos que la asisten para una correcta determinación y/o defensa de sus derechos;

c) que las autoridades, sean judiciales o administrativas, hayan conducido el proceso con debida diligencia y eficazmente: "no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional";[40] y

d) en cuanto a la afectación que el proceso genera, se ha evaluado que el plazo del tiempo impacta de manera diferenciada si la persona se encuentra privada de la libertad durante la sustanciación del proceso, o si el proceso versa sobre el acceso a un tratamiento que afecta el derecho a la salud de una persona, o se trata de decisiones que impactan en el proceso vital de desarrollo de niños y niñas. En palabras de la Corte IDH, "si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve".[41] Es decir, en tales situacio-

---

1987, párr. 85; *Case of X. v. France*, Application N° 18020/91, Court (Chamber), 31 March 1992, párr. 47; *Case of A. and others v. Denmark,* Application N° 20826/92, Court (Chamber), 8 February 1996, párr. 78; *Case of Codarcea v. Romania*, Application N° 31675/04, Court (Third Section), 2 September 2009, párr. 89, y *Case of Krzak v. Poland*, Application N° 51515/99, Court (Fourth Section), 7 July 2004, párr. 42.

40. Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 137. En similar sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que una sobrecarga crónica de casos pendientes no es una justificación válida del retraso excesivo en la resolución de un recurso. Cf. TEDH, *Case of Probstmeier v. Germany*, Application N° 20950/92, Court (Chamber), 1 July 1997, párr. 64, y *Case of Samardžić and AD Plastika v. Serbia*, Application N° 2844/05, Court (Second Section),17 July 2007, párr. 41.

41. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 115.

nes, rige para las autoridades el imperativo de tramitar las causas con mayor diligencia y premura.

Además, el plazo debe computarse desde el inicio mismo del proceso y hasta su culminación definitiva, lo que incluye la etapa de ejecución de la sentencia,[42] debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento.[43]

Así, por ejemplo, en el caso de un procedimiento penal deberá computarse desde la aprehensión de la persona[44] y en un procedimiento administrativo desde el inicio del reclamo por parte del administrado, pues siendo la reclamación administrativa un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional debe integrarse a la evaluación del plazo razonable de tramitación.[45]

3.2. Principio de inocencia[46]

El principio de inocencia implica, por un lado, que la culpabilidad de una persona debe probarse en el proceso más allá de cualquier duda razonable; caso contrario, rige siempre el beneficio de la duda en su favor (*in dubio pro reo*). Por el otro, que el estado de presunción de inocencia solo se pierde con la sentencia firme pasada en cosa juzgada. Hasta ese momento, la persona inculpada en el proceso debe ser tratada como inocente, lo que impacta directa-

42. Cf. Corte IDH. *Caso Furlán y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 149. En igual sentido, ver TEDH, *Case of Di Pede v. Italy*, Application N° 15797/89, Court (Chamber), 26 September 1996, párr. 24; *Case of Silva Pontes v. Portugal*, Application N° 14940/89, Court (Chamber), 23 March 1994, párrs. 33-36, y *Case of Cocchiarella v. Italy*, Application N° 64886/01, Court (Grand Chamber), 29 March 2006, Reports 2006-V, párr. 88.

43. *Ibíd*., nota 41, párr. 209, y *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 72.

44. Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr.70.

45. Cf. Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384, párr. 143.

46. Ver artículos 1 y 3 del CPPN y artículos 1, 3 y 11 del Código Procesal Penal Federal.

mente en el análisis de la posible restricción de sus derechos, particularmente, su derecho a permanecer en libertad mientras se sustancia el proceso. A la par, no se le puede imponer la carga de probar su propia inocencia.[47]

Al respecto, la CSJN reiteradamente ha sostenido que

> [c]uando en su artículo 18 la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme [...] Consiguientemente si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído y si esa garantía se encuentra ausente, no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia [...] [c]omo corolario de la presunción de inocencia, se enmarca el principio de *in dubio pro reo*, en función del cual al valorar la prueba resulta imperativo absolver al imputado en caso de duda. Ello es así porque el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación.[48]

Para el Tribunal,

> no es posible perder de vista la íntima relación existente entre la garantía de la doble instancia y el beneficio de la duda […]. En este sentido, corresponde recordar que tanto ese principio como el *in dubio pro reo* guardan una estrecha relación con la presunción de inocencia constitucional (artículo 18 de la Constitución Nacional). [E]n función del principio *in dubio pro reo* cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza positiva […]. A la luz de estos principios, resulta decisivo que el juez, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta.

47. *Ibíd*., nota 17, pp. 82 y 83. En igual sentido, TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine,* Application N° 6970/15, Court (Fourth Section), 13 November 2018. La CSJN ha señalado que, "frente a las lagunas que presentaba la reconstrucción de los hechos, o bien ante elementos de prueba ambivalentes", se debía decidir "las dudas" a favor de "la hipótesis de descargo" y no en contra. Cf. CSJN, "Carrera, Fernando Ariel s/causa n° 9398", *Fallos* 339:1493.

48. CSJN, "Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/homicidio agravado", *Fallos* 342:2319, considerandos 18 y 19.

> Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal.[49]

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que la presunción de inocencia puede ser violada tanto por jueces y juezas como por otras autoridades públicas, por lo cual deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada.[50]

3.3. Acceso a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley[51]

Esta es una garantía central en toda sociedad democrática. En palabras de la CSJN, "es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado".[52]

El juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida como la "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común,

49 *Ibíd.*, nota 46, considerando 22.

50 Cf. Corte IDH. *Caso Valencia Campos y otros Vs. Bolivia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2022. Serie C No. 469, párr. 254. En idéntico sentido, se ha señalado que la presunción de inocencia exige que los agentes estatales no declaren que una persona es culpable de una infracción ni realicen declaraciones o actos que reflejen la idea de que la persona es culpable y que inciten al público a creerlo, antes de que ello sea establecido por un tribunal competente. Cf. TEDH, *Case of Ürfi Çetinkaya v. Turkey,* Application N° 19866/04, Court (Second Section), 23 July 2013, párrs. 138 y 139; *Case of Karadağ v. Turkey,* Application N° 12976/05, Court (Second Section), 29 June 2010, párr. 60, y Comité DH, *Zhuk v. Belarus,* Communication N° 1910/2009, 2 December 2009, CCPR/C/109/D/1910/2009, párr. 8.4.

51. Ver artículo 1 del CPPN y artículos 7 y 8 del Código Procesal Penal Federal.

52. CSJN, "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 del Código Penal –causa n° 3221–", *Fallos* 328:1491.

emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados para la formación de las leyes".

Consecuentemente, en un estado de derecho solo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia territorial y material respecto de la cual tendrá capacidad decisoria quien juzgue.[53]

La Corte IDH ha resaltado que, si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también lo es que tienen un contenido jurídico propio.[54]

En cuanto a la imparcialidad, se ha sostenido que

> se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.[55]

De este modo, la persona que juzga no debe estar involucrada con los intereses de ninguna de las partes, no debe tener lazos, preferencias o compromisos personales con estas y debe ser neutral respecto de las pretensiones de aquellas,[56] puesto que "debe aparecer como actuando sin estar sujet[a] a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho".[57]

53. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 8.

54. Cf. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

55. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

56. Cf. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 146.

57. Corte IDH. *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 385, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 233.

Si bien podría argumentarse que esta ausencia de prejuicios –por lo menos con respecto a la materia– nunca sería absoluta, por las convicciones propias de quien juzga en tanto persona, ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible en el caso concreto.

En virtud de ello, puede analizarse la imparcialidad desde dos aspectos distintos: uno objetivo y otro subjetivo. El primer enfoque ampara a la persona cuando pueda temer la parcialidad de quien juzga por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar su personalidad, honorabilidad o labor particular; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares de quien juzga con el resultado del pleito.[58]

La imparcialidad personal de quien juzga debe ser presumida, salvo prueba en contrario.[59] Para el análisis de la imparcialidad subjetiva se deben averiguar las convicciones, intereses o motivaciones personales de quien juzga en un determinado caso, por ejemplo, si ha manifestado hostilidad, prejuicio o preferencia personal, si ha hecho que se le asigne el expediente por razones personales, cuál ha sido su comportamiento durante el procedimiento o el lenguaje utilizado en la decisión, que indique una falta de distancia profesional.[60]

58. *Ibíd*., nota 52, considerando 11.

59. Cf. 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. 208, y TEDH, *Case of Daktaras v. Lithuania*, Application N° 42095/98, Court (Third Section), 10 October 2000, Reports 2000-X, párr. 30.

60. Cf. 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. 234, y *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 163. En el mismo sentido, ver TEDH, *Case of Kyprianou v. Cyprus*, Application N° 73797/01, Court (Grand Chamber), 15 December 2005, Reports 2055-XIII, párrs. 119-133; *Case of Bellizzi v. Malta*, Application N° 46575/09, Court (Third Section), 21 June 2011, párr. 52, y *Case of Piersack v. Belgium*, Application N° 8692/79, Court (Chamber), 1 October 1982. El TEDH ha llegado a señalar que quien juzga debe cuidar las expresiones que puedan dar a entender una apreciación negativa de la causa de una de las partes. Cf. TEDH, *Case of Lavents v. Latvia*, Application N° 58442/00, Court (First Section), 28 November 2002, párr. 118.

Por su parte, la prueba objetiva consiste en determinar si brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.[61]

Al analizar este elemento, el TEDH ha acuñado la expresión "no sólo debe hacerse justicia, sino advertirse que se hace".[62] Por ende, incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia por la confianza que los tribunales de justicia deben inspirarle al justiciable.[63]

De modo similar, el Comité DH sostuvo que el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un/a juez/a que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado.[64]

Además, se debe garantizar la independencia y autonomía de quien juzga respecto de otro poder del Estado (independencia externa), así como del propio Poder Judicial (independencia interna), de forma tal que sus decisiones no puedan verse condicionadas en forma alguna.

Por otra parte, la Corte IDH ha sostenido que "la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas",[65] así como la permanencia en el cargo (garantía de no remoción arbitraria o de inamovilidad en el cargo), alcanzando este principio a la intangibilidad de sus remuneraciones.

---

61. *Ibíd*., nota 57, párr. 386. Para el Tribunal, también se viola el aspecto objetivo de la imparcialidad cuando participa en un tribunal de alzada quien había intervenido en etapas anteriores de investigación o instrucción, aun cuando se trate de un caso subsiguiente fundado en otros hechos y con distinta imputación. Cf. TEDH, *Case of Boyan Gospodinov v. Bulgary*, Application N° 28417/07, Court (Fifth Section), 5 April 2018.

62. TEDH, *Case of De Cubber v. Belgium*, Application N° 9186/80, Court (Chamber), 26 October 1984, párr. 26.

63. Cf. TEDH, *Case of Castillo Algar v. Spain*, Application N° 28194/95, Court (Chamber), 28 October 1998, párr. 45.

64. Cf. Comité DH, Observación General N° 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 90° período de sesiones (2007), párr. 21.

65. Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 191.

Asimismo, el Tribunal regional afirmó que

> [l]os criterios de independencia e imparcialidad, se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial, realizada para determinar las circunstancias de una muerte y la existencia de suficientes indicios para interponer una acción penal.[66]

Siguiendo esa línea de análisis, la CSJN concluyó que resultaría violatoria del principio de imparcialidad la intervención de un mismo juez tanto en la etapa instructoria como en la etapa de juicio, ya que se ha formado tanto una hipótesis fáctica como una presunción de culpabilidad.[67]

3.4. Derecho de defensa.[68] Comunicación previa y detallada de la acusación. Asistencia gratuita de un traductor o intérprete. Asistencia consular

Toda persona indicada como posible autora o partícipe de un hecho punible tiene derecho a ejercer su defensa desde el inicio y hasta la finalización total del proceso, incluyendo la ejecución de la sentencia. Este derecho "obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo".[69]

A su vez, debe brindarse el tiempo y los medios adecuados para la preparación adecuada de la defensa, lo que implica que se le permita a la persona inculpada tener acceso al expediente llevado en su contra, siempre que se respete el principio del contradictorio, que garantiza la intervención en el análisis de la prueba no solo de la persona inculpada, sino también de la

66. Corte IDH. *Caso Guerrero, Molina y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424, párr. 141.

67. *Ibíd*., nota 52, considerando 13.

68. Ver artículo 6 del Código Procesal Penal Federal.

69. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 16.

víctima en la causa en la que se constituya como parte coadyuvante o querellante.[70]

Adicionalmente, deben aplazarse los actos procesales si quien ejerce la defensa ha sido recientemente designado/a y no ha podido conversar con su defendido/a para acordar la estrategia a seguir.[71] En relación con ello, los Estados deben garantizar la libre y privada comunicación entre defensor/a e imputado/a por el medio a través del cual se sustancie –entrevista personal en el lugar de detención, teléfono, correo electrónico–. Abogados/as y defensores/as tienen, además, obligación de guardar reserva de las confidencias trasmitidas en el marco de dicha relación.

De conformidad con el artículo 8.2.f de la CADH, el derecho de defensa incluye la posibilidad de interrogar testigos y peritos.

Si se encuentra permitido por la legislación interna, la persona inculpada puede defenderse personalmente, aunque deberá garantizarse una defensa técnica de su elección, lo cual "supone que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas".[72] Será función de jueces y juezas vigilar que el derecho de defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz, circunstancia que puede invalidar el desarrollo del proceso.[73]

---

70. Para el TEDH, el principio de contradicción en un proceso penal implica que tanto a la defensa como a la fiscalía se le brinde la posibilidad de ser oídas, producir evidencia y comentar las observaciones y pruebas producidas por la parte contraria. Cualquiera sea el método elegido para cumplir con este principio, se debe asegurar que las partes tomen conocimiento de las actuaciones que se realicen y que tengan una oportunidad real de argumentar contra ellas. Cf. TEDH, *Case of Zahirovic v. Croatia*, Application N° 58590/11, Court (First Section), 25 April 2013, párr. 42.

71. El TEDH destacó que el acceso rápido a un abogado/a constituye una garantía contra la autoincriminación, teniendo presente la particular vulnerabilidad de la persona acusada en las etapas iniciales del proceso, en las cuales se enfrenta al estrés de la situación y la complejidad de la legislación penal. Cf. TEDH, *Case of Martin v. Estonia*, Application N° 35985/09, Court (First Section), 30 May 2013, párrs. 77 y ss.

72. *Ibíd*., nota 69, párr. 18.

73. *Ibíd*., nota 69, párr. 19.

En sentido similar, la CSJN consideró que

> [e]n materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa [...] el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio [...] [N]o basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor [...] [E]n una materia tan delicada como es la que concierne a la defensa en sede penal los juzgadores están legalmente obligados a proveer lo necesario para que no se produzcan situaciones de indefensión.[74]

Siempre que una persona acusada de cometer un delito carezca de representación letrada, sea porque se encuentra en una situación de carencia económica o porque no ha designado representante de su confianza, el Estado deberá proveer de servicios de defensa eficaz, para lo cual deberá asegurar recursos humanos suficientes, que cuenten con los medios adecuados para la preparación de la defensa y descentralizados.

Sin embargo, la Corte IDH ha sostenido que en materia penal la defensa técnica es irrenunciable, debido a la entidad de los derechos involucrados y a la pretensión de asegurar tanto la igualdad de armas como el respeto irrestricto a la presunción de inocencia, por lo que "la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso implica que la defensa que proporcione el Estado no se limite únicamente a aquellos casos de falta de recursos".[75]

Sobre este punto, la CSJN tiene dicho que

> es evidente el derecho de quien concurre ante la justicia como actor o demandado, querellante o acusado, para elegir la persona que, llenando las condiciones

74. CSJN, "Iñigo, David Gustavo y otros s/privación ilegítima de la libertad", *Fallos* 342:122.

75. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 155.

> legales, produzca en su nombre los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, conforme a la garantía de la libre defensa en juicio que menciona el artículo 18 de la Constitución Nacional [...] No es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio, aun cuando éste sea inteligente, diligente y recto, porque solamente la parte interesada es la dueña de las condiciones en que, dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuando estos sean, como en el juicio criminal los esenciales de vida, libertad y honor.[76]

Este servicio deberá garantizarse a todas las partes del proceso. En el caso argentino, con la sanción de la Ley N° 27.372 se colocó en cabeza de la Defensa Pública la obligación de brindar defensa técnica eficaz a las víctimas de delitos.

El artículo 8.2.b de la CADH establece para todos los Estados Partes el deber de informar a la persona interesada no solamente la causa de la acusación –las acciones u omisiones que se le imputan–, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal de esos hechos. Esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir a la persona acusada que ejerza plenamente su derecho de defensa y muestre a quien juzga su versión de los hechos.[77]

Para que esto ocurra, es necesario que la notificación ocurra previamente a que la persona inculpada rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.

Si la persona no hablara o comprendiera el idioma en el cual está siendo conducido el proceso, el Estado deberá garantizarle la asistencia de un traductor o intérprete. Esta garantía también alcanza a toda clase de procesos y en favor de todas las personas que deban intervenir en él; es decir, no se aplica únicamente a quien debe defenderse en un proceso penal.

---

76. CSJN, "Salvatierra, Ramón Gustavo y otros s/daño agravado (art. 184, inc. 5) y amenazas", *Fallos* 343:2243.

77. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 15.

En efecto, ha sostenido la Corte IDH que

> durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y la capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas. En un caso como el presente en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurarle la provisión de intérprete.[78]

Esta garantía se configura como particularmente importante al momento de presentar una denuncia y recibir información sobre las actuaciones derivadas de ella.[79]

Por último, la Corte IDH ha sostenido que existen garantías que integran el "debido proceso legal" que no se encuentran enumeradas en el artículo 8 de la CADH, ni en otros artículos de dicho instrumento.

De este modo, ha considerado, por ejemplo, que el derecho individual a la notificación del derecho a solicitar asistencia consular, reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es una verdadera garantía del debido proceso, que busca brindar a la persona extranjera sujeta a un procedimiento penal la oportunidad de contar con un juicio justo, preparar adecuadamente su defensa y a que los actos procesales en los que interviene –entre ellos, las diligencias policiales– se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.[80]

Por su parte, en "Bueno Alves" la Corte IDH especificó que

> [e]l extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su

78. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 213. En igual sentido, TEDH, *Case of Brozicek v. Italy*, Application N° 10964/84, Court (Plenary), 19 December 1989, párrs. 39-41.

79. Cf. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 201.

80. Cf. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, nota 16, párr. 121.

> derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado [...] el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión.[81]

3.5. Deber de motivar las resoluciones[82]

Si bien el artículo 8.1 de la CADH no establece expresamente que el fallo o sentencia que decida un caso sea razonado, es evidente que el resto de las garantías del debido proceso podrían verse anuladas si no se exigiera a los tribunales nacionales que fundaran sus decisiones tanto en los hechos probados como en el derecho e hicieran explícitos sus argumentos.[83]

Por ello, toda autoridad que adopte una decisión que determine, limite o restrinja los derechos de una persona tiene el deber de fundar adecuadamente su decisión. En tal sentido, se ha entendido que "la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. De esta forma, se protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática".[84]

De tal modo, la Corte IDH ha destacado que el deber de motivar las resoluciones es una de las garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso,[85] por lo que las decisiones deberán redactarse de forma tal que permitan conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. A la par, deberá mostrar que han sido

---

81. Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 116 y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, nota 16, párr. 106.

82. Ver artículo 20 del Código Procesal Penal Federal.

83. Cf. Medina Quiroga, C. (2003). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia.* Santiago de Chile: Centro de Derecho Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 317.

84. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 10.

85. *Ibíd*., nota 54, párr. 78.

debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.[86] De lo contrario, las decisiones serían arbitrarias.[87]

Por los mismos motivos, la CSJN ha dejado sin efecto un pronunciamiento cuando su fundamentación aparente solo se afirmaba dogmáticamente mediante un razonamiento circular.[88]

Esta garantía, además, es esencial para poder ejercer el derecho al recurso, pues únicamente comprendiendo cuáles fueron los motivos que llevaron al órgano decisor a rechazar una pretensión, se pueden invocar argumentos en contrario.

En supuestos de tribunales colegiados la conformación de una posición mayoritaria que acuerde, en lo sustancial, en los argumentos y conclusiones hace también al correcto deber de fundamentación. Se consideró así que

> [l]a coincidencia en la conclusión de que las acciones derivadas de los delitos cometidos por los condenados en este proceso serían imprescriptibles no resulta de fundamentos sustancialmente convergentes, sino completamente diferentes entre sí: normas o reglas distintas basadas en premisas totalmente diversas que sólo tienen en común una pretensión de interpretación o argumentación constitucional […] Esta anomalía [...] ha provocado, por ejemplo, que uno de los recurrentes haya debido agraviarse por separado respecto de los fundamentos de cada uno de los jueces aludidos.[89]

86. Cf. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 151, y TEDH, *Case of Suominen v. Finland*, Application N° 37801/97, Court (Fourth Section), 1 July 2003, párr. 37.

87. Cf. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152, y *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153.

88. Cf. CSJN, "Barrera, Maribel Alejandra Soledad y otro s/homicidio culposo", *Fallos* 345:578.

89. CSJN, "Roggenbau, Edgardo Enrique y otros s/legajo de casación", *Fallos* 345:338.

Finalmente, en casos en que estén involucrados niños o niñas,

> en la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado.[90]

3.6. Principio de *non bis in idem*[91]

El artículo 8.4 de la CADH reconoce el principio de *non bis in idem* o la prohibición de perseguir penalmente más de una vez con relación a los mismos hechos delictivos a la persona absuelta o condenada por sentencia firme.

La persecución penal comprende toda actividad oficial (policial, fiscal, judicial) o privada (querella) tendiente a atribuir a una persona participación en un hecho delictivo. Para determinar si se trata de los mismos hechos, deberá analizarse la identidad de persona (debe ser la misma persona física que ya fuera objeto de una primera persecución), de objeto (identidad del contenido fáctico esencial de ambas persecuciones) y de causa (pretensión que se persigue). Por ende, no existirá identidad si se persiguen consecuencias no penales, como la indemnización del daño civil causado por el delito o una investigación para conocer "la verdad histórica".[92]

90. Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 188.

91. Ver artículo 1 del CPPN y artículo 5 del Código Procesal Penal Federal.

92. *Ibíd*., nota 17, pp. 115-119. El sometimiento a un sumario administrativo y a una investigación penal por los mismos hechos no viola esta garantía. CSJN, "Pousa, Lorenzo", *Fallos* 273:66. Del mismo modo, no la viola el dictado de una nueva sentencia después de que se haya declarado la nulidad de la primera. CSJN, "Weissbrod, Pedro s/causa N° 6.062", Fallos 312:597, considerando 3. En sentido contrario, ver "Polak, Federico Gabriel s/violación de los deberes de funcionario público s/casación - causa n° 174 - 4/95", *Fallos* 321:2826.

Sobre el particular, la Corte IDH tiene dicho que

> a diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos –artículo 14.7 del PIDCP, que se refiere al mismo "delito"–, la CADH utiliza la expresión "los mismos hechos", que es un término más amplio en beneficio del inculpado o procesado.[93]

Sin embargo, ha reconocido que no se trata de un derecho absoluto, no resultando aplicable cuando: a) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver a la persona responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraerla de su responsabilidad penal; b) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o c) no hubo la intención real de someter a la persona responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta".

Si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de las personas responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la CADH desplaza la protección del *ne bis in idem*.[94]

En este sentido, destacó que

> [e]n las situaciones en que el individuo no ha sido debidamente juzgado o castigado por la misma acción o el mismo crimen a causa del abuso de poder o de la incorrecta administración de justicia por las autoridades nacionales [...]

93. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 66.

94. Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154 y *Caso Carpio Nicolle Vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

> la comunidad internacional no debe estar obligada a reconocer una decisión resultante de una transgresión tan grave del procedimiento de justicia penal.[95]

Al analizar si con posterioridad a una sentencia condenatoria, una nueva sanción por la misma conducta podría ser calificada como una violación al artículo 8.4 de la CADH –habida cuenta que allí se habla de "juzgamiento"–, el Tribunal regional sostuvo que

> cualquiera sea la interpretación del artículo 8.4 de la Convención, incluso admitiendo *ad demostrationem* que omite el aspecto de derecho penal material (sustancial o de fondo) de esa garantía, nunca podrá interpretarse que la CADH desconoce la prohibición de múltiple punición por el mismo hecho. De lo contrario, se permitiría que una persona a quien se le impusiera una punición por un delito, incluso habiendo ya cumplido ésta, pudiese ser nuevamente condenada y punida por el mismo delito, lo que se traduciría en una cadena interminable de condenas, sólo eventualmente interrumpida por la prescripción. Nunca una disposición de naturaleza procesal, por limitada que fuese, puede habilitar una solución contraria al derecho penal material, sencillamente porque el derecho procesal debe realizar al de fondo y en ningún caso deformarlo permitiendo soluciones aberrantes a su respecto, como es el elemental principio de que a un único delito corresponde una única punición.[96]

En "Gutiérrez y Familia" la Corte IDH advirtió que la investigación y la causa penal estuvieron plagadas de irregularidades y omisiones por parte de los agentes estatales en la recaudación de prueba, en el seguimiento de líneas lógicas de investigación y en el análisis de los hechos del caso, a lo que se añade que estuvieron involucrados en la ejecución extrajudicial de la víctima y obstruyeron la investigación iniciada.

Como uno de los imputados había sido absuelto en un juicio en el que las testigos estaban amenazadas y reconocieron haber mentido, el Tribunal destacó que "[l]a aplicación, en toda circunstancia, del artículo 8.4 de [la CADH]

95. Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 271.

96. Corte IDH. *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párrs. 93 y 94.

podría conducir, en definitiva, a la impunidad e inaplicabilidad de las correspondientes normas internacionales, lo que no se condeciría con el objeto y fin de la CADH".[97]

Adicionalmente, en "Acosta y otros" constató directamente la comisión de un acto ilícito deliberadamente dirigido a provocar una apariencia de extinción de la acción penal, por lo que se trataba de una mera apariencia de cosa juzgada. El Tribunal manifestó que

> [u]na conducta ilícita dolosa nunca puede ser relevada jurídicamente como un acto procesal de extinción de la acción penal, pues conforme a una interpretación racional y no contradictoria de cualquier orden jurídico, a un eventual ilícito penal no puede reconocérsele el carácter de un obstáculo de derecho a la persecución de otro hecho de igual naturaleza.[98]

Por ende, resolvió que en ese caso no se consideraba extinguida la acción penal, por lo que el Estado no debía computar, en el término de la prescripción de la acción penal, el tiempo durante el cual se había considerado extinguida.

Lo expuesto no significa que la Corte IDH actúe como tribunal de cuarta instancia o que las sentencias internas con carácter de cosa juzgada no deban ser cumplidas, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en un caso concreto. Solo puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos protegidos por la CADH y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.[99]

La CSJN, por su parte, reconoció la raigambre constitucional de este principio con carácter previo a la reforma constitucional de 1994[100], entendiéndolo

97. Cf. Corte IDH. *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párrs. 129-132. En igual sentido, *Caso Guerrero, Molina y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424, párrs. 168 y 169.

98. Corte IDH. *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 216.

99. Cf. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 167.

100. Cf. CSJN, "Rava, Oscar Oreste s/homicidio culposo inf art. 84 del Código Penal", *Fallos* 311:67.

como una garantía implícita con el mismo alcance que el Tribunal interamericano. A diferencia de la cosa juzgada, que evitaría una segunda condena por los mismos hechos, el *non bis in idem* incluye el riesgo de poder ser condenado mediante una nueva persecución.[101]

3.7. Publicidad de los procesos

El artículo 8.5 de la CADH establece que "el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia". Ello se relaciona con la teoría general de la publicidad de los actos de gobierno, que deben estar sujetos al estricto escrutinio popular. Solo puede controlarse aquello que se conoce.[102]

La propia norma establece excepciones posibles fundadas en intereses determinables. Así, por ejemplo, las causas penales pueden reservarse durante un tiempo determinado, fundada tal decisión en la necesidad de no tornar ilusorias medidas investigativas; o las causas que atañen a niños, niñas y adolescentes y cuestiones de familia respetando la intimidad de los asuntos que deben "ventilarse" ante los tribunales.

3.8. Derecho a recurrir el fallo[103]

En el *Caso Mohamed Vs. Argentina* la víctima había sido condenada penalmente por primera vez en segunda instancia por la Cámara de Casación Penal, luego de haber sido absuelta por un tribunal oral. Contra esa condena

101. Cf. CSJN, "Videla, Jorge Rafael s/incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción", *Fallos* 326:2805.

102. El TEDH sostuvo que la completa restricción del público de tomar conocimiento de una decisión judicial no puede ser considerada como una garantía. La publicidad de las sentencias asegura la realización de un escrutinio del público de dichas decisiones, y de esta forma, constituyen una salvaguarda básica contra la arbitrariedad. Incluso en los casos donde está involucrada la seguridad nacional, muchos Estados han optado por clasificar únicamente aquellas partes de las sentencias cuya desclasificación podría poner en peligro la seguridad del Estado o de terceros. Cf. TEDH, *Case of Fazliyski v. Bulgary*, Application N° 40908/05, Court (Fourth Section), 16 April 2013, párr. 69.

103. Ver artículo 21 del Código Procesal Penal Federal.

solo podía interponer, de conformidad con la ley aplicable, un recurso extraordinario federal ante la CSJN, que tiene una procedencia y margen de revisión acotado, a diferencia de los recursos ordinarios.[104]

La Corte IDH condenó al Estado argentino por violar el artículo 8.2.h de la CADH, toda vez que es

> una garantía primordial que se debe de respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica que procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. De esta forma, el derecho a recurrir el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona [...] la falta de garantía del derecho a recurrir el fallo impide el ejercicio del derecho a la defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados.[105]

El Tribunal regional ha indicado que debe tratarse de un recurso ordinario accesible –en el sentido de no requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho– y eficaz –dando respuesta al fin para el cual fue concebido–, que permita revisar la sentencia antes de que adquiera carácter de cosa juzgada.[106]

En función de lo expuesto, el recurso extraordinario federal regulado en la normativa argentina no reúne tales características, pues su procedencia se encuentra limitada a la revisión de cuestiones federales –validez de una ley, tratado o norma constitucional– o a la arbitrariedad de una sentencia, por lo que es difícil que se analicen circunstancias fáticas y probatorias.

Además, como señaló la Corte IDH, la admisibilidad de este recurso es limitada, puesto que el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la

104. *Ibíd*., nota 30, párr. 100.

105. *Ibíd*., nota 16, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 21.

106. *Ibíd*., nota 30, párr. 99.

Nación habilita su denegatoria no motivada, de manera que los/as usuarios/as de la administración de justicia no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva.[107]

En "Casal" la CSJN determinó los alcances del recurso de casación en el ámbito penal, entendiendo que lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Por ende, el artículo 456 del CPPN debe entenderse en el sentido de que "habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas".[108]

Lo posible de revisar es todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces o juezas en el debate oral; es decir, aquellas cuestiones que directamente no conocen por no haber estado ahí, por lo que debe apreciarse en cada caso.[109]

Con posterioridad, en "Valle Ambrosio y otro" la Corte IDH reconoció la importancia del fallo "Casal", pero advirtió que no se había acreditado que, efectivamente, a raíz de dicho precedente "la práctica judicial interna [principalmente la realizada por los tribunales provinciales inferiores] ha provocado

107. *Ibíd*., nota 30, párr. 107.

108. CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa n° 1681–", *Fallos* 328:3399. En igual sentido, "Duarte, Felicia s/recurso de casación", *Fallos* 337:901. Con anterioridad, el Tribunal había afirmado que "el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima para toda persona inculpada de delito". CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación -causa N° 32/93", *Fallos* 318:514, considerando 8.

109. Cf. Guerreño, I. (2021). Comentario al fallo Rojas. *Revista Debates sobre Derechos Humano*s, año 2020, (4), 47. Al respecto, se ha señalado que "si se pretende realizar una revisión seria de lo ocurrido durante el debate, será necesario dejar constancia de lo sucedido (utilización de taquígrafos, grabación completa de las audiencias)". Carrió, A. (2010). *Garantías constitucionales en el proceso penal,* quinta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Hammurabi, pp. 95 y 96.

en la actualidad que el recurso de casación contra una sentencia dictada en primera instancia cumpla con los estándares interamericanos en la materia".[110]

Para concluir es importante destacar que la Corte IDH sostuvo que en procesos laborales no existe el derecho a que un tribunal superior revise las cuestiones de hecho y derecho resueltas en primera instancia. Dicha garantía solo resulta invocable en un proceso penal o uno administrativo de naturaleza sancionatorio, que pudiera implicar una privación de libertad.[111]

110. Corte IDH. *Caso Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de julio de 2020. Serie C No. 408, párr. 56.

111. Cf. Corte IDH. *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 105.

Capítulo 3

Mecanismos internos de protección de derechos humanos

Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey

En el presente capítulo abordaremos algunas características de los tres mecanismos internos de protección de derechos humanos más conocidos: el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*. Toda vez que este es un Manual de Derechos Humanos y no de Derecho Constitucional –asignatura en la que se deberían analizar en profundidad estos tres recursos o acciones–, por una cuestión de espacio solo se brindarán lineamientos generales que permitirán tener un conocimiento mínimo para comprender algunas características del litigio en derechos humanos.

1. El amparo

El amparo ha nacido en nuestro derecho constitucional como una extensión a otros derechos de la protección sumaria que las leyes otorgaban desde antiguo a la libertad corporal. Esa fue la interpretación que realizó la CSJN en "Siri"[1] para actos u omisiones realizadas por el Estado y luego extendió en "Kot"[2] a actos de particulares.

En el año 1966 se reguló la admisibilidad del amparo mediante la Ley N° 16.986. En su artículo 1 se establece que podrá interponerse "contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrin-

1. CSJN, "Siri, Ángel", *Fallos* 239:459.

2. CSJN, "Samuel, Kot S. R. L.", *Fallos* 241:291.

ja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional".

Se declarará la inadmisibilidad de esta acción cuando: a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial; c) la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba; o e) la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse –artículo 2–.

Sabido es que los procedimientos judiciales habituales poseen un desarrollo inevitablemente lento,[3] mientras que el amparo es el más simple y breve para brindar una efectiva protección de los derechos consagrados en la CN.[4]

De este modo, la característica principal del amparo es su carácter expedito y rápido. La doctrina mayoritaria sostiene que "expedito" significa que el amparo puede promoverse de modo inmediato, sin necesidad de tener en cuenta otra vía, trámite o recurso, por más que fuese provechosa para el afectado. Mientras que la inexistencia de "otro medio judicial más idóneo" importa que el amparo solamente es inadmisible si hay otra vía más exitosa para la persona afectada por un acto lesivo. Como el amparo es rápido, en principio, siempre será el instrumento más idóneo.[5]

3. La Argentina ha sido condenada en reiteradas oportunidades en el ámbito interamericano por la lentitud del sistema de administración de justicia para resolver casos en los que se han violado derechos humanos dentro de un plazo razonable. Entre otros, Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

4. Cf. CSJN, "Daman S.A. s/amparo", *Fallos* 321:2823.

5. El amparo no es un proceso excepcional: cuando concurran los presupuestos de admisión es el único que juega y tiene que ser habilitado. Que existan delicadas y extremas medidas a comparar es lo primero que hace todo litigante y su profesional estudioso y responsable.

La CSJN se pronunció en esta dirección cuando afirmó que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación de competencias.[6]

Para el Máximo Tribunal, si bien es cierto, por principio, que la vía excepcional del amparo no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a su conocimiento, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, corresponde que se restablezca de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo, a fin de que el curso de las instancias ordinarias no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales.[7]

Como señalaba Bidart Campos,

> [e]s dable [...] interpretar que, en esta referencia al medio judicial más idóneo, el hecho de que la norma omita aludir a vías administrativas equivale a no obstruir la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa.[8]

Adicionalmente, se ha sostenido que "[l]a procedencia de la acción de amparo supone la impugnación de un acto concreto y la inexistencia de vía legal

---

Usará el resorte que crea que le rendirá al menor costo y tiempo los beneficios esperados. Cf. Morello, A. M. (2008). El amparo. Garantía fuerte. Hacia una interpretación funcional, *La Ley*, *2008-A,* 793.

6. Cf. CSJN, "Mases de Díaz Colodrero, María Agustina c/Estado de la Provincia de Corrientes s/amparo", *Fallos* 320:1339.

7. Cf. CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional P. E. N. Mº de Economía, Obras y Servicios Públicos y otros s/amparo ley 16986", D. 1084. XXXII. REX, 14 de septiembre de 2000. En similar sentido, ver "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional s/amparo y sumarísimos", *Fallos* 327:2413.

8. Bidart Campos, G. J. (1997). *Manual de la Constitución reformada*, tomo II. Buenos Aires: Ediar, p. 376.

para la tutela del derecho que se dice lesionado y que aquel adolezca de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas".[9]

Para la CSJN, la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías de raíz constitucional aparezca en forma clara e inequívoca sin necesidad de un largo y profundo estudio.[10]

Otro aspecto relevante se vincula con la temporaneidad de la demanda. Como lo ha señalado la jurisprudencia,

> el plazo establecido por el art. 2°, inciso e), de la Ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo infranqueable […] cuando ha sido invocado y *prima facie* acreditado que se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial.[11]

Mientras perdure el comportamiento lesivo, el amparo podrá ser planteado. En este sentido, la CSJN, con remisión al dictamen del Procurador General, tiene dicho que

> el escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2º, inciso "e", de la ley 16.986, no es insalvable en la medida en que con la acción invocada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado […] ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarios […]. Pensamos que en la especie la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada.[12]

9. CSJN, "Eduardo Loussinian S. A. C. I. F. I. A.", *Fallos* 300:47.

10. Cf. CSJN, "Radio Universidad Nacional del Litoral S.A. c/Comité Federal de Radiodifusión", *Fallos* 306:1253.

11. CSJN, "Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro s/amparo", *Fallos* 329:4918.

12. *Ibíd*., nota 11.

También señaló el Máximo Tribunal que

> atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo del actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso.[13]

El procedimiento en materia de amparo es bastante sencillo. No procede la recusación sin causa y no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas o incidentes. Cuando la acción fuera admisible, el juez o la jueza, bajo pena de nulidad, requerirá a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamento de la medida impugnada, que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que fije.

Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, si alguna de las partes hubiese ofrecido prueba se ordenará su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva, que deberá tener lugar dentro del tercer día. Luego se dictará sentencia fundada dentro del tercer día.[14]

Dentro de las numerosas modificaciones que se llevaron a cabo con la reforma constitucional del año 1994, una de las más novedosas y trascendentes fue la del artículo 43, que constitucionalizó las acciones de amparo y *habeas corpus*.

La referida norma dispone:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva…

13. CSJN, "Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina Dirección General Bienestar Pers Fuerza Aérea s/amparo", *Fallos* 327:2127.

14. Cf. artículos 8-11 y 16 de la Ley N° 16.986.

La Constitución reformada agregó la procedencia del amparo contra actos de particulares. Asimismo, los derechos o garantías que pudieran verse lesionados, restringidos, alterados o amenazados pueden estar reconocidos no solo en la Constitución, sino también en un tratado o una ley. Finalmente, se dejó sin efecto una parte del artículo 2, punto d de la Ley N° 16.986, puesto que se establece expresamente que el juez o la jueza podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Otro aspecto relevante de la reforma constitucional de 1994 fue introducir la dimensión colectiva a la ya existente acción de amparo individual.[15]

En efecto, el artículo 43 de la CN establece que

> [p]odrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Quien promueve una acción de amparo colectivo debe demostrar y acreditar una concreta afectación –actual o inminente– de sus derechos o de los derechos de sus asociados/as o de quienes represente, que conduzcan al menoscabo de los derechos que se pretende proteger.

En este sentido, la CSJN ha considerado que, dentro de un proceso expedito y rápido como la acción de amparo, las medidas probatorias requeridas para resolver el caso en análisis no deben exigir mayor amplitud porque, de lo contrario, deviene necesario imprimirle a la causa el trámite ordinario.[16] A

15. Para un mayor estudio de la cuestión, ver Rey, S. A. y Goldsman, C. (2006). La reciente jurisprudencia en materia de acción de amparo colectivo. *Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley*, 22 de agosto de 2006, 85-93, y Gozaini, O. A. (2021). *El juicio de amparo.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

16. Entre otros, CSJN, "Neuss, Jorge Justo", *Fallos* 270:69, y "Kelly, Guillermo Patricio c/ Taire, Marcos y otros s/amparo", *Fallos* 312:2103. El Tribunal agregó que "la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requieren que la elección de los derechos o garantías de raíz constitucional deben aparecer en forma clara e inequívoca sin necesidad de un largo y profundo estudio. CSJN, "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/acción de amparo", *Fallos* 328:4640.

modo de ejemplo, podemos mencionar que en materia ambiental la recomposición integral de los presuntos daños causados, así como la adopción de medidas pertinentes para evitar en lo sucesivo la reiteración de los daños en general requiere la producción de medidas probatorias que exigen un marco procesal más extenso que el amparo.[17]

La CSJN ha limitado la legitimación procesal de las asociaciones y del defensor del pueblo en base a consideraciones de dos órdenes: por un lado, las relativas a la exigencia de una causa judicial concreta[18] y, por el otro, en base al fundamento de la pretensión; es decir, a partir de la distinción entre derechos de incidencia colectiva y derechos patrimoniales individuales.

El Máximo Tribunal ha señalado que

> aun cuando la reforma constitucional de 1994 importó un ensanchamiento de la protección constitucional […] ello no enerva la exigencia que para todo tipo de causas consagra el art. 116 de la Constitución, acerca de que quien alegue padecer una afectación de sus derechos, demuestre un interés concreto, inmediato y sustancial a fin de viabilizar la acción de amparo.[19]

Asimismo, destacó que la reforma de 1994

> introdujo una modificación trascendente en relación a la acción de amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción cuando están en juego garantías constitucionales, y ampliando la legitimación activa de los pretensores potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones, de las que no cabe excluir a las sindicales.[20]

17. Cf. CSJN, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Y. P. F. S. A. y otros s/daño ambiental", *Fallos* 327:2967.

18. Entre otros, CSJN, "Gómez Diez, Ricardo y otros c/Poder Ejecutivo Nacional s/proceso de conocimiento", *Fallos* 322:528; "Mosquera, Lucrecia Rosa c/Estado Nacional (Mrio. de Economía) s/acción meramente declarativa – sumarísimo", *Fallos* 326:1007; y "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/acción de amparo", *Fallos* 326:2998.

19. CSJN, "Galantini, Miguel Alfredo c/Asociación Correntina Amateur de Hockey sobre Césped y Pista s/amparo", *Fallos* 327:1890.

20. CSJN, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares S. A. D. O. P. c/Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo", *Fallos* 326:2150.

Por otra parte, el objeto del amparo colectivo es la protección de derechos que adquieren una dimensión grupal. Ello significa que los "intereses difusos" son aquellos valores que pertenecen a un grupo de personas y no a la suma de los miembros que lo componen y su nota esencial es que, a diferencia de los pluriindividuales, los "intereses colectivos" son comunes, indiferenciados y no susceptibles de fraccionamiento alguno.

La CSJN ha sostenido que la defensa de derechos patrimoniales propios de cada uno de los miembros de una asociación no legitima a la entidad para interponer una acción de amparo colectivo, pues su ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados.[21]

El Máximo Tribunal ha dado operatividad integral a los derechos de incidencia colectiva mediante la instrumentación pretoriana de las herramientas procesales indispensables. Así, en "Mendoza"[22] erigió algunas pautas del proceso colectivo en general y especialmente el tratamiento de los derechos difusos o indivisibles. Con posterioridad, en "Halabi"[23] comenzó a delinear el perfil de los derechos colectivos divisibles o individuales homogéneos, prerrogativas que no se dirigen a un bien colectivo común, sino que son enteramente divisibles y se encuentran aunadas por un hecho, único o continuado, que provoca una lesión y, por tanto, es posible identificar una causa fáctica homogénea. Se debe constatar que el ejercicio individual de las acciones no aparezca plenamente justificado. Además, afirmó que es perfectamente viable que el defensor del pueblo o determinadas asociaciones deduzcan una acción colectiva para la defensa de los derechos individuales homogéneos.[24]

Para la CSJN resulta importante realizar una correcta identificación del grupo o colectivo afectado y efectuar una adecuada notificación de todas las personas que pudieran tener interés en el resultado del litigio, de manera de

21. Cf. CSJN, "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/A. F. I. P. s/amparo", *Fallos* 326:3007.

22. CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", *Fallos* 329:2316.

23. CSJN, "Halabi, Ernesto c/P. E. N. –Ley 25873– Dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986", *Fallos* 332:111.

24. Cf. Salgado, J. M. Aristas del caso "Halabi". *Doctrina Judicial*, 7 de octubre de 2009, 2809.

asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

Mediante la Acordada N° 32/2014 el Máximo Tribunal creó el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación, en el que se inscriben ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos.

Por su parte, a través de la Acordada N° 12/2016, aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, que tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule este tipo de procesos. El Reglamento no se aplica a los procesos colectivos que involucren derechos de personas privadas de la libertad o procesos penales.

La norma establece que en la demanda se deberá: a) identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación del colectivo; c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal; y e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva e informar, con carácter de declaración jurada, su resultado.

En los procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos, también se deberá precisar: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue y b) que la pretensión está focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

En los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos, se deberá precisar: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

Aun cuando la demanda no sea promovida con carácter de colectiva, si el juez o la jueza entiende que se trata de un supuesto comprendido en la Acordada N° 32/2014 deberá proceder en la forma establecida en el Reglamento.

Si no existe otro proceso registrado que se encuentre en trámite, el juez o la jueza dictará una resolución en la que deberá identificar provisionalmente la composición del colectivo, con indicación de las características o circunstancias que hacen a su configuración; identificar el objeto de la pretensión; identificar el sujeto o los sujetos demandados y ordenar la inscripción del proceso en el Registro. Luego deberá hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses.

2. El *habeas corpus*

Como se señaló en el apartado anterior, la reforma constitucional del año 1994 constitucionalizó el *habeas corpus*.

El artículo 43 de la Constitución dispone que

> cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

El procedimiento se encontraba regulado desde fines del año 1984 por la Ley N° 23.098,[25] que en su artículo 3 establecía la procedencia del *habeas corpus* cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente o la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad.

25. Como antecedente puede mencionarse el artículo 20 de la Ley Nº 48.

De este modo, Ledesma señala que no solo se tutela la libertad ambulatoria, sino también la dignidad del trato carcelario.[26] Asimismo, la acción no procede si la privación de la libertad se originó en una causa seguida ante el Poder Judicial.[27]

La ley faculta a los jueces y las juezas a declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad de una norma, cuando la limitación de la libertad se lleva a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional –artículo 6–.

En cuanto a los requisitos formales, la denuncia de *habeas corpus* podrá ser formulada a cualquier hora del día por escrito u oralmente en acta ante un tribunal y deberá contener el nombre y domicilio real del denunciante, los datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia, la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo, su causa y las razones de su ilegitimidad –artículo 9–.

La CSJN ha sostenido, como principio rector del tema, que el *habeas corpus* no autoriza a sustituir en las decisiones que les incumben a los jueces propios de la causa.[28]

El juez o la jueza notificará al Ministerio Público sobre la denuncia presentada y debe ordenar a la autoridad requerida que presente ante él/ella a la persona detenida con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y las condiciones en que se cumple. Si por un impedimento físico la persona detenida no pudiera ser llevada ante el juez o la jueza, la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser cumplida.

Posteriormente se lleva adelante una audiencia, en la que el juez o la jueza dará oportunidad para que se pronuncien la autoridad requerida y la

26. Cf. Ledesma, Á. (2014). *Juicio de habeas corpus*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 33.

27. Cf. CSJN, "Pucci, Vicente", *Fallos* 243:306; "Cardozo, Miguel Oscar", *Fallos* 310:57, y "Di Salvo, Octavio s/hábeas corpus", *Fallos* 311:334.

28. Cf. CSJN, "Rowve, Elena Margarita Clara", *Fallos* 233:103.

persona amparada, personalmente o por intermedio de su asistente letrado o defensa.[29]

Terminada la audiencia, se dictará inmediatamente la decisión, que deberá ser motivada –debido a su estrecha vinculación con grave materia constitucional y esenciales derechos de las personas–,[30] en la que se rechaza o acoge la denuncia –artículo 17–. Contra esta decisión puede interponerse recurso de apelación.

2.1. El *habeas corpus* preventivo

Gelli destaca que este tipo de *habeas corpus* se vincula con casos de hostigamientos o alteraciones parciales de la libertad, sin que se verifique una privación de esta.[31] Es decir, situaciones donde se vigila o persigue a una persona, lo cual altera su libertad.

En estos casos el juez o la jueza ordenará que la autoridad requerida presente el mismo informe que en el *habeas corpus* clásico y citará a la persona amparada inmediatamente para la audiencia prevista en la normativa vigente.

Para que proceda la acción, se requieren razones fundadas o indicios vehementes de que se privará de la libertad a una persona sin orden escrita de autoridad competente, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, en casos de seguimientos, hostigamientos o amenazas del personal policial,[32] aunque ello no debe interpretarse como que imposibilita la tarea investigativa en el marco de un proceso penal.[33]

29. La Corte Suprema ha destacado el carácter esencial de la audiencia en el procedimiento de *habeas corpus*. Entre otros, CSJN, "Iriart, Carlos Alberto", *Fallos* 307:1039, y "Haro, Eduardo Mariano s/inc. de *habeas corpus* correctivo", *Fallos* 330:2429.

30. Cf. CSJN, "Rivera Vaca, Marco Antonio y otro s/*habeas corpus*", *Fallos* 332:2544.

31. Cf. Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina, tomo I*. Buenos Aires: La Ley, p. 663.

32. Cf. CSJN, "Cafassi, Emilio Federico", *Fallos* 311:308.

33. *Ibíd*., nota 26, pp. 64 y 65.

2.2. El *habeas corpus* correctivo

Esta clase de *habeas corpus* se vincula con supuestos de agravamiento de las condiciones de detención de una persona, independientemente de si se encuentra condenada o detenida preventivamente.

La CSJN ha dicho que

> con la extensión del procedimiento sumarísimo de *habeas corpus* a la protección de la dignidad y respeto a la persona, con los que debe cumplirse la privación de la libertad, el legislador ha buscado establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen.[34]

Dado que lleva implícita la idea de evitar la mortificación de la persona detenida, puede presentarse ante la sola amenaza del agravamiento de las condiciones de detención,[35] pero el recurso debe atenerse a las circunstancias existentes en el momento del dictado de la sentencia, de modo que la restricción a la libertad que se invoca debe ser actual; es decir, contemporánea con la decisión judicial del caso.[36]

No siempre consiste en ordenar el cese de la situación irregular que ilegítimamente agrava la detención de las personas mediante el mero requerimiento a las autoridades penitenciarias para que se abstengan de realizar una conducta determinada, sino también puede implicar ordenarles que adopten conductas positivas para realizar reformas sistémicas.[37]

Los casos de *habeas corpus* correctivos comprenden desde problemas de hacinamiento,[38] traslados, alojamiento en comisarías, salud,[39] beneficios de la

34. CSJN, "Gallardo, Juan Carlos s/hábeas corpus", *Fallos* 322:2735.

35. *Ibíd*., nota 26, p. 80.

36. Cf. CSJN, "Rodríguez Soca, Eduardo Manuel (U-2) s/acción de hábeas corpus", *Fallos* 312:579.

37. Cf. CSJN, "Gutiérrez, Alejandro s/causa n° 11.960", *Fallos* 338:68.

38. Cf. CSJN, "Defensor Oficial s/interpone acción del art. 43 de la Constitución Nacional", *Fallos* 327:5658.

39. Cf. CSJN, "Gómez, Sergio s/hábeas corpus", *Fallos* 323:4108.

seguridad social,[40] hasta la posibilidad de garantizar el acceso al derecho al trabajo[41] o a la educación.

2.3. El *habeas corpus* colectivo

En "Verbitsky",[42] la CSJN decidió extender la dimensión colectiva otorgada a la acción de amparo al instituto del *habeas corpus* correctivo. El director del Centro de Estudios Legales y Sociales había interpuesto un *habeas corpus* correctivo y colectivo a favor de la totalidad de las personas detenidas, que se encontraban alojadas en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la provincia de Buenos Aires.

Para la CSJN, el instituto del *habeas corpus* es una especie de amparo cuya distinción reside en el particular derecho que protege –la libertad ambulatoria–, por lo que también posee la dimensión colectiva que el texto constitucional otorgó a partir de la reforma constitucional al amparo individual.[43]

Quizás una de las razones que llevó a nuestro Máximo Tribunal a resolver utilizando este criterio ha sido la circunstancia fáctica, prácticamente inobjetable, que demostró la existencia de "situaciones plurales" de todas las personas privadas de la libertad en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, lo cual generó, a su vez, la aparición de intereses colectivos. Estos son los que conducen a la necesidad de admitir una acción igualmente plural, toda vez que, al tener tal dimensión, su satisfacción no puede lograrse mediante peticiones individuales.[44]

En el año 2021, el Máximo Tribunal volvió a expedirse sobre los alcances del fallo "Verbitsky".[45] Toda vez que se aportaron muchos elementos de prueba acerca de la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito

40. Cf. CSJN, "Internas de la Unidad N° 31 SPF y otros s/hábeas corpus", *Fallos* 343:15.

41. Cf. CSJN, "Recurso Queja Nº 1 - Presentante: Procuración Penitenciaria de la Nación y otros s/*habeas corpus*", *Fallos* 344:545.

42. Cf. CSJN, "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", *Fallos* 328:1146.

43. *Ibíd*., nota 42, considerando 16.

44. *Ibíd*., nota 15.

45. CSJN, "Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*", *Fallos* 344:1102.

carcelario provincial y su crecimiento exponencial, entendió que no podía clausurarse el proceso de *habeas corpus* colectivo como tal,

> sin haber ponderado suficientemente el impacto que las medidas practicadas por la Corte local habrían tenido, en función de la complejidad de los objetivos fijados en ["Verbitsky"] y sin explicitar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en relación con la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores.

La dimensión colectiva no se aplica únicamente a casos actuales de lesiones sino también a potenciales.

En cuanto a la legitimación para incoar esta acción se ha admitido a la Defensoría General de la Nación, al Ministerio Público Fiscal, a la Procuración Penitenciaria de la Nación, a organizaciones no gubernamentales y a asociaciones profesionales, como los colegios de abogados, entre otras.[46]

2.4. El *habeas corpus* durante el estado de sitio

La Ley Nº 23.098 dispone que cuando el Poder Ejecutivo limite la libertad de una persona en el marco de un estado de sitio –artículo 23 de la CN–, mediante el procedimiento de *habeas corpus* el Poder Judicial podrá comprobar la legitimidad de la declaración del estado de sitio, la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio, la agravación ilegitima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad y el efectivo ejercicio del derecho de opción –artículo 4–.

En "Granada", la CSJN destacó que

> son facultades privativas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable por los jueces.[47]

46. Cf. CSJN, "Mignone, Emilio Fermín s/acción de amparo", *Fallos* 325:524.

47. CSJN, "Granada, Jorge Horacio", *Fallos* 307:2284.

La interpretación amplia de las atribuciones del Poder Judicial para revisar la legalidad de una detención no fue compartida por la mayoría de quienes lo integraron durante la última dictadura militar, lo que costó la vida de miles de personas. Esta práctica judicial motivó que al reformarse la Constitución en el año 1994 se incluyera específicamente la posibilidad de interponer esta acción en casos de desaparición forzada de personas.

Sin embargo, debe señalarse que la CSJN en "Zamorano"[48] ya había afirmado que podía fiscalizar la aplicación por parte del Poder Ejecutivo de su poder de detener personas y realizar un control de razonabilidad entre la adecuación de las causas que motivaron una detención y los motivos que originaron la declaración del estado de sitio. Similar criterio adoptó en "Timerman",[49] en el que destacó que el Poder Ejecutivo debe proporcionar información suficiente a los jueces a los fines de poder realizar dicho análisis. Además, en "Pérez de Smith" consideró que los fracasos de los *habeas corpus* interpuestos por familiares de personas que se encontraban desaparecidas constituían una privación de justicia, pues el deber constitucional de afianzar la justicia no se agota con el acceso a la jurisdicción, sino con el dictado de una sentencia útil.[50]

2.5. El *habeas corpus* en la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos

El artículo 7.6 de la CADH dispone que

> [t]oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza,

48. CSJN, "Zamorano, Carlos Mariano", *Fallos* 298:441.

49. CSJN, "Timerman, Jacobo", *Fallos* 300:816.

50. CSJN, "Pérez de Smith, Ana y otra s/pedido", *Fallos* 300:1282.

> dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Si bien abarcan diferentes ámbitos de protección,[51] durante décadas el Tribunal ha interpretado que esta norma se complementa con el artículo 25.1 del tratado.[52]

En las décadas de 1970 y 1980, cuando las dictaduras azotaron la región, así como luego del retorno de las democracias, algunos Estados habían sancionado leyes y tenían una práctica judicial que consistía en suspender la vigencia del *habeas corpus* durante los estados de excepción.

Por ello, en la Opinión Consultiva OC-8/87 la Corte IDH destacó que "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"[53] y que aún en condiciones de grave emergencia hay ciertos derechos y libertades que no admiten una suspensión transitoria de su ejercicio, por lo que es necesario que también subsistan las garantías judiciales indispensables para su protección, entre las que se encuentran el *habeas corpus* y el amparo.[54]

Además, afirmó que

> al igual que el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su detención o

51. Cf. 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. 205, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 162.

52. Cuando la Corte IDH analizó la acción de *habeas corpus* en supuestos de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, determinó la violación de los artículos 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) del tratado. Cf. Corte IDH. *Caso López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 197.

53. Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 25.

54. Cf. 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. 122.

> *habeas corpus*, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión.[55]

La vigencia de estas garantías implica que "la autoridad que debe decidir la legalidad del arresto o detención debe ser un juez o tribunal",[56] que debe reunir los requisitos de independencia e imparcialidad.[57]

En particular, la Corte IDH señaló que

> es esencial la función que cumple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[58]

Del mismo modo, recordó que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que el *habeas corpus* pueda ser ejercido de manera eficaz en situaciones de desaparición forzada.[59]

Mientras que en "Velásquez Rodríguez" el Tribunal inauguró su jurisprudencia contenciosa respecto de la exigencia convencional de que existan recursos adecuados y eficaces para la protección de los derechos humanos,

55. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 120.

56. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 135.

57. Cf. 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. 206, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 126.

58. Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 104.

59. Cf. Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 258; *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 104, y *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 187.

siendo el *habeas corpus* el consagrado para casos de desaparición forzada de personas,[60] con posterioridad hizo referencia a numerosas disposiciones o requisitos exigidos que, si bien no suspendieron de manera expresa la acción de *habeas corpus*, en la práctica condujeron a la ineficacia del citado instrumento.[61]

A modo de ejemplo, en "Castillo Páez" el Tribunal consideró probada la ineficacia del recurso de *habeas corpus* para lograr la libertad de las víctimas y, además, prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida, en función de que agentes del Estado adulteraron el registro de ingreso de detenidos, lo cual impidió localizarlas.[62]

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH destacó que el *habeas corpus* puede tener como finalidad no solo lograr que un juez o tribunal competente decida, sin demora, sobre la legalidad de un arresto o detención y, en caso de que estos fuesen ilegales, la ejecución, también sin demora, de una orden de

60. Cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

61. Entre otros, ver Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 77; *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 66; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 100; *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 114; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 129, y *Caso J Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 171.

62. Cf. Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 81-83.

libertad,[63] sino también que el defensor o la defensora y los familiares de una persona detenida puedan entrevistarse con esta última.[64]

Para el Tribunal, la autoridad judicial encargada de resolver un recurso de *habeas corpus*, entre los datos conducentes que debe analizar para definir si una detención es arbitraria, se encuentra la competencia de la autoridad emisora de la orden de detención, considerando los hechos imputados y las circunstancias de la persona a la que estos se atribuían.[65]

Asimismo, el análisis por la autoridad competente del recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a una mera formalidad,[66] sino que debe examinar las razones invocadas por la persona demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo con los parámetros establecidos por la CADH.[67]

En cuanto a la tramitación del recurso, el Tribunal destacó que pese al paso del tiempo desde que supuestamente desapareció una persona, el *habeas corpus* puede resultar eficaz para determinar su paradero o realizar importantes adelantos al respecto, si se realizan de forma diligente las actuaciones procesales encaminadas a ello, tomando en cuenta las amplias facultades del juez o de la jueza y la obligación de las autoridades estatales de brindarle la información requerida.[68]

63. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 232; *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 97, y *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 281.

64. Cf. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 183.

65. Cf. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 130.

66. Cf. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 190.

67. Cf. Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 96 y 97.

68. Cf. Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 86.

Aun cuando se haga lugar al *habeas corpus*, si no se realizan acciones investigativas de forma inmediata, el recurso carecerá de efectividad en la práctica. El Poder Judicial no puede conformarse con los escasos datos que las autoridades brinden como respuesta o requerir información de forma muy específica y, ante la falta de ella, no solicitar datos más generales sobre el paradero de las víctimas.[69]

En este sentido, no resulta razonable o diligente, ni constituye un recurso efectivo, la mera verificación formal con los registros oficiales de detenidos o la aceptación como verdadera de la negación de la detención por los presuntos responsables sin una verificación objetiva, imparcial e independiente de aquella.[70]

Cuando no puede acreditarse un contexto de práctica sistemática y generalizada de desaparición forzada, persecución política u otras violaciones de derechos humanos, una vez recibida la información solicitada por el juez o la jueza a cargo de un *habeas corpus* –de la que se desprende que una presunta víctima no se encuentra detenida–, el rechazo del recurso no es violatorio de la CADH.[71]

Por último, en "Instituto de Reeducación del Menor" el recurso de *habeas corpus* genérico interpuesto con el propósito de reclamar por las inhumanas condiciones de detención en que vivían las personas alojadas en dicho lugar se resolvió casi cinco años después de haber sido interpuesto.

Por ende, la Corte IDH concluyó que la tramitación del recurso excedió todo límite permisible y, además, impidió que el recurso fuera efectivo, puesto que algunas de las personas a cuyo favor se había interpuesto ya no se encontraban en dicho lugar cuando se resolvió.[72]

---

69. *Ibíd*., nota 68, párrs. 92 y 93.

70. Cf. Corte IDH. *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 143.

71. Cf. Corte IDH. *Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377, párr. 140.

72 Cf. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 247.

En otro caso consideró que la acción de *habeas corpus* presentada había resultado ineficaz para tutelar el derecho a la libertad personal de una víctima, dado que el órgano judicial no realizó las diligencias mínimas a fin de determinar si la detención había sido arbitraria, a lo que se suma que su resolución demoró nueve meses, lo que constituye un plazo irrazonable.[73]

En el ámbito europeo, el artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que

> [t]oda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

Esta norma provee a las personas detenidas el derecho de buscar una revisión judicial respecto de su detención[74] y, a la vez, las protege contra las detenciones arbitrarias.[75] Es decir, el CEDH dispone que los ordenamientos internos deben establecer la existencia de un recurso para examinar la legalidad de una detención,[76] en particular cuando pueda ser prolongada en el tiempo.[77] Por ello, el TEDH ha afirmado que el propósito del artículo 5 es prevenir la arbitrariedad y las privaciones injustificadas de la libertad.[78]

---

73. Cf. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 143. Del mismo modo, consideró que un plazo de un mes para resolver una solicitud de libertad –que legalmente debía ser resuelta en 48 horas– y de seis meses o más para decidir las demandas de *habeas corpus* son claramente excesivos. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, nota 63, párr. 292.

74. Cf. TEDH, *Case of Mooren v. Germany*, Application N° 11364/03, Court (Grand Chamber), 9 July 2009, y *Case of Rakevich v. Russia*, Application N° 58973/00, Court (Second Section), 28 October 2003.

75. Cf. TEDH, *Case of Koendjbiharie v. The Netherlands*, Application N° 11487/85, Court (Chamber), 25 October 1990.

76. Cf. TEDH, *Case of Idalov v. Russia*, Application N° 5826/03, Court (Grand Chamber), 22 May 2012 y *Case of Reinprecht v. Austria*, Application N° 67175/01, Court (Fourth Section), 15 November 2005, Reports 2005-XII.

77. Cf. TEDH, *Kafkaris v. Cyprus*, Application N° 9644/09, 21 June 2011, párr. 58.

78. Cf. TEDH, *Case of McKay v. The United Kingdom*, Application N° 543/03, Court (Grand Chamber), 3 October 2006, Reports 2006-X; *Case of Buzadji v. Moldova*, Applica-

El control de la legalidad de la detención –incluso en casos de expulsiones colectivas– debe realizarse teniendo en cuenta no solo lo establecido en la normativa interna, sino también el texto y los principios contenidos en el CEDH.[79]

El TEDH destacó que un pronto control judicial de una detención puede prevenir que se adopten medidas que amenacen los derechos a la vida y a la integridad personal.[80] Por ende, este control debe realizarse incluso en el contexto de la lucha contra el terrorismo, ya que no les otorga a las autoridades una "carta blanca" para arrestar personas sospechosas y ponerlas bajo custodia, fuera del control de los tribunales domésticos y de los órganos de aplicación del tratado.[81]

Si bien el artículo 5.4 del CEDH no obliga a los tribunales a examinar todos los argumentos invocados por quien cuestiona una detención, se lo privaría de contenido si los tribunales, basados únicamente en la normativa interna o la jurisprudencia, desestiman o tratan como irrelevantes aquellos hechos concretos que fueron invocados por la persona demandante, que sean capaces de poner en duda la legalidad de dicha detención.[82]

No hay dudas de que el *habeas corpus* debe tramitar ante un órgano de carácter judicial, que sea independiente del Poder Ejecutivo y de las partes del caso.[83] Debe ser rápido y capaz de examinar no solo la legalidad de la detención, sino también de darle fin en caso de que resultase arbitraria, circunstancias que deben ser determinadas de acuerdo con las características de

---

tion N° 23755/07, Court (Grand Chamber), 5 July 2016, Reports 2006-X, párr. 84, y *Case of Vasiliciuc v. Moldova*, Application N° 15944/11, Court (Second Section), 2 May 2017, párr. 34.

79. Cf. TEDH, *Case of Georgia v. Russia (I)*, Application N° 13255/07, Court (Grand Chamber), 3 July 2014, Reports 2014-IV, párrs. 183-188.

80. Cf. TEDH, *Case of Al Nashiri v. Poland*, Application N° 28761/11, Court (Fourth Section), 24 July 2014, párrs. 528 y 529.

81. Cf. TEDH, *Case of Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, Application N° 7511/13, Court (Fourth Section), 24 July 2014, párr. 523.

82. Cf. TEDH, *Case of Grabowski v. Poland*, Application N° 57722/12, Court (Fourth Section), 30 June 2015, párr. 62.

83. Cf. TEDH, *Case of Stephens v. Malta (no. 1)*, Application N° 11956/07, Court (Fourth Section), 21 April 2009.

cada caso en concreto.[84] Asimismo, procede en casos de agravamiento de las condiciones de detención de personas condenadas.[85]

Dado que existen diferentes formas de realizar un control judicial dependiendo del tipo de privación de la libertad que se trate, el TEDH no determinó cuál es el más apropiado en cada caso, pero dejó en claro que el tribunal que lo lleve adelante debe tener competencia para decidir sobre la legalidad de la detención y ordenar la libertad de la persona, de corresponder.[86]

En este sentido, advirtió que el procedimiento consagrado en el artículo 5.4 del CEDH debe tener un carácter judicial, pero ello no implica que se apliquen las mismas garantías que en los procesos penales y civiles. Únicamente requiere que sean apropiadas al tipo de privación de la libertad de que se trate.[87]

Por último, al evaluar la rapidez con la que se tramita el recurso contra una detención arbitraria, el TEDH tomó en consideración la actitud diligente por parte de las autoridades, la complejidad de la causa, cualquier obstrucción causada por la persona detenida, si intervino más de una instancia judicial y otros factores que puedan causar retrasos en la tramitación que no sean imputables al Estado.[88]

---

84. Cf. TEDH, *Case of Baranowski v. Poland*, Application N° 28358/95, Court (First Section), 28 March 2000, Reports 2000-III; *Case of Rehbock v. Slovenia*, Application N° 29462/95, Court (First Section), 28 November 2000, Reports 2000-XII, y *Case of Ilnseher v. Germany*, Application N° 10211/12, Court (Grand Chamber), 4 December 2018, párr. 251.

85. Cf. TEDH, *Case of Etute v. Luxembourg*, Application N° 18233/16, Court (Fourth Section), 30 January 2018, párrs. 25 y 33.

86. Cf. TEDH, *Case of Khlaifia and others v. Italy*, Application N° 6483/12, Court (Grand Chamber), 15 December 2016, párr. 128.

87. Cf. TEDH, *Case of Sher and others v. The United Kingdom*, Application N° 5201/11, Court (Fourth Section), 20 October 2015, Reports 2015-VII, párr. 147.

88. Cf. TEDH, *Case of Kolompar v. Belgium*, Application N° 11613/85, Court (Chamber), 24 September 1992, y *Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Application N° 13237/17, Court (Second Section), 20 March 2018, párr. 162. El Tribunal explicó que el artículo 5.4 del CEDH no exige que dos instancias diferentes realicen la revisión judicial de una detención, aunque los Estados pueden establecerlo. En tal caso, en esos procedimientos deberán aplicar las mismas garantías que las reconocidas para los trámites ante los tribunales de primera instancia. El mismo criterio se aplica a la intervención de cortes constitucionales. Cf. TEDH, *Case of Kavala v. Turkey*, Application N° 28749/18, Court (Second Section), 10 December 2019, párr. 181.

Toda vez que lo que se encuentra en juego en estos casos es la libertad individual, los Estados deben asegurarse de que los procedimientos sean conducidos tan rápido como sea posible.[89] Por lo tanto, una tardía revisión judicial de una detención no sería eficaz y violaría el CEDH.[90]

A modo de ejemplo, puede señalarse que el TEDH consideró que un período de 22 días para resolver un recurso cuestionando la legalidad de una detención no cumple con el requisito de celeridad en la adopción de una decisión judicial en los términos del artículo 5.4 del CEDH.[91]

3. El *habeas data*

A modo de introducción, la acción de *habeas data* es una herramienta para proteger y garantizar los derechos a la intimidad, a la privacidad y al honor. Sin embargo, hay que contextualizarla en tiempo y espacio. Aunque en la actualidad la mayoría de las situaciones que involucran nuestra intimidad, privacidad y honor están directamente relacionadas con las redes sociales y plataformas de contenidos en internet –como se verá en el capítulo 28–, cuando el *habeas data* fue incorporado a nuestra Carta Magna, internet era aún una ilusión.

La lectura de los debates que precedieron a la reforma constitucional del año 1994 da cuenta de los motivos que se tuvieron en miras en aquel momento:

> [s]e hace referencia a un ámbito de derechos personales del mundo contemporáneo, donde el procesamiento de la información, la acumulación y la circulación han generado amenazas reales a la libertad y a otros derechos personales de los argentinos [...] no somos redundantes al aclarar que no estamos refiriéndonos a la información pública ni a ninguna cuestión que pueda rozar el derecho a la li-

89. Cf. TEDH, *Case of Fuchser v. Switzerland*, Application N° 55894/00, Court (Third Section), 13 July 2006, párr. 43.

90. Cf. TEDH, *Case of Shcherbina v. Russia*, Application N° 41970/11, Court (First Section), 26 June 2014, párr. 62.

91. Cf. TEDH, *Case of Hasselbaink v. The Netherlands*, Application N° 73329/16, Court (Fourth Section), 9 February 2021, párr. 86. En similar sentido, *Case of K. F. v. Cyprus*, Application N° 41858/10, Court (Fourth Section), 21 July 2015, párrs. 108-111.

> bertad de prensa, la cual está garantizada en nuestra Constitución Nacional. Por lo expuesto, se menciona expresamente algo que nunca se había dicho antes en el orden jurídico y esto es la protección del derecho profesional del periodismo.[92]

Luego de arduas discusiones y diferentes propuestas de textos se aprobó el artículo 43, que dispone que

> [t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo [...] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Mientras que parte de la doctrina afirma que el texto promulgado adoptó la forma de una apretada síntesis entre el objeto de la norma de Portugal (tomar conocimiento de los datos) y el instrumento procesal proveniente de Brasil (*habeas data* propiamente dicho), creando así un texto extraño y arduo de interpretar por la jurisprudencia, otro sector afirma que los enfoques de los y las constituyentes,

> originados tal vez en la falta de un conocimiento cabal de la institución y en episodios de nuestro pasado histórico, posiblemente perdieron de vista el objetivo más importante de la acción de *habeas data*, a saber, permitir la verificación de la exactitud de la información financiera y crediticia sobre el titular de los datos registrada en los respectivos bancos, más que la determinación de la filiación política o filosófica o los antecedentes judiciales de dicho titular.[93]

A partir de la década de 1970 se han utilizado diferentes estrategias legislativas para lograr la efectiva tutela de los datos personales. El sistema es-

92. Convención Nacional Constituyente, 29ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994. Recuperado de http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art. 43

93 Masciotra, M. (2004). Naturaleza jurídica del hábeas data argentino. Recuperado de http://www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACF040047

tadounidense permite y facilita un libre flujo de información y ha dictado leyes sectoriales en áreas específicas y concretas, conformando un complejo entramado de regulación, tanto a nivel federal como estadual, mientras que los afectados gozan de acciones individuales en el ejercicio de derechos otorgados por normativas que protegen la privacidad de las personas.

El Sistema Europeo, por su parte, asienta el principio de que cualquier actividad relativa al procesamiento de datos personales se encuentra prohibida, salvo cuando está permitida. En Europa se han promulgado leyes tendientes a otorgar una protección general de los datos personales.

Por último, el constitucionalismo latinoamericano ha consagrado el *habeas data* como un derecho-garantía tendiente a proteger los datos personales. La Constitución brasileña de 1988 fue la primera en abordar el tema y en "bautizar" al instituto en su extenso artículo 5 como "Hábeas Data", asegurando a las personas físicas o jurídicas el acceso a los datos que de ellas constan en los registros públicos o de naturaleza pública y la solicitud de corrección de los datos almacenados. No obstante, no se incluye la actualización, supresión o confidencialidad de los datos, así como tampoco se hace referencia a la información almacenada por privados.[94]

En el ámbito nacional, el artículo 43 de la Constitución reformada fue reglamentado a través de la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales. La norma tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la CN –artículo 1–.

Los "datos personales" son definidos como la "información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables", mientras que los "datos sensibles" son aquellos datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas,

94. *Ibíd*., nota 93.

filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

La legitimación activa –quien puede presentar la acción– corresponde a la persona titular de la información; es decir, a la persona afectada. En caso de que se trate de una persona menor de edad, la acción puede presentarla su madre, padre o tutor/a.

Por su parte, la legitimación pasiva corresponde al banco de datos que posee la información, ya sea público o privado. Ello excluye a la persona que acumula información –por ejemplo, quien ejerce el periodismo o investiga–. Para tener la calidad de "banco de datos" es necesario estar inscripto con dicho carácter ante el Registro Nacional de Bases de Datos Personales dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La persona titular del dato tiene un "derecho de acceso" para conocer la información que se posee relativa a ella. Asimismo, goza del derecho de rectificación, actualización o supresión. La rectificación supone la modificación de un dato. La actualización se refiere a traer al momento actual un dato que ha quedado caduco, viejo. Finalmente, la supresión implica la eliminación de ese dato.

A nivel jurisprudencial, la CSJN en "Urteaga" sostuvo que debe realizarse una interpretación amplia en materia de legitimación para presentar la acción de *habeas data*. El actor buscaba obtener la información que exista en los bancos de datos de diferentes dependencias del Estado nacional y de la provincia de Buenos Aires sobre su hermano, desparecido durante la última dictadura.

El Máximo Tribunal consideró que la información solicitada podía permitir al recurrente establecer el fallecimiento de la persona desaparecida y, en su caso, conocer el destino de sus restos, por lo que

> debe admitirse la legitimación invocada por el apelante en su calidad de hermano de quien se supone fallecido, toda vez que la habilitación para accionar de un familiar directo con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece en las circunstancias del caso, como una de las alternativas de reglamentación posibles en el marco de una discreta interpretación del texto constitucional.[95]

95. CSJN, "Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF. AA. s/amparo ley 16.986", *Fallos* 321:2767.

En otro contexto, diferenció al *habeas data* del amparo, puesto que el primero no requiere que la información haya sido registrada y transmitida "sin arbitrariedad manifiesta", sino que tiene que ser "precisa" y los datos registrados debe ser "exactos y completos", pues "no basta con decir una parte de la verdad".[96]

Además, ha reconocido que existen matices para acceder a algunos datos reservados en poder de organismos del Estado, cuando se acrediten razones de seguridad nacional o estatal, la defensa nacional, o la posible afectación a una investigación criminal.[97]

Por último, ya más cerca en el tiempo, la CSJN rechazó un pedido para que el Arzobispado de Salta modifique en los registros bautismales los datos identificatorios de una persona y que se rectifique su nombre de nacimiento a efectos de adecuarlo al que remite a su identidad de género autopercibida.

Para el Tribunal, todo lo referido a los registros sacramentales se encuentra dentro de un ámbito eminentemente eclesiástico respecto del cual el Estado argentino reconoció a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre ejercicio de su autonomía y jurisdicción. Además, consideró que la actora no había logrado demostrar que la negativa de rectificar los registros sacramentales de la manera pretendida o que la anotación marginal en el acta de bautismo importen un trato discriminatorio respecto de otros miembros de la Iglesia católica. Por último, advirtió que la inscripción solo tiene efectos dentro del ejercicio del culto libremente elegido por la demandante.[98]

96. CSJN, "Martínez, Matilde Susana c/Organización Veraz S. A.", *Fallos* 328: 797.

97. CSJN, "Ganora, Mario F. y otra s/*habeas corpus*", *Fallos* 322:2139.

98. CSJN, "Rueda, Alba c/ Arzobispado de la Provincia de Salta s/*habeas data*". *Fallos* 346:333.

Capítulo 4

Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Sebastián A. Rey

1. La protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. La Comisión de Derechos Humanos. El Consejo de Derechos Humanos

Como establece con claridad el artículo 1.1 de la Carta de la ONU, el propósito fundamental de la Organización es mantener la paz y la seguridad internacionales. Para prevenir y eliminar amenazas a la paz y suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz está facultada a tomar medidas colectivas eficaces. En determinados contextos, la violación de derechos humanos puede considerarse como una amenaza o quebrantamiento de dicha paz y seguridad internacionales, por lo que diferentes órganos de la ONU han intervenido para lograr la protección de los derechos humanos.

En función de la relevancia que la Carta de la ONU asigna a la diplomacia preventiva, la Secretaría ha cumplido un rol fundamental en cuanto a la lucha contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos a través de sus buenos oficios. Además, puede emitir alguna declaración u ordenar que se realice una investigación sobre un caso determinado.[1]

El Secretario General es el más alto funcionario administrativo de la ONU y puede llamar la atención del Consejo de Seguridad (CS) sobre cualquier

1. Cf. Ramcharan, B. G. (2008). *Contemporary Human Rights Ideas.* Londres: Routledge Global Institutions, p. 133.

asunto que pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales –artículo 99 de la Carta–.

En el año 1994 la Asamblea General (AG) decidió crear el puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, funcionario que tiene la responsabilidad principal respecto de las actividades de la Organización en materia de derechos humanos bajo la dirección y la autoridad del Secretario General.[2]

El Alto Comisionado, que pretendía ser un Fiscal General de derechos humanos con atribuciones para asistir a las personas lesionadas ante los tribunales de derechos humanos contra los Estados demandados, terminó constituyéndose en un organismo político-diplomático caracterizado por un énfasis en la promoción, el diálogo y la cooperación en materia de derechos humanos, unido a una absoluta falta de capacidad de hacer cumplir sus recomendaciones.[3]

Por su parte, el CS puede intervenir cuando las partes en una controversia lo soliciten –artículo 37.1 de la Carta–, o si la prolongación de aquella pone en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales –artículo 34 del tratado–. Si fracasa el arreglo pacífico de la controversia, el CS puede recurrir al Capítulo VII de la Carta y tomar medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada para hacer efectivas sus decisiones –por ejemplo, la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones, la ruptura de las relaciones diplomáticas o el establecimiento de tribunales penales internacionales– o decidir medidas que sí impliquen el uso de la fuerza armada si las anteriores han resultado inadecuadas.

Las primeras manifestaciones de la intervención del CS en casos de graves violaciones de derechos humanos o crisis humanitarias se dieron en 1991 en relación con Irak.[4] El CS reconoció que

> los ataques dirigidos deliberadamente contra las poblaciones civiles u otras personas protegidas y las violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del

2. Cf. AG, Resolución 141 (XLVIII). Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos, 48° período de sesiones, 7 de enero de 1994.

3. Cf. Simma, B. (1995). Human Rights. En C. Tomuschat (ed.), *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*. La Haya: Kluwer Law International, p. 274.

4. Cf. CS, Resolución 688 (1991), Iraq, 5 de abril de 1991, párr. 1.

> derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, a este respecto, *reafirma* que está dispuesto a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, imponer medidas adecuadas.[5]

La Asamblea General, integrada por todos los Miembros de las Naciones Unidas, es el órgano deliberativo por excelencia de la Organización. Los artículos 10 y 11 de la Carta la facultan a discutir cualquier asunto o cuestión dentro de los límites del tratado o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por aquel, incluidos aquellos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con los límites establecidos en el artículo 12.[6]

En el contexto de la promoción de la cooperación internacional, el artículo 13.1.b de la Carta faculta a la AG a promover estudios y hacer recomendaciones con el objeto de "ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión".

Dentro de la AG, el Tercer Comité es el responsable de esta tarea. Todas las medidas internacionales más importantes, incluidas las declaraciones y las convenciones sobre derechos humanos, se han discutido allí y han sido adoptadas por el plenario luego de haber sido redactadas por otros organismos, como la Comisión de Derechos Humanos (Comisión DH) u otras comisiones del Consejo Económico y Social (ECOSOC).

En 1948 la AG aprobó sin votos en contra la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,[7] cuyo principal mérito fue tipificar una cuidadosa definición del crimen de genocidio que la diferenció de los crímenes contra la humanidad.

---

5. CS, Resolución 1296 (2000), La protección de los civiles en los conflictos armados, 19 de abril de 2000, párr. 5.

6. Esta competencia se vio ampliada por la Resolución 377 (1950), conocida como "Unión pro paz", para los casos en que el CS, por falta de unanimidad de sus miembros permanentes, no cumpla con sus responsabilidades.

7. AG, Resolución 260 A (III), 9 de diciembre de 1948.

La década de 1960 trajo consigo el temor a que criminales de la Segunda Guerra Mundial pudiesen eludir la persecución penal –ya que en 1965 expiraba el plazo de 25 años de prescripción establecido en la legislación alemana para asesinatos cometidos durante el Tercer Reich–, lo que motivó que en 1968 se adoptara la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.[8]

La AG también cumplió un rol relevante en la sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos a partir de la creación de los tribunales penales internacionales y otras experiencias híbridas.[9]

En el marco de la lucha contra la impunidad, la AG reconoció el derecho de las víctimas a acceder a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.[10] En el año 2005 aprobó los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana.[11]

Más allá de lo señalado, el principal órgano de la ONU creado con el fin de promover los derechos humanos ha sido el Consejo Económico y Social. El artículo 55 de la Carta, teniendo en cuenta lo señalado en su artículo 1.3,

8. AG, Resolución 2391 (XXIII). Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 1727ª sesión plenaria, 26 de noviembre de 1968.

9. Entre otras, AG, Resolución 10 (XLIX). La situación en Bosnia y Herzegovina, 49º período de sesiones, 8 de noviembre de 1994; Resolución 205 (XLIX). Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia, 49º período de sesiones, 6 de marzo de 1995; Resolución 228 A (LVII). Procesos contra el Khmer Rouge, 57º período de sesiones, 27 de febrero de 2003, y Resolución 228 B (LVII). Procesos contra el Khmer Rouge, 57º período de sesiones, 22 de mayo de 2003, anexo.

10. Cf. AG, Resolución 34 (XL). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 96ª sesión plenaria, 29 de noviembre de 1985, párr. 4.

11. Cf. AG, Resolución 147 (LX). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 64ª sesión plenaria, 16 de diciembre de 2005, Anexo, Preámbulo.

dispone que la Organización promoverá "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades". Seguidamente, el artículo 56 establece que "[t]odos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".

La responsabilidad por el desempeño de las funciones de la ONU señaladas en el Capítulo IX de la Carta le corresponde a la AG y, bajo la autoridad de esta, al ECOSOC, de acuerdo con las facultades expresadas en el Capítulo X.

En el artículo 62 del tratado se reconoce la facultad del ECOSOC de hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades, así como de formular proyectos de convención con respecto a cuestiones de su competencia para someterlos a la AG y convocar conferencias internacionales sobre asuntos de su competencia.[12]

La Carta de la ONU no menciona la protección de los derechos humanos, sino su promoción. Pese a ello, Salvioli destaca que el artículo 68 del tratado ha configurado la llave maestra por medio de la cual el ECOSOC ha abierto la puerta hacia la protección de los derechos humanos, ya que, si bien expresa que "establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción

12. En cuanto a esta función, debe destacarse la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, que se celebró en el año 1968 en Teherán, en la que más de 120 Estados participaron para examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la DUDH y preparar un programa para el futuro. La Proclamación de Teherán fue apoyada por la Asamblea General como una reafirmación importante y oportuna de los principios contenidos en la DUDH y en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que exhortó a los Estados a que tengan en cuenta las recomendaciones de la Conferencia. Cf. AG, Resolución 2442 (XXIII). Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 1748a sesión plenaria, 19 de diciembre de 1969. Veinticinco años después, caído el Muro de Berlín, se llevó adelante la Segunda Conferencia Internacional de Derechos Humanos. El conflicto Este-Oeste había sido reemplazado por un nuevo conflicto Norte-Sur, que se evidenció en el debate sobre la universalidad de los derechos humanos. La Declaración de Viena tuvo el mérito de ponerle fin –mediante el consenso de todos los Estados– a la distinción hecha entre las generaciones de derechos humanos y la existencia de jerarquías.

de los derechos humanos", también le da la posibilidad de crear otras comisiones para el desempeño de sus funciones.[13]

Con este propósito, en el año 1946 el ECOSOC creó un organismo subsidiario de la Organización: la Comisión de Derechos Humanos, que estaba integrada por 53 representantes de los Estados.

Como la Carta de la ONU no definió el término "derechos humanos" –sino más bien lo presupuso– la primera tarea de la Comisión DH fue desarrollar una definición universalmente válida. El trabajo de la Comisión DH duró dos años y los puntos de vista eran muy diferentes y dieron lugar a intensos debates. El resultado de este proceso fue la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),[14] quizás la más importante contribución de la AG en el ámbito de los derechos humanos.

En 1947 se la autorizó a establecer una Subcomisión de Protección a las Minorías y otra de Prevención de Discriminaciones. La vinculación existente entre los dos temas condujo al establecimiento de una Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, cuyas funciones se definían por la realización de estudios y la formulación de recomendaciones a la Comisión DH sobre prevención de las discriminaciones y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.[15]

Antes de cada período de sesiones el Secretario General debía elaborar una lista confidencial de las comunicaciones recibidas relativas a los derechos humanos, con una breve indicación del contenido de cada una, y se la comunicaba a la Comisión DH, en sesión a puertas cerradas, sin divulgar la identidad de los autores de las comunicaciones.[16]

13. Cf. Salvioli, F. (1997). El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos a partir de las declaraciones Universal y americana. *Relaciones Internacionales*, (13), 78.

14. AG, Resolución 217 A (III). Carta Internacional de los Derechos del Hombre, 183ª sesión plenaria, 10 de diciembre de 1948.

15. Cf. Pinto, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 157. En 1999 su nombre fue reemplazado por el de Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

16. Cf. ECOSOC, Resolución 75 (V). Comunicaciones relativas a los derechos del hombre, 5 de agosto de 1947.

En el año 1950 el ECOSOC modificó el procedimiento, estableciendo que se elaboraría una lista no confidencial sobre las comunicaciones que trataran sobre los principios en que se basa la promoción del respeto universal y de la observancia de los derechos humanos –que se distribuiría entre los miembros de la Comisión DH–, en la que se divulgaría la identidad de los autores de las comunicaciones, salvo que manifestaran su deseo de que su nombre no fuese revelado. Para el resto de las comunicaciones, el procedimiento continuaba manteniendo el anonimato de los autores.[17]

Seis años después, se dio inicio a un sistema de informes periódicos que los Estados Miembros de la ONU debían presentar cada tres años en los que se describirían los desarrollos y progresos alcanzados en el campo de los derechos humanos enumerados en la DUDH de 1948 y las medidas adoptadas para salvaguardar la libertad.[18]

Solo con el avance de nuevas relaciones de fuerzas dentro de la ONU, debidas fundamentalmente a los movimientos de descolonización y lucha contra la discriminación racial durante la década de 1960, el procedimiento ante la Comisión DH sufrió nuevos cambios. Ello originó que, en el año 1967, mediante la Resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social, se facultara a la Comisión DH a examinar denuncias sobre violaciones notorias a los derechos humanos y libertades fundamentales que se desarrollaban en la República de Sudáfrica y el África Sudoccidental bajo el régimen del *apartheid* y la discriminación racial en Rhodesia.[19] Sin embargo, a los pocos meses no se adoptó ninguna acción con relación a las notorias violaciones de derechos humanos que ocurrían en Grecia o Haití.

Este mecanismo importó un gran adelanto ya que cumplió un efecto preventivo, pues a ningún gobierno le era grato ser sujeto de investigación por

17. Cf. ECOSOC, Resolución 275 (X). Informe de la Comisión de Derechos del Hombre, 17 de febrero de 1950.

18. Cf. ECOSOC, Resolución 624 B (XXII), 1 de agosto de 1956.

19. Cf. ECOSOC, Resolución 1235 (XLII). Cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluso la política de discriminación racial y segregación y la política de *apartheid* en todos los países y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes, 6 de junio de 1967.

parte de la Comisión DH.[20] Además, permitió que se realizara un debate público durante las sesiones de la Comisión DH en el que los gobiernos y las ONG tenían la oportunidad de identificar aquellos problemas que merecían la atención del organismo, a la vez que la autorizó a que realizara estudios e investigaciones sobre situaciones particulares.[21]

El proceso evolucionó de manera trascendental tres años más tarde, cuando el ECOSOC aprobó la Resolución 1503 (XLVIII), en la que autorizó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías a que designara un grupo de trabajo para que se reuniera una vez al año en sesiones privadas, a fin de examinar las comunicaciones recibidas por el Secretario General que parecieran revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales independientemente del lugar de su comisión. Asimismo, debía analizar las respuestas brindadas por los gobiernos y determinar si sometía esas situaciones a la Comisión DH para ser examinadas.

La Comisión DH, tras haber examinado la situación, debía determinar si requería un estudio a fondo y presentar al ECOSOC un informe y recomendaciones al respecto o si podía ser objeto de una investigación[22] por parte de un comité especial, que se realizaría con el asentimiento del Estado interesado. Los procedimientos de dicho Comité culminaban con un informe elaborado para la Comisión DH, en el que formulaba las observaciones y sugerencias pertinentes; es decir, el informe no era un dictamen obligatorio, sino que buscaba que los Estados mejorasen las condiciones de los derechos humanos en sus jurisdicciones.

20. Cf. Nikken, P. (1987). *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas, p. 184.

21. Cf. Steiner, H. J.; Alston, P. y Goodman, R. (2008). *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals. Text and Materials*, tercera edición. Oxford: Oxford University Press, p. 760.

22. Una investigación solo podía iniciarse si se habían utilizado y agotado todos los recursos disponibles en el plano nacional y si dicha situación no se relacionaba con una cuestión que en ese momento se estaba estudiando con arreglo a otros procedimientos prescritos en los instrumentos constitutivos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados, en convenios aprobados por ellos o en convenios regionales.

Todas las medidas previstas en aplicación de la Resolución 1503 (XLVIII) tenían carácter confidencial hasta que la Comisión DH decidiera hacer recomendaciones al ECOSOC.[23]

Inicialmente, la introducción de este procedimiento fue aclamado como un gran éxito, particularmente por las ONG, ya que permitió nuevas formas de que sus comunicaciones fueran examinadas mediante un mecanismo formal, incluidas aquellas contra Estados que no habían ratificado tratados de derechos humanos. A lo largo de los años, al evidenciarse que el procedimiento público se desarrollaba tan rápidamente y que se incrementaban las posibilidades de presentar demandas ante diferentes órganos de aplicación de tratados de derechos humanos, el procedimiento confidencial, sumamente complicado y que demandaba mucho tiempo, perdió en buena medida su importancia.[24]

Además, el sistema establecido en las Resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) no funcionaba satisfactoriamente. Los intereses y consideraciones políticos prevalecieron sobre las genuinas preocupaciones en materia de derechos humanos.[25] Algunos países eran virtualmente inmunes al escrutinio público. A modo de ejemplo, el único Estado comunista que fue sometido a dicho control fue Polonia, durante el estado de emergencia. También los países asiáticos e islámicos quedaban fuera del alcance de la Comisión DH, siendo Irán la excepción.[26]

El doble estándar o la selectividad del sistema de protección de derechos humanos quedaban en evidencia permanentemente. Mientras en el año 1975

23. Cf. ECOSOC, Resolución 1503 (XLVIII). Procedimiento para examinar las comunicaciones relativas a las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 27 de mayo de 1970.

24. Ni siquiera la reforma iniciada por la Resolución 2000/3 del ECOSOC pudo eliminar de alguna manera la anacrónica naturaleza de ese procedimiento. Cf. Nowak, M. (2003). *Introduction to the International Human Rights Regime.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 108 y 109.

25. Cf. Hitters, J. C. y Fappiano, O. L. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos,* tomo I, vol. 1, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, p. 203.

26. Cf. Rodley, N. S. (2002). The Evolution of the UN's Charter-based Machinery. En F. Butler (ed.), *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness.* La Haya: Kluwer Law International, pp. 189 y 190.

se designó un grupo de trabajo para realizar estudios generales sobre la situación de los derechos humanos en Chile luego del golpe de Estado, la dictadura argentina logró mantener las denuncias que las víctimas enviaban en el marco del procedimiento confidencial de la Resolución 1503 (XLVIII), pese al conocimiento universal de las graves violaciones de derechos humanos que aquí se cometían.

Por último, los Estados que eran denunciados tenían un interés natural en votar para que integraran la Comisión DH a miembros que defendieran sus intereses. Por ello, el grupo de Estados africanos propuso a la Uganda de Idi Amin como miembro en el año 1977 y Argentina también fue electa en aquella época.

A raíz de los fallidos esfuerzos para que la Comisión DH investigara las desapariciones forzadas ocurridas en la Argentina entre 1978 y 1979, y pese a la ferviente oposición del gobierno argentino, en el año 1980 se conformó un Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, cuyo trabajo sirvió de modelo para la designación del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias en el año 1982 y del Relator Especial sobre Tortura en 1985.[27]

Estos son dos ejemplos de los múltiples procedimientos públicos temáticos que han sido creados. Igualmente debe señalarse que la mayoría de los Estados no responden a los pedidos de informes de los Relatores o Grupos de Trabajo. El impacto de este mecanismo de monitoreo es diferenciado, ya que en aquellos Estados en los que más se necesita su intervención, la cooperación es menor.

Como consecuencia de la frustración provocada en la comunidad internacional por la politización de la Comisión DH, en el año 2006 los Estados tomaron la decisión de disolverla y crear el Consejo de Derechos Humanos, que pasó a ser un órgano subsidiario de la Asamblea General.[28] Sin embargo, al poco tiempo ya se empezó a dudar sobre la eficacia del nuevo mecanis-

27. Cf. Rodley, N. S. (1986). United Nations Action Procedures against "Disappearances", Summary or Arbitrary Executions and Torture. *Human Rights Quarterly*, *8*(4), 700.

28. AG, Resolución 251 (LX). Consejo de Derechos Humanos, 72a sesión plenaria, 15 de marzo de 2006.

mo para terminar con la solidaridad regional y estratégica dentro de la ONU. Como explica Buergenthal, la debilidad del sistema de la ONU, basado en la Carta, es su susceptibilidad a la politización. Las Naciones Unidas son una organización política cuyas acciones se deciden en función de consideraciones políticas.[29]

El Consejo DH tiene 47 miembros elegidos por la AG mediante votación individual y directa con una mayoría absoluta, debiendo garantizarse una representación geográfica equitativa. La AG tiene la facultad de suspender los derechos y los privilegios de cualquier miembro del Consejo DH si decide que ha cometido graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos durante su mandato.

Luego de un año de consultas, en junio de 2007 el Consejo DH decidió mantener el sistema de procedimientos especiales de la Resolución 1235 (XLII) realizando algunas modificaciones, al mismo tiempo que mantuvo el mecanismo confidencial de la Resolución 1503 (XLVIII). Se establecieron nuevos mandatos temáticos, así como fueron terminados otros.[30]

Además, se creó un proceso especial, el Examen Periódico Universal (EPU), que supone una revisión periódica del historial de derechos humanos de todos los Estados Miembros de la ONU "basado en información objetiva y fidedigna, de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad del trato respecto de todos los Estados".

Consiste en un proceso dialógico de varias etapas, en el que pueden participar las ONG y representantes de la sociedad civil, que se desarrolla en un ciclo de cuatro años, durante el cual el Estado, sometido a examen, responde las preguntas que se le formulen a través de informes nacionales y audiencias públicas. Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos prepara un informe con información relevante recibida.

Durante el examen propiamente dicho, el Consejo DH evalúa el grado en que los Estados respetan sus obligaciones en materia de derechos humanos tal

29. Cf. Buergenthal, T. (2006). The Evolving International Human Rights System. *The American Journal of International Law*, *100*(4), 791.

30. Consejo DH, Resolución 5/1. Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 9° período de sesiones, 18 de junio de 2007.

como se enuncian en la Carta de la ONU, la DUDH, los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado en cuestión, las promesas y compromisos voluntarios realizados por dicho Estado y el DIH aplicable. Los Estados formulan recomendaciones a título individual, que el Estado examinado puede rechazar, aceptar o solo "tomar nota" de su contenido. Finalmente, el Consejo DH aprueba el resultado del examen y se realiza un seguimiento de su aplicación.

2. Mecanismos de protección previstos en los tratados universales de derechos humanos

Los denominados mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en el ámbito universal son el producto de diferentes tratados que se adoptaron durante las últimas ocho décadas, que de acuerdo con su contenido pueden dividirse en tres grupos: a) aquellos que protegen determinadas categorías de derechos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; b) aquellos que tienen como objeto tipificar y condenar como crímenes internacionales ciertas violaciones de derechos humanos específicas, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas;[31] y c) aquellos que tienen por objeto amparar a ciertas categorías de personas, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Tra-

31. A diferencia de los tratados aquí señalados, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no crea un comité como órgano de aplicación, sino que establece en su artículo IX que las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución del tratado serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia.

bajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.[32]

Luego de la aprobación de la DUDH, la Comisión DH comenzó la tarea de redactar un tratado universal de derechos humanos, pero los debates se vieron obstaculizados por el comienzo de la Guerra Fría. El consenso existente en 1948 ya había desaparecido y el producto del conflicto Este-Oeste fue que, en lugar de una Carta Universal de Derechos Humanos, en diciembre de 1966 se adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[33] Las principales diferencias entre ambos tratados se explicarán en el capítulo 6.

El artículo 28 del PIDCP crea el Comité de Derechos Humanos, órgano compuesto de 18 miembros. El Comité DH estudia los informes presentados por los Estados Partes sobre las disposiciones que han adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el tratado y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos y les transmite los comentarios generales que estime oportunos, en función de una interpretación amplia del artículo 40, inciso 4 del PIDCP. Ese proceso, que se repite una vez transcurrido un plazo que puede ir de tres a siete años –según lo disponga el Comité DH–, se materializa en documentos que se denominan "Observaciones finales".

El artículo 41 del tratado permite que el Comité DH reciba y examine las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone el tratado, siempre que el Estado denunciado hubiera reconocido la competencia del Comité DH para hacerlo.

El Protocolo Facultativo del PIDCP permite que el Comité DH reciba y considere comunicaciones de personas que se hallen bajo la jurisdicción de

32. El número de ratificaciones de cada uno de estos tratados y sus protocolos varía de forma considerable. Así, hay Protocolos Facultativos que cuentan con menos del 50% de Estados que han adherido e incluso hay Estados que retiraron sus adhesiones.

33. AG, Resolución 2200 A (XXI). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1496ª sesión plenaria, 16 de diciembre de 1966. La Argentina firmó los tratados el 9 de febrero de 1968, los aprobó mediante la Ley Nº 23.313 y los ratificó el 8 de agosto de 1986.

un Estado Parte, que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el PIDCP. Para ello, se requiere que la persona haya agotado todos los recursos internos disponibles –excepto cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente– y que el asunto no haya sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales –artículos 2 y 5–. El trámite de las comunicaciones es confidencial y escrito. Se considera un abuso del derecho presentar una comunicación una vez pasados cinco años del agotamiento de los recursos internos.[34]

Luego de analizar la información recibida, el Comité DH presenta sus observaciones al Estado Parte interesado y a la persona, pudiendo formular recomendaciones. En el año 1997 el Comité DH designó un Relator Especial para el seguimiento de sus observaciones que monitorea el cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del Protocolo Facultativo.

Asimismo, el Comité DH –al igual que todos los demás comités a los que se hará referencia en este capítulo– elabora Observaciones Generales que, pese a ser redactadas en términos en ocasiones demasiado amplios, se adoptan por consenso luego de duraderas discusiones, por lo que constituyen una fuente autorizada de interpretación del tratado.[35]

En cuanto al valor jurídico de las recomendaciones formuladas en el trámite de comunicaciones individuales por parte de los Comités, se señala que, al momento de adoptar el PIDCP, la frecuente objeción que se planteaba respecto de que un procedimiento de denuncias violaba la soberanía estatal fue dejada de lado por los Estados, en gran medida porque el poder del Comité DH para obligar a los Estados es bastante deficiente.[36]

Sin embargo, el propio Comité DH ha señalado que, si bien la función que desempeña al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma,

34. Cf. Salvioli, F. (2019). La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad. *Revista IIDH*, *69*, 84.

35. Cf. Nowak, M. (1999). The Covenant on Civil and Political Rights. En R. Hanski y M. Suksi (eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*. segunda edición revisada. Turku: Åbo Akademi University, p. 94.

36. Cf. Robertson, A. H. y Merrills, J. G. (1989). *Human Rights in the World. An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights*, tercera edición. Manchester: Manchester University Press, pp. 42 y 48.

la de un órgano judicial, los dictámenes que elabora se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de sus miembros y el carácter determinante de sus decisiones, característica que comparte con las decisiones judiciales.[37]

Para el Comité DH, sus dictámenes, emitidos con arreglo al Protocolo Facultativo, "representan un pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio Pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento",[38] por lo que deben ser tenidos en cuenta. Además, el carácter vinculante de sus dictámenes dimana de la obligación de los Estados Partes de actuar de buena fe.

Por último, refuerza el valor jurídico de las decisiones de los comités el hecho de que han sido utilizadas para fundar resoluciones judiciales tanto nacionales como internacionales.[39]

Aun quienes consideran que las decisiones de los comités son obligatorias, reconocen que estos órganos no tienen atribuciones para imponer sanciones a los Estados que las incumplen. A lo sumo, podrán comunicar esta circunstancia en el informe anual que presentan ante la Asamblea General de la ONU.

No obstante, muchos Estados, al conocer la "jurisprudencia" de dichos órganos, la tienen en cuenta en sus comportamientos futuros y, por ende, modifican sus conductas para evitar ser denunciados internacionalmente, con la consecuente lesión a sus reputaciones que ello implica.[40]

En el caso del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (18 miembros) no fue creado por el propio tratado, sino por la Reso-

37. Cf. Comité DH, Observación General Nº 33. *Obligaciones de los Estados Partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 94º período de sesiones (2008), párr. 11.

38. *Ibíd*., nota 37, párr. 13.

39. *Ibíd*., nota 29, p. 789. La CSJN sostuvo que hay que "poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste". CSJN, "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/art. 39 ley 24.557", *Fallos* 327:3753, considerandos 8.

40. Cf. Steiner, H. J. (2000). Individual claims in a world of massive violations: what role for the Human Rights Committee? En P. Alston y J. Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 36.

lución N° 1985/17 del ECOSOC. Hasta ese entonces los informes periódicos –cada cinco años– se presentaban ante el Secretario General de la ONU.

Recién en el año 2008 se aprobó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[41] que autorizó al Comité a recibir y examinar comunicaciones. Se requiere que se hayan presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que se pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo o cuando hubiera retardo injustificado en su resolución.

El artículo 7 del Protocolo Facultativo permite que la cuestión se resuelva mediante una solución amigable. Asimismo, se puede iniciar un procedimiento de investigación –en caso de que el Estado hubiera aceptado la competencia del Comité para hacerlo–, si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualesquiera de los derechos enunciados en el Pacto –artículo 11–.

La lucha contra la discriminación racial ocupó parte de la agenda de la AG desde sus inicios. A partir del año 1946 –con la Resolución 44 (I)–, aprobó numerosas resoluciones condenando las violaciones de derechos humanos cometidas en Sudáfrica y Rhodesia del Sur,[42] que dieron lugar a la intervención del CS en la década de 1970.

En el año 1963 aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial[43] y dos años más tarde la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.[44]

41. AG, Resolución 117 (LXIII). Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10 de diciembre de 2008. La Argentina lo aprobó mediante la Ley Nº 26.663 y lo ratificó el 24 de octubre de 2011.

42. Por ejemplo, AG, Resolución 7/616 B. La cuestión del conflicto racial en África del Sur, resultante de la política de segregación racial (*apartheid*) del Gobierno de la Unión Sudafricana, 401ª sesión plenaria, 5 de diciembre de 1952.

43. AG, Resolución 1904 (XVIII). Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1261ª sesión plenaria, 20 de noviembre de 1963.

44. AG, Resolución 2106 A (XX). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1406ª sesión plenaria, 21 de diciembre de 1965. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 17.722 y la ratificó el 2 de octubre de 1968.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial está compuesto de dieciocho expertos que analizan los informes combinados que los Estados presentan cada cuatro años, pese a que el artículo 9 del tratado dispone que lo deben hacer cada dos. Asimismo, examina las comunicaciones individuales que cualquier persona o grupo de personas presente, siempre que el Estado denunciado hubiera reconocido la competencia del Comité para hacerlo, y que se hubieran presentado dentro de los seis meses de haberse agotado todos los recursos de la jurisdicción interna u operara una excepción al agotamiento –artículos 11.3 y 14–. Por el contrario, el mecanismo de denuncia interestatal previsto en el tratado no requiere aceptación expresa.

En el año 1993, el Comité estableció que podía utilizar medidas de alerta temprana o procedimientos de urgencia para tratar de evitar violaciones graves de la Convención,[45] que se encuentran reguladas en las Directrices que fueron revisadas en el año 2007.[46] Ello permitió que llamara la atención del Secretario General, del Consejo de Seguridad o de otros órganos pertinentes en relación con varios Estados Partes.

En cuanto a la tortura, en el año 1975 la AG aprobó por unanimidad la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como norma de orientación para todos los Estados y demás entidades que ejerzan un poder efectivo.[47] Luego de un arduo proceso de discusión, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue finalmente adoptada en el año 1984.[48]

45. AG, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 48° período de sesiones, 15 de septiembre de 1993, Anexo III.

46. AG, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 62° período de sesiones, 30 de julio a 17 de agosto de 2007, Anexo III.

47. AG, Resolución 3452 (XXX). Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2433ª sesión plenaria, 9 de diciembre de 1975.

48. AG, Resolución 46 (XXXIX). Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 93ª sesión plenaria, 10 de diciembre de 1984. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 23.338 y la ratificó el 24 de septiembre de 1968.

El tratado crea el Comité contra la Tortura, órgano compuesto de diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

Cada Estado Parte se compromete a presentar un informe sobre las medidas que haya adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos. El informe inicial debe presentarse dentro del año siguiente a la entrada en vigor del tratado para el Estado Parte de que se trate y, posteriormente, cada cuatro años, a menos que el CCT pida otros informes.

El CCT analiza los informes, pudiendo hacer los comentarios generales que considere oportunos. Si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, podrá designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité –salvo que expresamente el Estado hubiera rechazado este mecanismo al momento de manifestar su consentimiento en obligarse–.

Nuevamente transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación –artículos 17, 19 y 20 del tratado–. Todas las actuaciones del CCT a las que se hace referencia en este párrafo son confidenciales.

Asimismo, el tratado establece un sistema de comunicaciones que requiere un previo reconocimiento de la competencia del CCT para recibirlas y examinarlas. Las comunicaciones podrán ser presentadas por un Estado Parte que alegue que otro Estado Parte no ha cumplido las obligaciones que le impone el tratado o personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones del tratado –artículos 21 y 22–.

Procesalmente se requiere que la misma cuestión no haya sido ni esté siendo examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional y que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, salvo cuando su tramitación se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación del tratado. No se establece un plazo de caducidad para la presentación de una comunicación, aunque se requiere

que no haya transcurrido un tiempo "extremadamente largo como para que el examen de las denuncias plantee dificultades indebidas".[49]

El CCT señalará las comunicaciones que se le presenten a la atención del Estado Parte, que dentro de un plazo de seis meses debe proporcionar explicaciones o declaraciones por escrito que aclaren el asunto y expongan, en su caso, la medida correcta que haya adoptado. Finalmente, comunicará su parecer al Estado Parte interesado y a la persona de que se trate.

A partir del pedido realizado por la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en el año 2002 la AG aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.[50] El objetivo del Protocolo Facultativo es establecer un sistema de visitas periódicas a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad por parte de órganos internacionales y nacionales independientes, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes –artículo 1–. Para ello, se estableció un Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura, compuesto de veinticinco integrantes.

En el ámbito nacional, a los fines de cumplir con el Protocolo Facultativo, se sancionó la Ley N° 26.827, mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Se encuentra integrado por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, el Consejo Federal de Mecanismos Locales, los mecanismos locales que se designen, instituciones gubernamentales, entes públicos y organizaciones no gubernamentales.

Similar fue el recorrido adoptado por la AG respecto del deber de castigar la desaparición forzada de personas. En el año 1989 aprobó el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier

49. *Ibíd.*, nota 34, pp. 83 y 84.

50. AG, Resolución 199 (LVII). Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 57° período de sesiones, 18 de diciembre de 2002. La Argentina lo aprobó mediante la Ley Nº 25.932 y lo ratificó el 15 de noviembre de 2004.

Forma de Detención o Prisión[51] y un año más tarde los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias.[52]

En el año 1992 llegó el turno de proclamar la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.[53] Finalmente, en el año 2005 se adoptó la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.[54]

El tratado creó el Comité contra la Desaparición Forzada, integrado por diez expertos, con competencia únicamente para analizar las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para el Estado denunciado –artículo 35–, en virtud del carácter continuado de este delito.

Se estableció un sistema de informes relativo a las medidas que los Estados Partes hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud del tratado (su periodicidad es fijada por el Comité en relación con cada uno de los Estados Partes) –artículo 29– y un sistema de peticiones particulares a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida –artículo 30–.

Adicionalmente, cada Estado Parte podrá declarar que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción o en nombre de ellas, que alegaren ser víctimas de violaciones de la Convención. Se requiere que no exista litispendencia y que se hayan agotado los recursos internos efectivos disponibles, salvo si los procedimientos excedieron plazos razonables

51. AG, Resolución 173(XLIII). Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 76ª sesión plenaria, 9 de diciembre de 1988.

52. AG, Resolución 162 (XLIV). Los derechos humanos en la administración de justicia, 82ª sesión plenaria, 15 de diciembre de 1989.

53. AG, Resolución 133 (XLVII). Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 92ª sesión plenaria, 18 de diciembre 1992.

54. AG, Resolución 177 (LXI). Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 82ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 2006. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 26.298 y la ratificó el 14 de diciembre de 2007.

–artículo 31–. También es necesaria la aceptación del Estado Parte para que puedan presentarse comunicaciones interestatales –artículo 32–.

Ante denuncias fidedignas de violaciones graves del tratado por un Estado Parte, el Comité podrá, después de consultar con dicho Estado y con su aceptación expresa, efectuar una visita *in loco* –artículo 33–. Si el Comité recibe información que, a su juicio, contiene indicios bien fundados de que la desaparición forzada se practica de forma generalizada o sistemática en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado Parte, tras haberle solicitado toda la información pertinente sobre esa situación, podrá llevar la cuestión, con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General de la ONU –artículo 34–.

Si bien desde su creación la ONU se ha preocupado por los derechos humanos de las mujeres y la lucha contra la discriminación basada en el género y en el año 1979 se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,[55] recién a fines del siglo XX los temas de mujeres adquirieron mayor relevancia en sus programas de acción y en sus organismos administrativos y jurisdiccionales.[56] En este contexto debe leerse la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993[57] y el establecimiento de un Relator Especial para estos asuntos por la Comisión DH.

El órgano de aplicación de la CEDAW es el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, compuesto por veintitrés expertos. En sus inicios, solo era responsable de monitorear los informes presentados por los Estados cada cuatro años –artículo 18–, pero en el año 1999, con la adopción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las

55. AG, Resolución 180 (XXXIV). Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 23.179 y la ratificó el 9 de marzo de 2007.

56. Cf. Rey, S. A. (2012). El derecho a la no discriminación y los derechos políticos de las mujeres. Análisis de la normativa internacional y nacional sobre acciones positivas desde una perspectiva de género. En S. A. Rey (coord.), *Problemas actuales de derechos humanos*, *Número I*. Buenos Aires: Eudeba, p. 38.

57. AG, Resolución 104 (XLVIII). Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, 85ª sesión plenaria, 20 de diciembre 1993.

Formas de Discriminación contra la Mujer,[58] se estableció un procedimiento de comunicaciones individuales –artículo 10 del Protocolo Facultativo–. Para que el Comité las examine, el artículo 4 requiere que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna –salvo retardo injustificado en la tramitación de esos recursos o que no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo– y que no haya litispendencia.

Además, el Protocolo Facultativo autoriza al Comité a iniciar investigaciones ante información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención –artículo 8–. Los Estados pueden declarar al momento de obligarse que no reconocen la competencia del Comité para realizar estas investigaciones –artículo 10–.

La protección de la infancia también fue asumida por la ONU como un propósito fundamental. A la creación en el año 1946 del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), le siguió la adopción en 1959 de la Declaración de los Derechos del Niño.[59] Luego de décadas de trabajo de la Comisión DH, con la participación de ONGs y de UNICEF, la Asamblea General adoptó en el año 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño,[60] el tratado de derechos humanos que tienen el mayor número de ratificaciones/adhesiones hasta el momento –193; es decir, todos los Estados menos Estados Unidos–.

El tratado, inspirado en el modelo de la "protección integral", reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos –y no como objetos merecedores de protección–, brindándoles todas los derechos y garantías que tienen las personas adultas, más aquellos que sean necesarios por su condición de persona en crecimiento.

58. AG, Resolución 4 (LIV). Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 6 de octubre de 1999. La Argentina lo aprobó mediante la Ley Nº 26.171 y lo ratificó el 9 de marzo de 2007.

59. AG, Resolución 1386 (XIV). Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959.

60. AG, Resolución 25 (XLIV). Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 23.849 y la ratificó el 4 de diciembre de 1990.

Asimismo, consagra el principio del interés superior del niño, por lo que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Ambas cuestiones fueron receptadas acertadamente en la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El monitoreo del cumplimiento de las obligaciones del tratado le incumbe al Comité de los Derechos del Niño, que está integrado por dieciocho expertos independientes[61] que analizan los informes presentados por los Estados cada cinco años –artículo 44– respecto de este tratado y de los protocolos facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados[62] y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.[63]

En el año 2011 se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones,[64] que estableció un sistema de comunicaciones individuales respecto de los tres tratados –artículo 5–. El artículo 7 exige que no haya litispendencia, que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles –salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o que sea improbable que con ellos se logre una reparación efectiva– y que la comunicación se haya presentado en el

61. Mediante la Resolución 155 (L), del 21 de diciembre de 1995, la Asamblea General realizó una revisión del párrafo 2 del artículo 43 de la Convención para sustituir la palabra "diez" por "dieciocho". La modificación entró en vigor el 18 de noviembre de 2002.

62. AG, Resolución 263 (LIV). Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 25 de mayo de 2000. La Argentina lo aprobó mediante la Ley Nº 25.616 y lo ratificó el 10 de septiembre de 2002.

63. AG, Resolución 263 (LIV). Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 25 de mayo de 2000. La Argentina lo aprobó mediante la Ley Nº 25.763 y lo ratificó el 25 de septiembre de 2003.

64. AG, Resolución 138 (LXVI). Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, 89ª sesión plenaria, 19 de diciembre de 2011. La Argentina lo aprobó mediante la Ley Nº 27.005 y lo ratificó el 14 de abril de 2015.

plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo cuando se pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo.

El tratado permite que las partes arriben a una solución amigable –artículo 9–. Además, se permiten las comunicaciones interestatales, siempre que el Estado denunciado haya reconocido la competencia del Comité para tramitarlas –artículo 12–.

Por último, se creó un procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas de la Convención o sus protocolos. Los Estados pueden declarar al momento de obligarse que no reconocen la competencia del Comité para realizar estas investigaciones –artículo 13–.

No caben dudas de que la situación migratoria de una persona es un factor que en reiteradas oportunidades genera que se violen sus derechos humanos, en particular el acceso a la justicia y los derechos laborales. Prueba de ello es que la gran mayoría de los instrumentos adoptados en el ámbito universal sobre migrantes fueron elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo.

En el año 1990 se adoptó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,[65] que reconoce una serie de derechos a la persona migrante que van más allá del derecho al trabajo.

El órgano de aplicación del tratado es el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, compuesto por catorce expertos. El mecanismo de control periódico requiere la presentación de informes cada cinco años. Asimismo, los Estados Partes pueden reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones interestatales –artículo 76– o individuales –artículo 77–. El proceso puede concluir con una solución amigable y es necesario que no haya litispendencia y haber agotado todos los recursos internos sobre la materia, salvo en casos de retardo injustificado o que el recurso no fuera eficaz.

65. AG, Resolución 158 (XLV). Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 26.202 y la ratificó el 4 de febrero de 2007.

Para concluir, resta hacer referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.[66] El tratado recepta el modelo social de la discapacidad, fundado en que las causas que originan la discapacidad son preponderantemente sociales.

Al igual que la Convención contra la Tortura, se establece que existirá un organismo nacional encargado del seguimiento de la aplicación del tratado –artículo 33–. Además, se crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, integrado por dieciocho miembros.

Los informes periódicos deben presentarse cada cuatro años –artículo 35–. El Protocolo Facultativo establece la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales –artículo 1–, siempre que no haya litispendencia y se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo en casos de retardo injustificado o que el recurso no fuera eficaz –artículo 2–. También permite que se lleve adelante una investigación ante información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en el tratado, si el Estado reconoció la competencia del Comité para hacerlo –artículos 6 y 8–.

66. AG, Resolución 106 (LXI). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006. La Argentina la aprobó mediante la Ley Nº 26.378 y la ratificó el 2 de septiembre de 2008.

Capítulo 5

Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

Sebastián A. Rey

Durante la Sexta Sesión del Comité de Ministros del Consejo de Europa reunida en Roma en 1949 se analizó la posibilidad de celebrar un tratado regional tendiente a lograr la protección de los derechos humanos, dado que los esfuerzos de la ONU para alcanzar un acuerdo universal que recogiera los principios proclamados por la DUDH el 10 de diciembre de 1948 iban a tomar muchos años.[1] Se creía que podría servir como una alarma para llamar la atención de los Estados para intervenir rápidamente ante violaciones de derechos humanos a gran escala como las ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial.[2]

Como fruto de dichas negociaciones, el 4 de noviembre de 1950 se adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que entró en vigor tres años después. El catálogo de derechos que contiene fue ampliado y el procedimiento modificado con posterioridad a partir de diferentes protocolos.

El tratado ocupa un lugar vital dentro del Sistema regional, al punto de que se le ha reconocido un carácter especial, toda vez que es un instrumento del orden público europeo para la protección de los seres humanos.[3]

---

1. Cf. Buergenthal, T. (2006). The Evolving International Human Rights System. *The American Journal of International Law*, *100*(4), 792, y Greer, S. (2008). *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects.* Cambridge: Cambridge University Press, p. 12.

2. Cf. Harris, D. J.; O'Boyle, M. y Warbrick, M. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press, p. 1.

3. Cf. TEDH, *Case of Loizidou v. Turkey*, Application N° 15318/89, Court (Grand Chamber), 23 May 1995, Series A, No. 310, párrs. 75 y 93.

Su órgano de aplicación es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha adaptado el tratado a las exigencias concretas y efectivas de los tiempos actuales.[4] Para ello, inspirándose en el Preámbulo del CEDH, ha adoptado un criterio de interpretación dinámica, que le ha permitido señalar que las disposiciones del tratado deben ser interpretadas, no en relación con el contexto histórico en el cual fueron elaboradas, sino teniendo en cuenta la profunda evolución que la sociedad ha sufrido desde entonces hasta hoy. Por ende, la actividad interpretativa debe adecuarse a las continuas mutaciones sociales.[5]

En este sentido, el TEDH ha reconocido que el CEDH es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales,[6] por lo que, cuando lo consideró necesario para asegurar que los derechos tuviesen un efecto práctico al momento de resolver, se ha apartado de la voluntad manifestada por los Estados –que se desprende de los trabajos preparatorios del tratado–.[7]

En sus orígenes, el mecanismo de protección internacional era similar al que adoptó la OEA: una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, compuesto de un número de integrantes igual al de las Altas Partes Contratantes. La particularidad que vale la pena señalar es que, en algunas ocasiones, la Comisión podía remitir un caso al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que se pronunciara sobre el fondo.

4. Cf. Sudre, F. (2009). Un instrument de l'ordre public européen. En F. Sudre, J. P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire y M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, quinta edición. París: Presse Universitaires de France, p. 12. Respecto del valor de la jurisprudencia del TEDH en la Argentina, podemos mencionar que se ha señalado que constituye una pauta muy valiosa de hermenéutica para interpretar las disposiciones de la CADH y sus equivalentes del CEDH. Cf. CSJN, "Viaña, Roberto s/ habeas corpus en favor del ciudadano Pablo Calvetti", *Fallos* 318:2348, disidencia parcial de los jueces Fayt y Petracchi, considerandos 6 y 7 y "Zenzerovich, Ariel F. s/recusación s/ extraordinario", *Fallos* 322:1941, disidencia de los jueces Fayt y Boggiano.

5. Cf. Russo, C. y Quaini, P. M. (2006). *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, segunda edición. Milán: Giuffrè, pp. 58 y 59.

6. Cf. TEDH, *Case of Tyrer v. The United Kingdom*, Application N° 5856/72, Court (Chamber), 25 April 1978, Series A, No. 26, párr. 31.

7. Cf. TEDH, *Case of Golder v. The United Kingdom,* Application N° 4451/70, Court (Plenary), 21 February 1975, Series A, No. 18, p. 525, y *Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, Application N° 16130/90, Court (Chamber), 30 June 1993, Series A, No. 264, p. 462.

El trámite del proceso contencioso comienza con la presentación de una demanda. El CEDH distingue las individuales, que pueden ser presentadas por cualquier persona física que se encuentre con vida[8] –sin importar su nacionalidad, lugar de residencia, estado civil o capacidad–, un grupo de personas o una organización no gubernamental que estima que sus derechos han sido violados –artículo 34–, y las interestatales –artículo 33–. Aunque en pocas oportunidades este último mecanismo de denuncia ha sido utilizado en el ámbito europeo con mayor frecuencia que en el interamericano.

Las demandas deben necesariamente presentarse contra uno o más Estados Partes en el CEDH. El artículo 35 requiere que no haya litispendencia –en el sentido de que las demandas no traten sobre las mismas personas, la misma base fáctica y los mismos reclamos–,[9] que se hayan agotado las vías de recursos internas –apropiadas y efectivas– y, a partir del año 2022, que la demanda se presente en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.[10] Asimismo, la persona demandante debe haber sufrido un perjuicio importante de modo directo.[11]

Ya a comienzos de la década de 1980 la Comisión Europea advertía sobre el aumento del número de demandas que recibía, el serio retraso en su tramitación que atravesaba y la necesidad de realizar reformas para poder manejar

8. Cf. TEDH, *Case of Aizpurua Ortiz and others v. Spain*, Application N° 42430/05, Court (Third Section), 2 February 2010, párr. 30.

9. Cf. TEDH, *Case of Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)*, Application N° 32772/02, Court (Grand Chamber), 30 June 2009, Reports 2009-IV, párr. 63, y *Case of OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Application N° 14902/04, Court (First Section), 31 July 2014, párr. 520.

10. El Protocolo N° 15 de enmienda al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado el 24 de junio de 2013, que entró en vigor el 1° de agosto de 2021, redujo el plazo de presentación de seis a cuatro meses.

11. Este requisito fue introducido por el Protocolo N° 14 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que enmienda el mecanismo de control del Convenio, aprobado el 13 de mayo de 2004, que entró en vigor el 1° de junio de 2010. Su objetivo es que el Tribunal se concentre en los casos importantes y no destine tiempo a miles de casos considerados "menores". La percepción subjetiva del demandante respecto del perjuicio debe encontrarse justificada en razones objetivas. Cf. TEDH, *Ladygin v. Russia*, Application N° 35365/05, Court (First Section), 30 August 2011.

esta situación. En aquella época recibía 400 demandas nuevas por año, número que se multiplicó más de cien veces en las siguientes tres décadas.[12] Asimismo, el final de la Guerra Fría, la caída del muro de Berlín y el desmembramiento de la Unión Soviética y la República de Yugoslavia hizo que el número de Estados Miembros del Consejo de Europa aumente considerablemente: se pasó de 22 Estados en 1989 a 41 a fines de 1999 y a 47 en 2008.[13]

Ante esta situación, en mayo de 1994 se aprobó el Protocolo N° 11,[14] que modificó radicalmente el funcionamiento del Sistema al eliminar la Comisión Europea de Derechos Humanos y crear un "nuevo" Tribunal Europeo de Derechos Humanos de carácter permanente, al cual las personas pueden acceder de modo directo, enviándole las demandas por violaciones del CEDH y sus protocolos.

Adicionalmente, se dispuso que para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en Comités (formados por tres jueces/zas), Salas (siete jueces/zas) o una Gran Sala (diecisiete jueces/zas).

Es función de los Comités, por unanimidad, declarar inadmisible o archivar una demanda individual cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario. Esta resolución será definitiva. Ello ocurrirá cuando se pretenda que el Tribunal actúe como "cuarta instancia", cuando claramente no hubiere violación de derechos –debe ser obvio para un observador promedio que no tenga conocimientos jurídicos–, cuando no se hubiere aportada evidencia que acredite una violación del tratado y cuando las demandas sean tan confusas que sea objetivamente imposible entender los hechos o agravios que contienen o sean contrarias al sentido común.

12. Cf. Harmsen, R. (2013). The Reform of the Convention System Institutional Restructuring and the (Geo-) Politics of Human Rights. En J. Christofferson y M. R. Madsen, *The European Court of Human Rights between Law and Politics,* Oxford: Oxford University Press, p. 119.

13. Cf. Janis, M.; Kay, R. y Bradley, A. W. (2008). *European Human Rights Law: Text and Materials*, tercera edición. Oxford: Oxford University Press, p. 22, y Harris, D. J.; O'Boyle, M. y Warbrick, M., nota 2, p. 2.

14. Protocolo N° 11 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, aprobado el 11 de mayo de 1994, que entró en vigor el 1° de noviembre de 1998.

Las Salas (formaciones judiciales) se constituyen dentro de las cinco Secciones (entidades administrativas) en las cuales funciona el Tribunal.

Si un Comité no se pronunció sobre la admisibilidad y el fondo de un asunto, dicha tarea queda a cargo de una Sala. La excepción a esta regla son los asuntos que plantean una cuestión grave relativa a la interpretación del CEDH o de sus protocolos o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal. En estos supuestos, la sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia -artículo 30 del CEDH-.

Luego de la declaración de admisibilidad de una demanda, el TEDH se pondrá a disposición de las partes a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso. Este procedimiento es confidencial y en caso de acuerdo concluye con una resolución, en la que se realiza una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada -artículo 39 del tratado-.

Dentro del plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. Un Colegio de la Gran Sala (integrado por cinco jueces/zas) aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del CEDH o de sus protocolos, o una cuestión grave de carácter general. El proceso culmina con la sentencia de la Gran Sala sobre el fondo.[15]

Cuando el Tribunal declare que ha habido violación del CEDH o de sus protocolos y el derecho interno del Estado condenado solo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, concederá a la parte perjudicada una satisfacción equitativa, que casi siempre consiste en

15. La Gran Sala también se pronunciará sobre las cuestiones que le sean sometidas al Tribunal por el Comité de Ministros del Consejo de Europa -artículo 46.4 del CEDH- y examinará las solicitudes de emisión de opiniones consultivas -artículo 47 del CEDH-. Al respecto, debe señalarse que el Protocolo N° 16, aprobado el 2 de octubre de 2013 y que entró en vigor en 2018, permite a las cortes y tribunales superiores de los Estados Partes que soliciten una opinión consultiva sobre la interpretación o aplicación de los derechos reconocidos en el CEDH o los protocolos antes de tener que resolver un caso en el ámbito interno. La opinión emanada por el TEDH no es obligatoria.

una suma de dinero a título de compensación por los daños y perjuicios sufridos –artículo 41 del CEDH–.

Las sentencias deben ser motivadas y son obligatorias para los Estados Partes en el litigio. Su ejecución queda a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que inicia un diálogo con el Estado condenado y con el servicio de ejecución de sentencias. El Comité de Ministros ya no tiene facultades para pronunciarse sobre el fondo de una demanda –artículos 45 y 46–.

En su jurisprudencia constante, el TEDH ha sostenido que son los Estados quienes tienen que decidir el modo en que ejecutarán las sentencias condenatorias en su derecho interno. En función de ello, y de la diversidad de prácticas y realidades presentes en los Estados europeos, ha afirmado que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar las medidas a adoptar para asegurar el cumplimiento del tratado,[16] aunque Greer destaca lo impredecible de esta doctrina, cuyos contornos y características se desprenden de la casuística y su aplicación requiere mayor claridad, coherencia y consistencia.[17] Es más, no ha sido utilizada en casos vinculados a violaciones a los artículos 2, 3 o 4 del CEDH.[18]

16. Cf. TEDH, *Case of Armoniene v. Lithuania*, Application N° 36919/02, Court (Second Section), 25 November 2008, párr. 38, y *Botti v. Italy*, Application N° 77360/01, Court (Third Section), 2 December 2004. Si bien el TEDH reconoce el margen de apreciación de los Estados para adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales para proteger los derechos y libertades fundamentales, la importancia de los bienes jurídicamente protegidos comenzó a ser utilizada como criterio válido para reducirlo. En casos de abusos sexuales, violaciones o trabajos forzados, el TEDH entendió que la única forma de lograr un efecto disuasivo de este tipo de conductas es a través del derecho penal. Cf. TEDH, *Case of X and Y v. The Netherlands*, Application N° 8978/80, Court (Chamber), 26 March 1985, Series A, No. 91, párr. 27; *Case of K. U. v. Finland*, Application N° 2872/02, Court (Fourth Section), 2 December 2008, Reports 2008-V, párr. 46, y *Case of M. C. v. Bulgaria*, Application N° 39272/98, Court (First Section), 4 December 2003, Reports 2003-XII, párrs. 150 y 153. Tampoco hay margen de apreciación respecto del carácter criminal de los crímenes internacionales, aunque podría haberlo en cuanto al alcance asignado al principio de legalidad. Cf. Mégret, F. (2020). International Criminal Justice, Legal Pluralism, and the Margin of Appreciation. Lessons from the European Convention on Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, (33), 94 y 97.

17. Cf. Greer, S., nota 1, pp. 223 y 226.

18. Cf. Callewart, J. (1998). Is there a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention? *Human Rights Law Journal*, *19*, 6-9.

Ello no ha impedido que al aprobar el Protocolo N° 15, que entró en vigor en el año 2021, los Estados hayan agregado en el Preámbulo un nuevo último párrafo que reafirma el principio de subsidiariedad y la responsabilidad primaria de los Estados en asegurar los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y los Protocolos, para lo cual gozan de un margen de apreciación, que se encuentra sujeto a supervisión jurisdiccional por parte del TEDH.

No obstante, la inclusión de esta frase de ningún modo puede interpretarse como una merma en el carácter obligatorio de las sentencias del TEDH, puesto que el TEDH ha fijado como único límite para evitar su cumplimiento la posible imprecisión en la decisión que el Estado condenado debe aplicar.[19]

En cuanto a los efectos para los Estados que no son partes en un caso contencioso, en numerosas oportunidades el TEDH destacó que sus sentencias sirven no solo para resolver aquellos casos que son llevados ante él, sino también, de manera más general, para determinar, proteger y desarrollar las reglas establecidas en el CEDH, contribuyendo, de este modo, a la observancia por los Estados de sus obligaciones asumidas como Partes Contratantes.[20]

Si bien el TEDH reconoció que los efectos de sus sentencias no son *erga omnes*,[21] encontrará responsable a un Estado que deja subsistir en su derecho interno disposiciones legislativas similares a las que le valieron a otro Estado una condena por violación del CEDH.[22]

19. Cf. TEDH, *Case of Vermeire v. Belgium,* Application N° 12849/87, Court (Chamber), 29 November 1991, Series A, No. 214-C, párr. 25.

20. Entre otros, TEDH, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Application N° 5310/71, Court (Plenary), 18 January 1978, Series A, No. 25, párr. 154; *Case of Guzzardi v. Italy*, Application N° 7367/76, Court (Plenary), 6 November 1980, Series A, No. 39, párr. 86, y *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application N° 25965/04, Court (First Section), 7 January 2010, Reports 2010-I, párr. 197. Un claro ejemplo de lo aquí señalado son las modificaciones realizadas por los Países Bajos en su legislación para reducir el plazo que transcurre entre la detención de una persona y su derecho a ser llevada ante un juez, luego de que el TEDH dictase la sentencia *Brogan v. The United Kingdom.*

21. Cf. TEDH, *Case of Lawless v. Ireland (No. 1)*, Application N° 332/57, Court (Chamber), 14 November 1960, Series A, No. 1.

22. Cf. Sudre, F. (1997). *Droit international et européenne des droits de l'homme*, tercera edición. París: PUF, p. 340.

En efecto, en algunas ocasiones el Tribunal pareciera afirmar que los Estados deben cumplir con los criterios establecidos en casos similares pese a no haber sido parte en ellos.[23] Además, utilizando la noción de "analogía de circunstancias", el TEDH ha aplicado el criterio de la economía de medios para reenviar un caso concreto al precedente ya dictado.[24]

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha reconocido el denominado "principio de solidaridad", que implica que la jurisprudencia del TEDH forma parte del CEDH, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante del tratado *erga omnes*. Esto significa que los Estados Partes deben tomar en consideración las posibles implicancias que todas las sentencias pronunciadas por el Tribunal puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales.[25] Esta obligación, más que de ejecución, se vincula con la implementación de las sentencias.[26]

Finalmente, el TEDH ha reconocido que no está obligado al seguimiento de sus precedentes, pero en el interés de la seguridad jurídica, de la previsibilidad y de la igualdad ante la ley, no se apartaría de aquellos sin motivos válidos.[27]

Pese a las reformas realizadas, el Sistema Europeo continuaba teniendo un retraso notable en el trámite de las demandas.[28] Por ello, en mayo de 2004 se adoptó el Protocolo N° 14, que previó la creación de nuevas formaciones judiciales para el examen de los asuntos más sencillos.

En este sentido, se dio competencia a los jueces/zas únicos/as para decidir sobre las demandas manifiestamente inadmisibles y se envió una carta deci-

23. Cf. TEDH, *Case of Valenzuela Contreras v. Spain*, Application N° 27671/95, Court (Chamber), 30 July 1998, Reports 1998-V, párr. 60, y *Case of Modinos v. Cyprus*, Application N° 15070/89, Court (Chamber), 22 April 1993, Series A, No. 259, párrs. 20-23.

24. Cf. Andriantsimbazovina, J. (2009). Le jugement sur le fond. En F. Sudre, J. P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire y M. Levinet, nota 4, pp. 783 y 784.

25. Cf. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución N° 1226, Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de septiembre de 2000.

26. Cf. Gialdino, R. E. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 349.

27. Cf. TEDH, *Case of Chapman v. The United Kingdom,* Application N° 27238/95, Court (Grand Chamber), 18 January 2001, Reports 2001-I, párr. 29.

28. Cf. Mowbray, A. (2007). *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights.* Oxford: Oxford University Press, p. 48.

soria a la persona demandante en la que se rechazaban sus quejas de forma general. El procedimiento sumario creado buscaba resolver el atraso de más de 100.000 demandas pendientes de resolución que tenía el Tribunal en el año 2011 –en 2021 ese número descendió a 64.100–.

Si los jueces/zas únicos/as no declaran inadmisible una demanda ni la archivan, deben remitirla a un Comité o a una Sala para su examen complementario. Las decisiones adoptadas en esta instancia no son recurribles –artículo 27 del CEDH–.

Además, se estableció que los comités pueden pronunciarse por unanimidad sobre la admisibilidad y el fondo de un asunto sobre el que ya exista jurisprudencia consolidada del Tribunal.

Por último, se permitió que el Comité de Ministros remita un asunto al Tribunal con el objeto de que se pronuncie cuando considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulte obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia –artículo 46.3 del CEDH–.

Para dar respuesta al flujo masivo de demandas sobre problemas similares, llamados también sistémicos porque tienen su origen en una inadecuación del derecho nacional al CEDH, y evitar una sobrecarga de trabajo en función de una gran cantidad de peticiones fundadas en la misma causa por la que el Estado ya había sido condenado en otras ocasiones,[29] el TEDH ha resuelto desde el año 2004 algunos "casos pilotos".

El procedimiento consiste en examinar una o algunas de las demandas difiriendo el examen del conjunto de asuntos similares por un período de tiempo. Al dictar sentencia en un caso piloto, el TEDH invita al Estado condenado a

29. Cf. TEDH, *Case of Broniowski v. Poland*, Application N° 31443/96, Court (Grand Chamber), 22 June 2004, Reports 2004-V, párr. 193; *Case of Bottazzi v. Italy*, Application N° 34884/97, Court (Grand Chamber), 28 July 1999, Reports 1999-V, párr. 22, y *Giacometti and others v. Italy*, Application N° 34939/97, Court (First Section), 8 November 2001, Reports 2001-XII. El juez Zupančič mencionó en su voto parcialmente disidente que, si la solución a la que se llegó en "Broniowski" hubiera sido distinta, habría 80.000 casos pendientes ante el TEDH que deberían ser resueltos reiterando mecánicamente lo resuelto 80.000 veces. El magistrado también señaló que en los trabajos preparatorios del artículo 41 del CEDH se pretendió asignarles efectos obligatorios *erga omnes* a las sentencias del Tribunal, pero los políticos que defendían las soberanías nacionales reemplazaron el texto original por la confusa redacción actual de dicha disposición.

adaptar su legislación al tratado, indicándole, en términos claros, las medidas a adoptar para resolver la disfunción hallada. Si el Estado no adopta las medidas eficaces, el TEDH puede retomar el análisis de los casos diferidos. Ello también puede ocurrir cuando las circunstancias particulares de la persona que presenta la demanda tornan injusto o irrazonable para aquella tener que esperar mucho tiempo para ser reparada.

Para continuar adaptando el procedimiento de demandas a las nuevas realidades, en el año 2017 se lanzó el nuevo sistema de decisiones de juez/a único/a con motivación detallada y se realizaron modificaciones a la política del TEDH con respecto a la prioridad de los asuntos a efectos de acelerar la tramitación y la resolución de los más importantes, graves y urgentes.

Una vez que el TEDH resolvió el atraso procesal que tenía, adoptó un nuevo procedimiento que pondera un equilibrio entre la respuesta a las críticas sobre la ausencia de razonamiento individualizado y la asignación de recursos para tramitar asuntos inadmisibles que podrían asignarse al examen de demandas potencialmente fundadas.

Por ello, a partir de junio de 2017, en vez de una carta-decisión, la persona demandante recibirá una decisión del TEDH reunido en formación de juez/a único/a, en la que se mencionarán las causas precisas de inadmisibilidad. Sin embargo, dictará todavía decisiones de rechazo de forma general en ciertos asuntos -por ejemplo, demandas que comprendan numerosas quejas manifiestamente infundadas, abusivas o vejatorias-.

En relación con la política de prioridad de asuntos, el TEDH la adoptó en junio de 2009, cuando creo siete categorías, que van desde los asuntos urgentes que afectan a demandantes vulnerables (categoría I) a los asuntos manifiestamente inadmisibles, que son tratados por un juez/a único/a (categoría VII).

Luego de realizar un balance de esta política, a partir de mayo de 2017 se produjeron algunas modificaciones. La más relevante fue incluir en la categoría I, junto a las demandas en las que hay un especial riesgo para la vida o la salud del demandante o esté en juego el bienestar de niños o niñas, aquellas en que la privación de libertad de la persona demandante directamente resulte de la alegada violación de los derechos consagrados por el CEDH.

Capítulo 6

Introducción a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Marina Chertcoff y Sebastián A. Rey

1. Crítica a la teoría de las generaciones de derechos humanos

No resulta extraño que al consultar a cualquier persona qué derechos humanos podría enumerar o son más importantes surjan como primeras respuestas el derecho a la vida, el derecho a la libertad o el derecho a la igualdad, entre otros. Raramente se mencionan el derecho a la salud, a la vivienda o a la seguridad social.

Ello obedece a que se ha instalado la idea de que los primeros, que forman parte de los derechos civiles y políticos, incuestionablemente son derechos humanos, meritorios de protección por parte de los Estados, mientras que los segundos, que pertenecen a la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, son meras aspiraciones, de cuestionada exigibilidad.

La extendida "teoría de las generaciones de derechos humanos" es, en gran medida, una de las responsables de lo señalado en el párrafo anterior. Si bien se utiliza doctrinaria y académicamente con una aparente neutralidad, esconde una diferenciación clave en cuanto al contenido de las obligaciones estatales y la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos.[1]

1. La justiciabilidad de un derecho consiste en la posibilidad de reclamar ante un tribunal el cumplimiento, al menos, de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho.

Esta categorización postula la existencia de tres generaciones de derechos: a) una primera generación, integrada por los derechos civiles y políticos; b) una segunda generación, conformada por los derechos económicos, sociales y culturales; y c) una tercera generación, que comprende los derechos al ambiente, a la paz o al desarrollo.[2]

Cada generación tenía ciertas características que la diferenciaban de las otras. Los derechos de primera generación eran identificados como libertades clásicas, que encontraban sus orígenes en la Revolución francesa y eran imprescindibles para mantener el Estado de derecho. Eran individuales y exigibles judicialmente. Los derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, no eran exigibles, pues constituían derechos "programáticos", una suerte de entelequias resultantes de declaraciones de buena voluntad de los Estados.

La fundamentación de la no exigibilidad y no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es que a fin de su realización era necesario el cumplimiento de obligaciones positivas o "de hacer" por parte de los Estados y el destino de importantes erogaciones presupuestarias, lo cual tornaría inviable su plena realización, amén de la escasez de los recursos públicos. Por el contrario, los derechos de primera generación implican obligaciones negativas, abstenciones del Estado, que no debe interferir en el ejercicio de estos derechos por parte de las personas.

Consideramos que la teoría de las generaciones de derechos humanos solo sirve para explicar el momento histórico en el que los Estados reconocieron cada uno de los derechos humanos. Esa es su única utilidad.

Como explican Holmes y Sunstein, "los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos o apoyos públicos".[3]

Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales implican obligaciones positivas y negativas por parte de los Estados.

2. Nuestra Constitución Nacional no distingue generaciones de derechos. Cf. Etchichury, H. (2017). *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Córdoba: UNC, p. 100.

3. Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 33.

En efecto, a fin de garantizar la libertad de circulación, el Estado debe abstenerse de interferir, pero también debe proveer un sistema de señalización que, sin lugar a duda, exige un gasto público. Para garantizar el derecho al voto, los Estados deben permitir que cada persona pueda elegir libremente, pero para que ello ocurra también crea una justicia electoral y organiza el acto, en el que intervienen las fuerzas de seguridad, el correo, etc. Es decir, los derechos civiles y políticos también requieren del Estado un fuerte gasto, pese a lo cual nadie dudaría de que existen y son exigibles. Para garantizar el derecho al recurso en materia penal se requiere que los contribuyentes financien tribunales de apelación.

De la misma forma, garantizar el derecho a la salud implicará la creación de establecimientos de salud, pero también conlleva obligaciones negativas, en tanto el Estado no debe ejercer injerencias en la salud de las personas, absteniéndose, por ejemplo, de contaminar. Tampoco puede decidir qué tipo de tratamiento deberá recibir cada persona. En materia de educación, el Estado debe abstenerse de interferir en la decisión de cada persona respecto de qué carrera estudiar o en qué institución inscribirse.

La Declaración de Viena puso fin –mediante el consenso de todos los Estados– a la distinción hecha entre las generaciones de derechos humanos, al señalar que

> [t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.[4]

En igual sentido, la Asamblea General de la ONU declaró que "el goce de las libertades civiles y políticas, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales, son interdependientes".[5]

4. Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Acta Final de la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de Viena, A/Conf. 157/23, 12 de julio de 1993, párr. I.5.

5. AG, Resolución 421 (V), Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre, Sección E, 317a sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950.

En el ámbito interamericano, la CIDH ha sostenido que se deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en la CADH "sin jerarquización o diferenciación alguna, toda vez que constituyen un cuerpo integral y son interdependientes entre sí".[6] Asimismo, la Corte IDH recordó la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades que resulten competentes.[7]

Lo expuesto demuestra que todos los derechos humanos son caros y requieren medidas positivas y negativas por parte del Estado. Por lo tanto, no existen razones para que los derechos civiles y políticos sean exigibles y justiciables, mientras que los DESCA no.

Las Observaciones Generales N° 3 y N° 9, dictadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son claras al establecer que la obligación fundamental que se deriva del PIDESC es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él.

El Comité ha afirmado que

> en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto.
> […]
> es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque

6. CIDH, Informe No. 14/93, Caso 10.956, *Luis Felipe Bravo Mena*, México, 7 de octubre de 1993, párr. 2.2.

7. Cf. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 101; *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, voto concurrente de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párrs. 4-9.

> sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.[8]

Un Poder Judicial pasivo ante las violaciones de derechos sociales genera la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, se le exige algún tipo de intervención para su garantía.

Abramovich explica que existen diferentes tipos de asuntos sobre los que los tribunales son convocados a decidir respecto de políticas sociales: a) cuando las invalidan por ser contrarias a estándares jurídicos –por ejemplo, "Badaro" (*Fallos* 329:3089) respecto de la movilidad jubilatoria–; b) cuando disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas, pero no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales –por ejemplo, la implementación del Programa Médico Obligatorio–; c) cuando obligan a definir políticas públicas o reformas estructurales a partir de la aplicación directa de normas constitucionales –la forma más extrema de activismo judicial–; d) cuando reconfiguran aspectos parciales de las políticas públicas, extendiendo el alcance de las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados o beneficiarios excluidos –por ejemplo, "Reyes Aguilera" (*Fallos* 330:3853) referido a las pensiones por invalidez–; y e) cuando ordenan reformular los procedimientos para la elaboración o implementación de las

8. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 9, *La aplicación interna del Pacto*, 19º período de sesiones (1998), párr. 10.

políticas, los espacios de participación o los niveles de información pública disponible sobre ellas.[9]

Respecto de algunas de estas intervenciones, se ha cuestionado la falta de legitimidad y capacidad institucional del Poder Judicial para emitir órdenes estructurales por medio de sentencias.

Las órdenes judiciales directas –por ejemplo, que se otorgue una prestación no incluida en el Programa Médico Obligatorio– o de comando y control –declarar inconstitucional un sistema de ajuste de las jubilaciones y fijar un marco orientador nuevo que debe ser definido por los otros poderes– serían pasibles de las siguientes objeciones: el carácter antidemocrático del Poder Judicial; la violación de la separación de poderes y de valores como el autogobierno; la falta de legitimación del Poder Judicial para controlar la razonabilidad del ejercicio de atribuciones propias de la administración; la falta de idoneidad técnica y científica de jueces y juezas para alcanzar soluciones idóneas; y el hecho de que medidas como el desacato o las multas pecuniarias son raramente utilizadas.[10]

Además, el Poder Judicial al resolver casos concretos frecuentemente deja de ver la "película completa". Ello ocurre, por ejemplo, en la jurisprudencia sobre acceso a medicamentos o tratamientos costosos. Se resuelven casos individuales, aunque, por lo general, este tipo de problemáticas afectan a grupos enteros de beneficiarios. La sumatoria de estos casos individuales genera a la larga importantes impactos colectivos y sistémicos, que no son valorados por el Poder Judicial, en particular, en lo relativo a las consecuencias presupuestarias que conllevan sus fallos.[11]

9. Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En V. Abramovich y L. C. Pautassi (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 50 y ss.

10. Cf. Bergallo, P. (2006). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *Derecho y Pobreza. Actas del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2005*. Buenos Aires: Editores Del Puerto. Respecto de las astreintes, la realidad indica que en los pocos casos que se aplican resultan de muy difícil ejecución con posterioridad. Además, no han mostrado un sustancial aumento del grado de cumplimiento de las decisiones judiciales.

11. *Ibíd*., nota 9, p. 78.

Si bien es cierto que el fenómeno de la catarata de sentencias puede funcionar como una "luz de alarma" al gobierno respecto de la necesidad de definir un curso de acción frente a un problema que puede no haber conocido o cuya importancia pudo haber desestimado, cuando ello no ocurre se generan sistemas duales, en los cuales las personas que acceden a la tutela judicial logran un tipo de prestaciones y las que no acuden a los tribunales reciben otro tipo. Esta situación provoca incertidumbre y, como efecto no deseado, multiplica las acciones judiciales.[12]

Por el contrario, los remedios experimentales "combinan formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tiene mayor discreción y colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción".[13]

El modelo experimental de órdenes estructurales propone una deliberación en la cual la parte demandante y la administración pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia bajo el arbitraje de quien juzga y con la participación de agentes extrajudiciales y mediadores/as designados/as para coordinar este proceso mediante el establecimiento de una agenda y reglas de diálogo entre las partes.

Asimismo, permite la rendición de cuentas al público, la posibilidad de revisión de los remedios inicialmente negociados –frente a la rigidez de las órdenes directas propias del modelo de "comando y control"– y soluciona las restricciones comunicacionales de la intervención judicial a través del involucramiento de la administración en la negociación.

Este tipo de método ha sido defendido por la CSJN en tanto "no debe verse como una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados".[14] Por ende, si el Poder Judicial se limita a examinar la idoneidad de las medidas elegidas por las partes para lograr la satisfacción de un derecho y controlar su cumplimiento, no sustituye a los poderes públicos en el diseño de las políticas públicas.[15]

12. *Ibíd*., nota 9, pp. 79-83.

13. *Ibíd*., nota 10.

14. CSJN, "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus", *Fallos* 328:1146.

15. Cf. Abramovich, V. y Courtis, C. (2001). El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible, *La Ley*, *2001-D*, Buenos Aires, p. 13.

Al respecto, consideramos que es el Poder Legislativo y no el Judicial el responsable de decidir la manera en que se deben garantizar los derechos. En efecto, la discusión y negociación en el Parlamento –foro político principal– sirve para que los distintos sectores de la sociedad celebren sus acuerdos sobre cómo resolver los diferentes reclamos. La supremacía judicial viola el respeto a la voluntad democrática.

Entendemos que, en un sistema de gobierno democrático basado en la idea de autogobierno colectivo, el Poder Judicial debe garantizar el cumplimiento de los derechos en íntima relación con los otros poderes, debiendo fomentar mecanismos mínimamente deliberativos para la resolución de estos conflictos.

Como sostienen Courtis y Abramovich, "si bien el Poder Judicial es el menos adecuado de los poderes del Estado para realizar planificaciones de política pública, una sentencia puede constituir un vehículo importante para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública".[16] Así, "los tribunales pueden ser un espacio más desde el cual promover la construcción del *rule of law* y contribuir a la deliberación democrática, gradualmente y sin fomentar expectativas irrealizables".[17]

Este es el alcance del activismo judicial que defendemos, en tanto, puede ayudar a promover la deliberación democrática al dirigir la atención pública a intereses que de otra manera serían ignorados en la vida política diaria. Además, permite al Poder Judicial favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo, ya que puede devolver al Congreso una norma que viole derechos fundamentales, puede declarar violaciones de derechos sin imponer a los legisladores una solución concreta, etc.

Quizás el caso "Viceconte" permita comprender mejor lo aquí señalado. El proceso inició en el año 1996 a raíz de una acción de amparo interpuesta por una persona que vivía en la localidad de Azul, provincia de Buenos Aires, una zona que se encontraba afectada por una enfermedad regional llamada fiebre

16. Abramovich, V. y Courtis, C. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, pp. 300 y 301.

17. *Ibíd*., nota 10.

hemorrágica argentina o "mal de los rastrojos". Dado que afectaba a solo tres millones y medio de personas y exclusivamente en nuestro país, no resultaba rentable producir una vacuna contra esta enfermedad a nivel nacional. Un laboratorio en Estados Unidos la fabricaba, pero no se disponía de la cantidad suficiente para proteger a toda la población expuesta al riesgo de contraer dicha enfermedad.[18]

En primera instancia se rechazó el amparo con el argumento de que se estaban tomando medidas a fin de producir la vacuna en el país –se encontraba en etapa de investigación–. Esta decisión fue revocada en el año 1998 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con fundamento en que la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho.

El Tribunal consideró que

> cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial– que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad de manera eficaz y oportuna.

En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el Ministerio de Salud había elaborado al efecto –según el cual, en el último cuatrimestre de 1999 debería haberse concluido el proceso de manufactura y liberación de la vacuna para su uso por la población–.

Ante el incumplimiento del plazo fijado en la sentencia de Cámara y la inacción del Ministerio de Salud, en el año 2000 la jueza de primera instancia le fijó nuevos plazos al Poder Ejecutivo para cumplir la sentencia, luego decretó la indisponibilidad de los fondos previstos en la partida presupuestaria afectada a la producción de la vacuna en la Ley de Presupuesto de ese año –toda vez que

18. Cf. Rey, S. A. (2009). El caso "Viceconte": reflexiones a diez años de un amparo paradigmático en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Jurisprudencia Argentina, 2009-I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 3-15.

no se habían ejecutado– y, por último, dispuso la imposición de astreintes[19] por cada día de incumplimiento de la sentencia.

Casi tres años después de la sentencia de Cámara, se produjo un cambio en la estrategia del Poder Judicial para lograr su ejecución. En efecto, se convocó a una audiencia entre todas las partes interesadas para desentrañar las verdaderas causas y responsables del incumplimiento de la sentencia. Debido al desacuerdo entre las distintas dependencias del Estado nacional presentes en la audiencia acerca de los pasos pendientes para finalizar el proceso de producción de la vacuna, los jueces decidieron citar a una segunda audiencia al Ministro de Salud de la Nación, quien tuvo que concurrir a dar explicaciones.

Como consecuencia directa de dicha audiencia, en julio de 2001 el Ministerio de Salud creó una Comisión Asesora para el Estudio de la Vacuna y presentó por escrito un nuevo cronograma en el que se detallaban las medidas a adoptar para culminar con el proceso de producción de la vacuna. Asimismo, la Cámara le encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del cronograma.

Si bien recién en el mes de marzo de 2007 la vacuna empezó a aplicarse a la población en riesgo, la realización de audiencias deliberativas para lograr la producción de la vacuna, identificando a las personas responsables de cumplir los diferentes pasos para lograrlo, fue la clave para que el cumplimiento del fallo finalmente comenzará a avanzar.[20]

19. Las astreintes, que se encuentran estipuladas en el artículo 804 del CCyN, son una sanción pecuniaria decretada por el Poder Judicial para constreñir a la parte deudora a que cumpla su obligación principal, constituyendo uno de aquellos instrumentos que tiene por fin dotar al proceso de concreta eficacia. Cf. Morello, A. M. y Vallefín, C. A. (1998). *El amparo. Régimen procesal*, tercera edición. La Plata: Librería Editora Platense, pp. 142 y 143.

20. Lo señalado nos lleva a reflexionar sobre la eficacia de recurrir a la acción de amparo cuando el cumplimiento de la sentencia demandó nueve años. La primera cuestión que advertimos se vincula con la actividad probatoria propia de este tipo de proceso. La CSJN ha considerado reiteradamente que, dentro de la acción de amparo, las medidas probatorias requeridas para resolver el caso en análisis no deben exigir mayor amplitud porque, de lo contrario, deviene necesario imprimirle a la causa el trámite ordinario. A medida que la producción de la vacuna se dilataba, nuevas pruebas fueron necesarias para demostrar el incumplimiento de los plazos fijados o la irrazonabilidad de las respuestas y propuestas de la administración, por lo que debería pensarse si en casos de reformas estructurales, la acción de amparo ofrece la apertura

2. Naturaleza de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Lo hasta aquí expuesto demuestra que las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales son de grado más que sustanciales,[21] pese a lo cual corresponde explicar algunas características específicas en cuanto al modo de su ejercicio y a las obligaciones asumidas por los Estados respecto de los DESCA.

Luego de adoptarse la Carta de la ONU en 1945, los esfuerzos de la Organización para adoptar un tratado que transforme los principios proclamados en la DUDH en una Carta Internacional de Derechos demorarían muchos años en dar sus frutos.[22] Esto se explica porque comenzaron a presentarse ciertas dificultades que se volvieron insuperables, fundamentalmente en relación con la profunda diferencia en materia económica, social y cultural entre sus miembros y con la aparición del conflicto ideológico Este-Oeste que dio lugar a la Guerra Fría.[23]

---

probatoria necesaria para conseguirlas. La segunda cuestión se vincula con la celeridad y rapidez con la que debería resolverse cualquier acción de amparo. La complejidad que demostró tener la producción de la vacuna requirió el constante impulso de la causa por parte de la parte actora y una actitud muy activa del Poder Judicial para que se garantizase el derecho a la salud. Si se hubiese optado por un proceso ordinario junto a una medida cautelar, el tiempo demandado para la producción de la vacuna probablemente hubiese sido similar. Si se recurre al amparo como método por excelencia para lograr que la administración adopte reformas estructurales o medidas que importen un gasto que el poder político no está dispuesto a llevar a cabo a los fines de garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, los procesos se volverían sumamente largos, desnaturalizando, de este modo, una de las características fundamentales del amparo, como es su carácter rápido y expedito.

21. *Ibíd*., nota 16, p. 286.

22. Cf. Buergenthal, T. (2006). The Evolving International Human Rights System. *The American Journal of International Law*, *100*(4), 792.

23. Cf. Beaufort, L. (1959). Some remarks about the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. En M. Bos et al (eds.), *Varia Juris Gentium: Questions of International Law. Liber Amicorum Presented to Jean Pierre Adrien Francois at the Occasion of his Seventieth Birthday*. Leyden: Sijthoff, p. 43.

El resultado de estas tensiones se reflejó en que en el año 1966 se adoptaron dos tratados universales separados: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Mientras que los derechos económicos, sociales y culturales y su exigibilidad se encontraba defendida por el bloque soviético y los Estados africanos de reciente independencia, los primeros se encontraban amparados por el bloque occidental que defendía las clásicas libertades individuales.[24] En esa puja de intereses, la preeminencia del bloque occidental por sobre el oriental tuvo también un correlato en la importancia que le asignó la comunidad internacional a los derechos civiles y políticos, en contraposición a los económicos, sociales y culturales.

La sustancial diferencia entre ambos tratados radica en los límites que los Estados decidieron establecer para el efectivo goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, mientras que los derechos civiles y políticos son de cumplimiento inmediato para los Estados, el artículo 2.1 del PIDESC dispone que cada Estado Parte se compromete

> a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales […] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Similar redacción tiene el artículo 26 de la CADH:

> [l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos […] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

24. Cf. Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, *52*, 65.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó la índole de las obligaciones asumidas por los Estados en el artículo 2 del PIDESC.

En primer lugar, reconoció que los Estados tienen la obligación de respeto, protección y cumplimiento.[25] Esta última obligación está sujeta a los condicionantes mencionados anteriormente.

En cuanto a la obligación de progresividad, si bien constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo,[26] no priva de contenido a los derechos que en el PIDESC se reconocen.

Más allá de la realización paulatina de los derechos y restricciones que surgen de la limitación de los recursos con los que se cuentan, existen obligaciones de cumplimiento inmediato: los Estados deben garantizar los derechos sin discriminación, adoptar medidas y garantizar un umbral mínimo de cada uno de los derechos.[27]

En este sentido, un grupo de más de treinta expertos en la materia señalaron que

> la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales sólo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la "aplicación progresiva" del art. 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento.[28]Asimismo, el Comité destacó que, aun cuando la realización de los derechos del PIDESC puede lograrse de manera paulatina –progresividad–, las medidas tendientes

25. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 12, *El derecho a una alimentación adecuada*, 20º período de sesiones (1999), párr. 15, y Observación General Nº 13, *El derecho a la educación*, 21º período de sesiones (1999), párr. 46.

26. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Parte*, 5° período de sesiones (1990), párr. 9.

27. *Ibíd*., nota 26, párr. 1.

28. Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, punto 8.

> a lograr ese objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve, una vez que haya entrado en vigor el instrumento para los Estados interesados. Las medidas, además, deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.[29]

Adicionalmente, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles[30] y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga –prohibición de regresividad–.[31]

Las medidas regresivas tienen una presunción de inconvencionalidad, lo que invierte la carga de la prueba, de modo que el Estado deberá demostrar que la medida adoptada –regresiva respecto de un derecho reconocido en el PIDESC– representa un avance respecto del nivel de vigencia del resto de los derechos previstos en el tratado, es la menos lesiva para el derecho en juego y se hizo un uso eficiente del máximo de los recursos que se disponían, lo que incluye aquellos proveniente de la cooperación y asistencia internacional.[32]

---

29. *Ibíd*., nota 26, párr. 12.

30. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º período de sesiones (2000), párr. 32.

31. *Ibíd*., nota 27; Observación General Nº 4, *El derecho a una vivienda adecuada*, 6º período de sesiones (1991), párr. 11, y Observación General Nº 13, nota 25, párr. 45. Courtis explica que hay dos posibles nociones de regresividad: la de resultados, que compara los resultados obtenidos por una política pública con los de un punto de partida anterior elegido como parámetro –para lo que se requiere indicadores– y la normativa, que compara una norma con la anterior que modifica o sustituye en cuanto a la supresión, limitación o restricción de derechos o beneficios concedidos por la anterior. Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.* Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 3 y 4. No existe consenso sobre si la prohibición de regresividad debe analizarse en relación con la totalidad de la población afectada (Cf. Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98) o respecto de la situación de personas particulares. Consideramos que esta última interpretación es más acorde con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos.

32. Cf. Rossi, J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Courtis, C. (2006), nota 31, pp. 91-93.

La Corte IDH sostuvo que "la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate".[33]

Incluso en tiempos de limitaciones graves de recursos, ya sea por procesos de reajuste, de recesión económica o por otros factores como desastres naturales, se puede y se debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.[34]

En estos contextos, cada Estado Parte del PIDESC tiene la obligación absoluta de asegurar la satisfacción de niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos: acceso a alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, abrigo y vivienda básicos, y formas más básicas de enseñanza.[35]

Toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. Para que un Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos sus esfuerzos para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.[36]

En el ámbito interamericano, además de en la CADH, los DESCA han sido reconocidos en la DADH –artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI– y en el Protocolo de San Salvador.

Hasta el año 2017, la Corte IDH no contemplaba la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que garantizaba su protección por conexidad con los derechos civiles, a partir de un análisis de los

33. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 103.

34. *Ibíd*., nota 26.

35. Este estándar surge de actualizar lo expresado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 3, nota 26, párr. 10, en virtud de lo señalado en la Observación General N° 14, nota 30, párr. 4; Observación General N° 15, *El derecho al agua*, 29º período de sesiones (2002), párr. 42, y Observación General N° 17, *El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)*, 35º período de sesiones (2005), párr. 42.

36. *Ibíd*., nota 26, párr. 10.

artículos 4.1, 5 y 21 de la CADH; es decir, como partes del derecho a la salud, a la seguridad social, a la propiedad comunitaria de la tierra o a la vida digna.[37]

Todo ello cambió con el *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, en el que dio inició a la justiciabilidad directa y el reconocimiento autónomo de los DESCA a través de la interpretación del artículo 26 de la CADH.[38]

Siguiendo ese nuevo criterio, en "Cuscul Pivaral y otros" la Corte IDH manifestó que "una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la CADH protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA" y reiteró su competencia para revisar tanto obligaciones de exigibilidad inmediata como aquellas de carácter progresivo de los DESCA.[39]

La mayoría de quienes integraban el Tribunal regional realizó una interpretación del artículo 26 de la CADH, en conjunto con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Carta de la OEA, el Protocolo de San Salvador y la DADH, lo que la llevó a concluir que la CADH protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

Entendieron que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Si bien la Carta de la OEA consagra "principios" y "metas",

37. Entre otros, Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 132.

38. 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. Un año antes, el juez Ferrer Mac Gregor Poisot ya había propuesto el tratamiento del derecho a la vivienda como un derecho autónomo, con argumentos que luego fueron tomados por el voto mayoritario del Tribunal en "Lagos del Campo". Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, voto concurrente del juez Ferrer Mac Gregor Poisot.

39. Cf. Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 97 y 98.

también se refiere a ciertos derechos de manera explícita e implícita. Por lo cual, era posible interpretar que en el artículo 26 de la CADH los Estados acordaron adoptar medidas para dar plena efectividad a esos derechos reconocidos en la Carta de la OEA.[40]

Un aspecto importante de la nueva jurisprudencia de la Corte IDH en materia de DESCA es que destacó que los Estados tienen las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos contemplados en el artículo 26 en función del artículo 1.1 de la CADH.[41] Esto implica no violarlos, prevenir sus violaciones y, en caso de que finalmente se produzcan, investigar lo ocurrido, sancionar a sus responsables y reparar a las víctimas.

No obstante, debemos advertir que esta interpretación de la justiciabilidad de los DESCA a partir del artículo 26 de la CADH ha contado con varios votos en disidencia por parte de jueces del Tribunal regional.

En efecto, el juez Vio Grossi sostuvo que

> se logra el efectivo respeto de los derechos humanos si lo que se les exige a los Estados Partes de la Convención es lo que realmente ellos libre y soberanamente se comprometieron a cumplir. La seguridad jurídica tiene, a este respecto, un rol fundamental.[42]

Por su parte, el juez Sierra Porto recalcó que la interpretación realizada por la mayoría del Tribunal no es la "más garantista de la norma" en virtud del principio *pro persona*, puesto que

> este principio debe ser aplicado cuando se esté frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. Justamente […] la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma.[43]

40. *Ibíd*., nota 39, párr. 78.

41. *Ibíd*., nota 39, párr. 84.

42. *Ibíd*., nota 38, voto parcialmente disidente juez Vio Grossi, párr. a.

43. *Ibíd*., nota 38, voto parcialmente disidente juez Sierra Porto, párr. 25.

El magistrado critica a la teoría sobre la "justiciabilidad directa" de los DESCA, ya que ignora la existencia de las obligaciones de desarrollo progresivo. De este modo, la Corte IDH consagra obligaciones de exigibilidad inmediata, sin establecer parámetros para su implementación. [44]

Sierra Porto cuestiona que

> [l]a Corte establece un catálogo amplio, detallado y exigente de obligaciones, que, aunque resultan componentes de los derechos que deben ser garantizados, dada la situación económica de los Estados de la región son imposibles de cumplir de manera inmediata. No obstante, a pesar de que la realidad obliga a establecer pautas a través de las cuales las autoridades públicas en el orden interno puedan identificar los componentes obligacionales que por su relación con los derechos sustantivos deben ser atendidos instantáneamente, y aquellos que pueden ser materializados de manera progresiva, la Corte les da el mismo tratamiento a todos los estándares o contenidos obligacionales que deriva del texto de la Convención.[45]

Una posición intermedia sobre la temática, que compartimos, parte de una lectura literal del artículo 26 de la CADH, pudiendo utilizarse la Carta de la OEA a fin de dilucidar en sus principios qué derechos reconoce y cuáles no. Al mismo tiempo, no se aplicarían las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 del tratado, sino únicamente los deberes de desarrollo progresivo, la prohibición de regresividad y el uso del máximo de los recursos disponibles.[46] Igualmente, los Estados deberían cumplir las obligaciones que se derivan de los artículos 2, 25.2 y 29.b de la CADH, en relación con los DESCA.[47]

---

44. Cf. Corte IDH. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos).* Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, voto concurrente juez Sierra Porto, párr. 12.

45. *Ibid.*, nota 44, párr. 13.

46. Cf. Abramovich, V. y Rossi, J. (2007). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (9), 46.

47. Cf. Courtis, C., nota 31, pp. 14 y 15.

Capítulo 7

Derecho a la salud

Marina Chertcoff y Sebastián A. Rey

1. Marco normativo internacional e interpretación de los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos

La Organización Mundial de la Salud definió por primera vez el concepto de salud en su Constitución de 1946 –la cual entró en vigor dos años después–, más precisamente, en su Preámbulo, como un "estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Se destaca no solo un concepto biologicista, sino también un fuerte componente social.

Ya en dicho momento se entendía que existía un derecho fundamental de todo ser humano al goce del grado máximo de salud, sin discriminación de ningún tipo por motivos de raza, religión, ideología política o condición económico o social.

Con posterioridad, la salud fue reconocida como derecho en una gran cantidad de instrumentos internacionales, destacándose en el ámbito universal la DUDH –artículo 25– y el PIDESC –artículo 12–. Por su parte, en los ámbitos regionales de protección de derechos humanos podemos mencionar la Carta Social Europea –artículo 11–,[1] la Convención Interamericana sobre

1. El TEDH ha reconocido en su jurisprudencia que, aun cuando el derecho a la salud no aparece entre los derechos garantizados por el CEDH y sus protocolos, los Estados tienen una obligación positiva derivada del artículo 8 del tratado de establecer normas eficaces que

Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores –artículo 19–, el Protocolo de San Salvador –artículo 10– y la CADH –ya sea a través de los artículos 4 y 5 o del artículo 26–.

El artículo 12 del PIDESC contiene la formulación más completa y abarcativa del derecho a la salud, que se complementa con la interpretación que de él ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

El primer inciso de esta disposición se limita a enunciar el derecho de toda persona a la salud, mientras que el segundo especifica algunas medidas que deberán adoptar los Estados a los fines de cumplir con este derecho.

El Comité destacó que se trata de un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos e hizo especial hincapié en el componente social del derecho a la salud, ya que comprende una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones a partir de la cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a factores determinantes de la salud, como el acceso a la vivienda, al agua potable, a la alimentación, al medio ambiente sano y a condiciones de trabajo sanas, entre otros. Sin aquellos factores difícilmente podría ejercerse de forma completa el derecho al más alto nivel posible de salud.[2]

Algunas de las cuestiones que va a entrañar, y que son centrales para el cumplimiento de este derecho, es el control del propio cuerpo con la consiguiente prohibición de las prácticas eugenésicas, los tratamientos sin consentimiento informado y la promoción de un sistema de protección de la salud.

Debemos destacar que el Comité ha señalado que el derecho a la salud no es el derecho a estar sano, sino que implica el acceso a una serie de bienes, servicios y establecimientos para la prevención, tratamiento y rehabilitación.

---

obliguen a los establecimientos de salud a adoptar las medidas adecuadas para proteger la vida de los/as pacientes. Cf. TEDH, *Affaire Reyes Jimenez c. Espagne*, Requête N° 57020/18, Cour (Troisième Section), 8 Mars 2022, párr. 28.

2. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22° período de sesiones (2000), párr. 4.

La salud también depende de factores genéticos y del estilo de vida por el que opten voluntariamente las personas.

Por su parte, la Corte IDH definió el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud "no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral".[3]

Los bienes, servicios y centros de salud deben cumplir con las siguientes condiciones:

a) Disponibilidad: tiene que haber un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, así como también condiciones sanitarias mínimas, personal de salud capacitado, agua potable y medicamentos esenciales.

b) Accesibilidad: deben ser accesibles geográficamente, con distribución equitativa, razonable y sin discriminación, garantizándose además su accesibilidad económica –no implica que sean necesariamente gratuitos, pero no deben ser una carga económica desproporcionada para los sectores más vulnerables– y el acceso a la información oportuna y adecuada, bajo el principio de la confidencialidad.

c) Aceptabilidad: tienen que ser respetuosos de la ética médica y apropiados culturalmente.

d) Calidad: deben ser de calidad, apropiados desde el punto de vista médico científico y contar con personal de salud capacitado y equipos apropiados.[4]

Al igual que los demás DESCA, el derecho a la salud está sujeto a tres obligaciones específicas: el principio de progresividad, la utilización del máximo de los recursos disponibles con los que cuentan los Estados y la prohibición de regresividad.

Adicionalmente, existen obligaciones inmediatas que los Estados deben cumplir: el derecho a la salud debe ser ejercido sin discriminación de ningún tipo y deben adoptarse medidas deliberadas y concretas para lograr su plena efectividad. Si bien el goce del derecho a la salud no puede lograrse inmediatamente, los Estados tienen que demostrar que están haciendo todo

3. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

4. *Ibíd*., nota 2, párr.12.

lo posible dentro de las limitaciones de recursos que dispongan para proteger y promover este derecho.[5]

Con respecto a la obligación inmediata de adoptar medidas, el Comité puntualizó que mínimamente debe adoptarse una estrategia nacional para garantizar el disfrute del derecho a la salud.

Por otro lado, existe una obligación mínima básica común a todos los DESCA, de satisfacer un nivel esencial mínimo de cada derecho. En este caso, consiste en el acceso a los establecimientos de salud sin discriminación, especialmente para los grupos en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica.[6]

Por último, el Comité ha analizado el contenido de los tres tipos de obligaciones que el PIDESC consagra para los DESCA: respetar, proteger y cumplir.

Al respecto, ha expresado que "respetar" significa que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el derecho a la salud. En otras palabras, que no lo violen. En particular, deben abstenerse de negar o limitar tratamientos de atención sanitaria, comercializar medicamentos que puedan ser peligrosos, imponer prácticas discriminatorias y limitar el acceso a los medios anticonceptivos, entre otros.[7]

En cuanto a la obligación de "proteger", implica que los Estados deben impedir que terceros interfieran en el ejercicio del derecho a la salud. El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otro tipo para evitar que agentes privados violen este derecho cuando brinden servicios. Esto puede hacerse, a modo de ejemplo, a través de sanciones o leyes que impongan un piso mínimo de prestaciones de salud. También debe controlar la comercialización de medicamentos y velar por que la privatización no sea una amenaza para la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de bienes, servicios y establecimientos de salud.[8]

5. *Ibíd*., nota 2, párr. 30.

6. *Ibíd*., nota 2, párr. 43.

7. *Ibíd*., nota 2, párr. 50, y Observación General N° 24, *Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales*, 61° período de sesiones (2017), párr. 33.

8. *Ibíd*., nota 2, párr. 51.

Por último, la obligación de "cumplir" impone la exigencia de que los Estados deban adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, o de otro carácter, que sean apropiadas para la realización del derecho a la salud, tales como una política o un plan de salud nacional que abarque a los sectores públicos y privados, garantizar la atención sanitaria, incluidos programas de inmunización contra enfermedades infecciosas, servicios destinados a minimizar y prevenir discapacidades y garantizar el acceso a servicios básicos de atención de la salud, como alimentos aptos para consumo, saneamiento del agua potable, infraestructura de salud pública, servicios de salud sexual y reproductiva, personal de salud suficiente y capacitación adecuada.[9]

En el ámbito interamericano, el derecho a la salud no se encuentra específicamente mencionado en el texto de la CADH, por lo que en sus inicios la Corte IDH lo construyó jurisprudencialmente a partir de una interpretación de los artículos 4.1 –derecho a la vida digna– y 5.1 –derecho a la integridad personal–.

En este sentido, en "Suárez Peralta", una persona que había sido intervenida quirúrgicamente en una clínica privada inició una denuncia por mala praxis contra los médicos que no produjo ningún resultado y, debido a importantes falencias procesales, finalizó con el dictado de la prescripción de la acción penal.

La Corte IDH resaltó que, para poder dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, los Estados deben tener un marco normativo adecuado que regule la prestación de los servicios de salud, estableciendo estándares de calidad tanto para las instituciones públicas, como también para los establecimientos privados que permitan prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones.[10]

Pese a que en Ecuador existía un marco legislativo que regulaba el ejercicio de la medicina y una autoridad nacional que podía fiscalizar a los prestadores con poder sancionador ante eventuales incumplimientos y prácticas que

9. *Ibíd*., nota 2, párr. 52.

10. Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 134.

violaran los estándares fijados, en este caso no se habían promovido los mecanismos correspondientes.

En efecto, no se había fiscalizado cuáles eran las condiciones en las que operaba la clínica privada, ni que el médico principal en la cirugía y su colega –que eran extranjeros– tuvieran la habilitación y reválida de título correspondiente para poder ejercer la medicina en Ecuador.[11]

Es más, dado que el Estado había realizado una convocatoria de médicos, en la cual médicos extranjeros se habían enrolado, había generado una situación de riesgo que debía haber conocido, por lo que tenía una obligación más intensa de fiscalización.[12]

El Tribunal regional destacó que el deber de fiscalización y supervisión estatal comprende los servicios ofrecidos tanto por el Estado como por particulares y tiene que orientarse a asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad y calidad de las prestaciones médicas.[13]

Para la Corte IDH,

> los Estados son responsables de regular […] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, […] presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.[14]

Otro precedente relevante es "Poblete Vilches y otros", en el que por primera vez la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA, interpretando el artículo 26

11. *Ibíd*., nota 10, párrs. 136-138.

12. *Ibíd*., nota 10, párr. 145.

13. *Ibíd*., nota 10, párr. 152.

14. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99.

de la CADH a partir de su derivación de la Carta de la OEA –artículos 34.i, 34.l y 45.h– y del artículo XI de la DADH. Asimismo, hizo referencia a la legislación de Chile al momento de los hechos y en la actualidad, al consenso legislativo regional sobre este derecho y al *corpus iuris* internacional en materia de derecho a la salud.[15]

El caso trata sobre las falencias en la atención a la salud y provisión de servicios básicos y urgentes a un adulto mayor en un establecimiento público de salud, lo cual derivó en su muerte.

Por ello, el Tribunal desarrolló diversos estándares relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia médica.[16]

En este sentido, sostuvo que los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares:

> a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas; b) respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos; c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población y d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.[17]

15. *Ibíd*., nota 3, párrs. 102-117.

16. *Ibíd*., nota 3, párr. 120.

17. *Ibíd*., nota 3, párr. 121.

Asimismo, la Corte IDH entendió que el artículo 26 de la CADH, al ser uno de los derechos enumerados en el tratado, está sujeto a las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2, lo cual implica que además de las obligaciones relativas a los DESCA –progresividad, no regresividad, utilización del máximo de recursos disponibles– deberá cumplir con las obligaciones de respeto, garantía y adopción de disposiciones de derecho interno.

Esto se traduce, en el caso concreto, en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.[18]

La Corte IDH resaltó, por otra parte, la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos que cuentan con una especial protección y, por ende, de cuidado integral, con respeto de su autonomía e independencia. Por lo tanto, consideró que respecto de este grupo en situación de vulnerabilidad existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud.[19]

Se destacó especialmente que, como condición transversal de accesibilidad, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, por lo que de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH no son permitidos los tratos discriminatorios.[20]

De este modo, debe brindar las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua. El incumplimiento de dicha obligación surge cuando se niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos.

En "Cuscul Pivaral" el Tribunal regional analizó la responsabilidad de Guatemala por no proporcionar atención de salud integral a 49 personas debido

18. *Ibíd*., nota 3, párr. 118.

19. *Ibíd*., nota 3, párrs. 125-132. En este sentido, la Corte IDH determinó que la edad es una categoría protegida por la CADH, por lo que la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada y genera, entre otras cosas, la obligación de llevar adelante políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos.

20. *Ibíd*., nota 3, párr. 122.

a su omisión de prevenir, detectar, tratar y proveer de medicamentos contra el VIH/SIDA.

Tal como lo había hecho en "González Lluy", resaltó que el VIH/SIDA y la pobreza extrema encuadran dentro de la categoría de "otra condición social" incluida en el artículo 1.1 de la CADH, pasible de ser un motivo de discriminación, por lo que las personas que sufren estas condiciones de vulnerabilidad tienen a menudo un acceso inequitativo a los servicios en materia de salud, lo cual las expone a un mayor riesgo de infección y de recibir atención médica inadecuada o incompleta.[21]

En el caso específico de dos de las víctimas, la condición de mujeres que viven con VIH/SIDA y la situación de embarazo confluyeron de manera interseccional, por lo que la discriminación fue el producto de varios factores que se condicionaron entre sí –discriminación múltiple–.

El Tribunal sostuvo que

> el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención.[22]

La Corte IDH también determinó la violación al principio de progresividad y no regresividad debido a la falta de adopción de una política pública, ya que la prevención y tratamiento de las personas con VIH/SIDA se delegaba en ONGs a que no eran fiscalizadas.

En primer lugar, el Tribunal recordó que

> la flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades de cumplimiento de [la]s obligaciones de progresividad conforme al artículo 26 implica, esencialmente, aunque

21. Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 131.

22. *Ibíd*., nota 21, párr. 114.

> no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.[23]

Si bien señaló que existía un margen con el que gozan los Estados para la realización efectiva de los DESCA, ello no justifica la completa inactividad. Por lo tanto, concluyó que el Estado, al no proveer tratamiento médico para garantizar el derecho a la salud de las víctimas –salvo para atender a un número limitado de personas– había incumplido con el principio de progresividad y no regresividad. Asimismo, había fallado en su deber de fiscalizar y supervisar periódicamente a los establecimientos de salud a fin de asegurar que se brinde una atención integral a las personas que viven con el VIH/SIDA.

En relación con el consentimiento informado, en "I.V." la Corte IDH estableció que para que sea considerado válido, debe cumplir tres requisitos: a) ser previo –otorgado antes de cualquier acto médico, no siendo posible convalidarlo después de finalizado–; b) libre –brindado por la persona que accederá al procedimiento de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coacciones, amenazas, o desinformación–; y c) pleno e informado –solo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla comprendido–.[24]

Se deberá informar, al menos, sobre: a) la evaluación de diagnóstico; b) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; c) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto;

23. *Ibíd*., nota 21, párr. 81.

24. Cf. Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, párr. 166.

d) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; e) las consecuencias de los tratamientos; y f) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento. Se deberán tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente y se debe garantizar un plazo razonable de reflexión.[25]

Cuando un/a paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación con su salud, esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley –consentimiento por representación o sustitución–. Cualquier limitación en la toma de decisiones debe tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente y su condición actual para brindar el consentimiento. El consentimiento informado por parte de familiares también debe ser previo, libre, pleno e informado, a menos que se trate de una situación de emergencia.[26]

Finalmente, en "Vera Rojas y otros" determinó que el Estado debía garantizar la continuidad del tratamiento médico de la víctima, aun cuando el incumplimiento de las prestaciones había sido llevado a cabo por una empresa de medicina privada.

La Corte IDH entendió que "los Estados tienen el deber de garantizar [la] prestación, al igual que regular y fiscalizar la actividad de las empresas privadas de servicios de salud, incluidos los servicios de las aseguradoras, en tanto su actuación se encuentra en la esfera de un servicio de naturaleza pública, por lo que actúa a nombre del Estado".[27]

---

25. *Ibíd*., nota 24, párr. 189. En sentido similar, el TEDH sostuvo que es fundamental que se obtenga el consentimiento informado en tratamientos que impliquen riesgos en la salud e integridad de una persona. El hecho de no darle la oportunidad a la demandante de poder elegir el procedimiento a llevarse a cabo y no informarle los riesgos que este implicaba constituyó una violación a su derecho a la vida privada. Cf. TEDH, *Case of Csoma v. Romania*, Application N° 8759/05, Court (Third Section), 15 January 2013, párrs. 48, 49 y 68, y nota 1, párrs. 16-36.

26. *Ibíd*., nota 3, párr. 166; TEDH, *Case of Petrova v. Latvia*, Application N° 4605/04, Court (Fourth Section), 24 June 2014, y *Case of Glass v. The United Kingdom*, Application N° 61827/00, Court (Fourth Section), 9 March 2004, Reports 2004-II.

27. Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 124. El Tribunal

Respecto de la accesibilidad, consideró que los tratamientos de rehabilitación por discapacidad y los cuidados paliativos "deben privilegiar, en la medida de lo posible, la atención médica domiciliaria, o en un lugar cercano a[l] domicilio, con un sistema interdisciplinario de apoyo y orientación al niño o la niña y su familia, así como contemplar la preservación de su vida familiar y comunitaria".[28]

Por último, expresó que el Estado "debe regular que los afiliados de las aseguradoras privadas tengan acceso a la información sobre las condiciones de tratamiento efectivo que gocen, lo que incluye las condiciones de cobertura de los servicios y los recursos que dispone el afiliado en caso de inconformidad".[29]

2. Marco normativo y jurisprudencia nacional

En el ámbito nacional, clásicamente el derecho a la salud se contemplaba en el artículo 14 bis de la CN, en tanto hace referencia a algunos derechos económicos y sociales. Asimismo, podía derivarse del artículo 33 de la CN, lo cual requería de un esfuerzo interpretativo.

A partir de la reforma de 1994, el derecho a la salud ha tenido un interesante desarrollo en función de la jerarquía constitucional que el artículo 75, inciso 22 les otorga a los instrumentos de derechos humanos que fueron desarrollados en el apartado anterior.

Debemos mencionar también el artículo 42 de la CN, relacionado con la protección de la salud y la seguridad en las relaciones de consumo. Aunque

---

destacó que "son las empresas privadas las primeras encargadas en tener un comportamiento responsable respecto de las actividades que realicen, lo que implica que deben adoptar las medidas necesarias para que sus actividades no tengan impactos negativos en los derechos humanos de las personas, subsanar dichas violaciones cuando ocurran, y adoptar prácticas con un enfoque dirigido a que sus actividades respeten los derechos humanos. Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública, y está ejerciendo funciones inherentes al poder público". *Ibíd*., nota 26, párr. 145.

28. *Ibíd*., nota 27, párr. 110.

29. *Ibíd*., nota 27, párr. 112.

esta norma no consagra un derecho universal a la salud,[30] la CSJN afirmó que el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con la salud –el acceso a la información– se encuentra garantizado por aquella.[31]

El Sistema Nacional del Seguro de Salud argentino fue creado mediante la Ley N° 23.661 con el fin de otorgar prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas y promover, proteger, recuperar y rehabilitar la salud de todas las personas que habiten en la República Argentina.

Se encuentra dividido en tres niveles: un sistema de atención pública a través de hospitales y centros de salud públicos nacionales, provinciales y municipales; las obras sociales, que se rigen por las Leyes N° 23.660 y N° 23.661;[32] y las empresas de medicina prepaga, que se encuentran regidas por la Ley N° 26.682.

Si bien el Estado nacional es el garante último del derecho a la salud, esta subdivisión genera que existan obligaciones diferenciadas según cuál sea el agente interviniente en el caso puntual, por lo que, por ejemplo, los Estados locales no pueden eludir su propia obligación de asegurar el acceso al derecho a la salud.

---

30. Cf. Courtis, C. (2006). La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. En V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, p. 704.

31. CSJN, "Boston Medical Group S. A. c/Arte Radiotelevisivo Argentino S. A. y otros s/ daños y perjuicios", *Fallos* 340:1111.

32. La normativa establece una serie de obras sociales que deben adherir al sistema de las leyes N° 23.660 y N° 23.661. Entre ellas se encuentra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), la Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA), la mutual de quienes integran la Fuerza Aérea Argentina y la Obra Social del Ejército. La Corte consideró que esas obras sociales también deben adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de una niña con discapacidad a los beneficios de la seguridad social. Cf. CSJN, "Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina Dirección General Bienestar Pers Fuerza Aérea s/ amparo", *Fallos* 327:2127, considerando 5, y "Segarra, Marcelo Fernando c/Instituto de Obra Social del Ejército s/sumarísimo", *Fallos* 331:1449. En sentido similar, "Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/amparo", *Fallos* 331:453.

Esto implica que no siempre que se busque asegurar el derecho a la salud deberá demandarse al Estado nacional en el fuero federal, pues este solo tendrá competencia cuando sea lesionado por o contra una autoridad nacional.[33]

En efecto, la CSJN ha resuelto conflictos en favor de la competencia de la justicia ordinaria provincial cuando se encuentra demandada una entidad de salud provincial (por ejemplo, el Instituto de Obra Médico Asistencial –IOMA–, dependiente de la provincia de Buenos Aires).

Para así decidir, señaló que no corresponde la intervención del fuero federal si la única circunstancia que lo justificara sea que de forma genérica se invocaran como vulnerados derechos garantizados por la CN y normas federales, pues el respeto a la autonomía de las provincias exige que se reserve a la justicia local el conocimiento de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial.[34]

Como destacan Abramovich y Pautassi,

> el rol de garante del Estado federal no desplaza la competencia de las provincias, la misma jurisprudencia ha establecido que cuando el Estado federal deba responder por prestaciones que corresponden primariamente al ámbito de competencia provincial podrá activar mecanismos de reembolso o recuperación del costo de esas intervenciones y al mismo tiempo podrá exigir participación de las autoridades provinciales en el cumplimiento de las sentencias judiciales que impongan prestaciones. De allí que una consecuencia de esta garantía federal debería consistir en la creación de vías y procedimientos institucionales ágiles y expeditos para que, en caso de intervención de la autoridad federal, ésta pueda luego hacer efectiva la responsabilidad primaria de las autoridades provinciales. En todo caso se debería tratar de mecanismos que diriman conflictos entre estas jurisdicciones, que de ningún modo deberían derivar en costos para las personas o implicar demoras, postergaciones o limitaciones irrazonables en el acceso a las prestaciones o servicios.[35]

33. Cf. CSJN, "Rodríguez, Roberto y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otro", *Fallos* 343:283.

34. Cf. CSJN, "G., M. P. c/IOMA s/acción de amparo", *Fallos* 345:1496.

35. Abramovich, V. y Pautassi, L. (2008). El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud Colectiva*, *4*(3), 267.

La Ley N° 23.660 establece el marco legal para las obras sociales –término que no se agota con las obras sociales sindicales– y señala que sus recursos serán destinados prioritariamente a prestaciones de salud, si bien deberán brindar también otras prestaciones sociales –artículo 3–.

Los artículos 8 y 9 disponen que serán beneficiarios de las obras sociales quienes trabajen en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público, y las personas jubiladas y pensionadas nacionales y beneficiarias de prestaciones no contributivas nacionales. También quedan incluidos los grupos familiares primarios,[36] las personas que convivan con la persona afiliada titular y reciban ostensible trato familiar y otros ascendientes o descendientes por consanguinidad de la persona beneficiaria titular y que se encuentren a su cargo, en cuyo caso se fija un aporte adicional.

El carácter de beneficiario subsistirá mientras se mantenga el contrato de trabajo o la relación de empleo público y la persona afiliada titular reciba remuneración de su empleador/a, salvo cuando se extinga el contrato de trabajo –se mantiene durante un período de tres meses sin obligación de efectuar aportes– o se interrumpa el trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable.[37]

---

36. Este término incluye al cónyuge de la persona afiliada titular; hijos/as solteros/as hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral; hijos/as solteros/as mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo de la persona afiliada titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente; hijos/as con discapacidad mayores de veintiún años que se encuentren a cargo de la persona afiliada titular; hijos/as del cónyuge; y menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos aquí establecidos. Con relación a familiares con discapacidad que se encuentran a cargo de una persona afiliada a una obra social, se consideró que debía analizarse si ya cuentan con cobertura médico asistencial proporcionada por el PAMI. Cf. CSJN, "B., V. P. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ expedientes civiles", *Fallos* 339:683.

37. Si una persona estuvo afiliada a una obra social durante veinte años, período en el que fue asistida reiteradamente por una grave dolencia que la incapacita, la negativa a su reafiliación onerosa so pretexto de la patología preexistente aparece presidida por el fin inadmisible de desentenderse de la continuidad del tratamiento de la dolencia. CSJN, "Quinteros, Virginia s/su presentación", *Fallos* 335:76, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte.

En caso de muerte de la persona afiliada titular, quienes integran su grupo familiar primario mantendrán el carácter de beneficiarios por el plazo de tres meses. Una vez vencido, podrán optar por continuar en ese carácter, cumpliendo con los aportes y contribuciones que hubieren correspondido a la persona afiliada titular. De modo similar, podrá mantenerse la calidad de beneficiario/a si se realizan los aportes y contribuciones correspondientes en caso de suspensión sin goce de remuneración, licencia sin goce de remuneración o durante el período de excedencia luego de utilizada la licencia por maternidad –artículo 10–.

Por su parte, la Ley N° 26.682 establece el marco regulatorio de la medicina prepaga, que comprende a las empresas que brindan prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los/as usuarios/as, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

Resulta de gran relevancia la Ley N° 24.754, en tanto dispone que estas empresas deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial, las mismas prestaciones obligatorias que las dispuestas respecto de las obras sociales.

En este sentido, el artículo 7 de la Ley N° 26.682 crea la obligación de cubrir, como mínimo en los planes de cobertura médico-asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la Ley N° 24.901 y sus modificatorias. Como excepción, se podrán ofrecer planes de coberturas parciales en servicios odontológicos y servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas.

La Superintendencia de Servicios de Salud es la Autoridad de Aplicación encargada de autorizar los modelos de contratos, los aumentos de las cuotas cuando estén fundados en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos y los valores diferenciales que deben pagar los/as usuarios/as que presenten enfermedades preexistentes y las personas mayores de sesenta y cinco años –salvo que tuvieran una antigüedad mayor a diez años en uno de los sujetos comprendidos en la ley–.

Si bien los/as usuarios/as pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, las empresas solo podrán hacerlo cuando aquellos/as incurran, como mínimo, en la falta de pago de tres cuotas consecutivas o cuando hayan falseado la declaración jurada, previa intimación fehaciente a la regularización dentro del término de diez días.

Un aspecto siempre controversial en relación con este tipo de contratos son los denominados "períodos de carencia o espera". Quedan expresamente prohibidos para todas las prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Ni la edad ni las enfermedades preexistentes pueden ser criterio del rechazo de una admisión. Estas últimas solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario/a.

Un lugar destacado en nuestra legislación lo ocupa la Ley N° 24.901, que creó el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación 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 –artículo 1–.

Detalla el tipo de prestaciones que deberán asegurarse a las personas con discapacidad y define que su cobertura total estará a cargo de las obras sociales –artículo 2– y del Estado, a través de sus diferentes organismos, si no se encontraren afiliadas a ninguna obra social –artículo 4–.

Entre las prestaciones reconocidas por esta norma se encuentra el transporte para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación –artículo 13–; la cobertura integral en rehabilitación –artículo 15–; las educativas, que comprenden la escolaridad en todos sus tipos, la capacitación laboral, los talleres laborales, etc. –artículo 17–, y las asistenciales, relativas al cuidado y sistemas de apoyo –artículo 18–.

Con relación al sistema de cobertura de la asistencia domiciliaria, la CSJN consideró que

> resulta compatible con la aplicación de topes arancelarios, lo que implica que, aunque el agente de servicios de salud se encuentre necesariamente compren-

> dido en el régimen legal, no por ello está obligado a asumir el gasto total de las prestaciones por los conceptos allí definidos.[38]

El Decreto N° 1193/98, reglamentario de la Ley N° 24.901, facultó al Ministerio de Salud y Acción Social a dictar las normas complementarias necesarias, entre las que debemos destacar la Resolución Ministerial N° 428/99, que estableció el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, que fija los módulos de las prestaciones específicas y sus valores, que se van actualizando periódicamente.[39]

Asimismo, la Resolución Ministerial N° 1230/08 puso en vigencia el Nomenclador de Prestaciones de Salud mediante el cual se establecieron los aranceles modulares para los hospitales públicos de gestión descentralizada, que también utilizan las empresas de medicina prepaga para fijar los aranceles mínimos obligatorios.

Otra norma imprescindible en materia de derecho a la salud es la Resolución Ministerial N° 939/00, que aprobó el PMO y el Catálogo de Prestaciones, que incluye todas las prestaciones que los agentes del seguro deben brindar a sus beneficiarios/as.

Con posterioridad se dictó la Resolución Ministerial Nº 201/02, que aprobó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los agentes del servicio de salud.

Finalmente, la Resolución Ministerial N° 1991/05 aprobó como parte integrante del PMO las previsiones de la Resolución Nº 201/02, sus ampliatorias y modificatorias, y la inclusión de los dos anexos que la acompañan.

Respecto de las especificaciones del PMO, debe ponderarse que la CSJN dejó sentado que deben interpretarse en armonía con el principio general que

38. CSJN, "Recurso Queja Nº 2 - P., V. E. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", *Fallos* 340:1600.

39. La CSJN en reiteradas oportunidades sostuvo que resulta constitucional establecer topes arancelarios a la cobertura de las prestaciones, por lo que el agente de servicios de salud no siempre se encuentra obligado a asumir el gasto total de las prestaciones reconocidas. CSJN, "Recurso Queja Nº 1 - V. I., R. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ordinario", *Fallos* 340:1269, y "Recurso Queja Nº 2 - A. V., V. M. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud", *Fallos* 343:1800.

emana del artículo 1 del Decreto N° 486/02, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes, medicamentos y servicios básicos para la conservación de la salud.[40]

Por ende, "las entidades de salud deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del PMO, toda vez que debe entenderse que fija un piso de prestaciones mínimas y no máximas para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud".[41]

Si bien las prestaciones que se incluyen en el PMO se deben actualizar periódicamente –en función del descubrimiento de nuevas patologías y tratamientos–, la CSJN reconoció que se debe otorgar la cobertura para una cirugía con endoprótesis, pese a que no se hallaba incluida en el PMO, ya que se trata de una terapéutica más moderna y segura, por lo que "someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible".[42]

Adicionalmente, la Ley N° 26.689, que promueve el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil personas a nivel nacional) y la mejora de la calidad de vida de ellas y sus familias, dispone en su artículo 6 que

> las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Con-

40. Cf. CSJN, "Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJP s/amparo", *Fallos* 329:1638.

41. CSJN, "V., W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo", *Fallos* 327:5373. Respecto de las actividades de tipo socio-deportivas para personas con discapacidad, el Tribunal sostuvo que no están contempladas por la Ley N° 24.901 ni están incluidas en el PMO, ya que no son un tratamiento médico asistencial sino una actividad recreacional o deportiva que excede el marco reglamentario del sistema de protección general de la salud y el particular del de las personas con discapacidad. CSJN, "T., I. H., en rep. U. E. G. T. T. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/leyes especiales", *Fallos* 341:919.

42. CSJN, "Duich Dusan, Federico C/CEMIC Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/amparo", *Fallos* 337:471, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite.

> greso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

Por otra parte, la CSJN dijo –al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General– que "es tarea de los profesionales médicos lo atinente al diagnóstico de la dolencia y la prescripción de las drogas que la combatan o atenúen, siendo impensable que prescriban un medicamento que no resulte conveniente para el tratamiento del paciente".[43]

Asimismo, cabe destacar que el Cuerpo Médico Forense de la CSJN en reiteradas ocasiones ha puesto en resalto que el/la profesional de la medicina que trata la patología de un/a paciente es quien puede efectuar la prescripción que proporcione mejores resultados a la dolencia que le aqueja. A partir de este criterio, ni la obra social ni la empresa de medicina prepaga podrán sustituir el criterio del médico/a interviniente que pertenece a su cartilla.[44]

Por ende, los tribunales suelen tener una deferencia con el "médico tratante", lo cual no puede implicar una carta blanca para otorgar cualquier tipo de medicación. No debe olvidarse que detrás de cada proceso está presente la tensión que existe entre el derecho a la salud de las personas y las ganancias de los laboratorios que fabrican los medicamentos.[45]

---

43. CSJN, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo", *Fallos* 326:4931.

44. Las obras sociales se reservan la potestad de definir el cuerpo de especialistas y las instituciones que ponen a disposición de sus usuarios/as en sus cartillas, por lo que, en principio, la indicación de prestaciones médicas no implica la libre elección de profesionales y/o prestadores. No obstante, un/a usuario/a podría elegir un prestador no incluido si no se le pone a disposición otro prestador idóneo para tratar su patología o si ya se estaba atendiendo hace años con dicho prestador y no se brindan razones que justifiquen la derivación a otro. Cf. CSJN, "Recurso Queja Nº 1 – L. S., M. T. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud", *Fallos* 343:1406, considerando 7.

45. Respecto de los medicamentos, la Corte reconoció la potestad indelegable del Estado de fiscalizar la comercialización de medicamentos, a los fines de evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública. CSJN, "Laboratorios Ricar S. A. c/Estado

En este sentido, la sanción de la Ley N° 25.649 puso un límite a la relación profesionales de la salud-laboratorios, al obligar en su artículo 2 a que las recetas o prescripciones médicas en forma obligatoria expresen el nombre genérico del medicamento, seguido de la forma farmacéutica y dosis/unidad, con detalle del grado de concentración. La libertad de prescripción y de dispensa está garantizada por la elección del principio activo y no sobre especialidades de referencia o de marca.

Si bien en la receta se puede indicar, además, el nombre o marca comercial de un medicamento, la norma dispone que a pedido del consumidor, el/la profesional farmacéutico tendrá la obligación de sustituirlo por otro de menor precio que contenga los mismos principios activos, concentración, forma farmacéutica y similar cantidad de unidades.

Entendemos que, dada la desigualdad entre profesional de la salud y paciente y la abrumadora diferencia de precios entre los medicamentos según el laboratorio que los fabricó, debería tratarse de una obligación de informar por parte de quienes trabajan en una farmacia –que debería ser cumplida aun cuando el consumidor omita solicitarlo–.

Otro ejemplo de las tensiones existentes en materia de salud se da con la negativa de la CSJN a reconocer que el derecho del paciente a elegir su tratamiento no implica que necesariamente se le deba garantizar un tratamiento en el extranjero porque no desea hacerlo en establecimientos médicos locales de alta calidad médica, con resultados similares y costos sustancialmente menores.[46]

Nacional (M° de Salud y Acción Social) s/daños y perjuicios", *Fallos* 318:2311, considerando 11. De modo similar, reconoció que la obligación de inscripción en el Registro Nacional de Prestadores "constituye una garantía para los pacientes que procura asegurar que las instituciones en las que reciban las prestaciones [...] cumplan con los requisitos que los habilitan para funcionar regularmente y los sujeta a los controles tendientes a resguardar la debida prestación de sus servicios". CSJN, "Romero, Silvana Andrea c/Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas s/amparo ley 16.986", *Fallos* 343:2176, considerando 5.

46. Cf. CSJN, "Maldonado, Sergio Adrián s/materia: previsional s/recurso de amparo", *Fallos* 327:5210, y "C., R. L. y otro c/Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires s/amparo ley 16.986", *Fallos* 344:329. Un razonamiento similar se puede realizar con relación a insumos similares que se fabrican en el país y en el extranjero, por ejemplo, en materia de prótesis.

Tampoco existe un derecho a la provisión de un medicamento que se encuentre en una fase experimental.[47]

Lamentablemente, la proliferación de expedientes judiciales en materia de salud ha tenido un desarrollo exorbitante a través de la vía del amparo, lo que ha llevado incluso a afirmar que asistimos a un fenómeno de desnaturalización de dicho instituto.[48] Más aún, la tendencia hacia el otorgamiento de medidas cautelares consistentes en la provisión de medicamentos, sillas de ruedas, elementos ortopédicos o la realización de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, frecuentemente vuelven abstracto el objeto del amparo, atento a la coincidencia existente entre el objeto de la medida cautelar y la pretensión de fondo.

En función de lo expuesto, los tribunales argentinos, con distintos argumentos, han acogido de forma favorable la utilización del amparo para el litigio en esta materia, ya sea a fin de garantizar la cobertura de una prestación o medicamento no previsto en el PMO, cuestionar el rechazo de afiliaciones o infinidades de supuestos diferentes en los que se conjuguen distintos factores de vulnerabilidad.

Entre los casos más relevantes debemos mencionar "Asociación Benghalensis", en el cual, al analizar la entrega de medicamentos a personas con VIH/SIDA, la CSJN afirmó las obligaciones del Estado en "la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, la lucha contra ellas, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad". En el mismo sentido, sostuvo que "la protección del derecho a la salud [...] es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria".[49]

De igual manera, se destacó que "es responsabilidad del Estado federal, en su carácter de autoridad de aplicación que diseña el plan de distribución de

47. Cf. CSJN, "Buñes, Valeria Elisabet c/Obra Social Unión Personal y otro", *Fallos* 333:690.

48. Cf. Salgado, J. M. (2008). El amparo como una verdadera tutela diferenciada rápida y expedita. A propósito de los conflictos que deben discurrir por su vía. *Revista de Derecho Procesal,* (2), 191-210.

49. CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986", *Fallos* 323:1339.

medicamentos, velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento".[50]

Por su parte, en "Campodónico de Beviacqua" la CSJN confirmó la decisión de proveer una medicación costosa a un niño con discapacidad, toda vez que

> el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requieran los niños y niñas, no puede desligarse válidamente de esos deberes, bajo el pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, sobre todo cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales.[51]

Asimismo, subrayó que en función de los instrumentos a los que voluntariamente se sometió la Argentina, existe una la obligación del Estado de tomar medidas positivas para garantizar el derecho a la salud, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina prepaga.[52]

Más cerca en el tiempo, en "Padilla" interpretó que el artículo 2 de la Ley N° 24.901 establece que el Estado se halla obligado a brindar las prestaciones enunciadas en la norma solo de manera subsidiaria, pues dicha cobertura corresponde primariamente a las obras sociales, si el/la solicitante se encuentra afiliado/a alguna.[53]

---

50. *Ibíd*., nota 49.

51. CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/amparo ley 16.986", *Fallos* 323:3229, considerando 21. El Tribunal extendió las obligaciones del Estado federal, sin perjuicio de las de otras jurisdicciones, a la responsabilidad de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. Cf. CSJN", "Monteserin, Marcelino c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas-Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad y otro s/amparo", *Fallos* 324:3569, considerando 13.

52. Cf. CSJN, "Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo", *Fallos* 328:4640.

53. Cf. CSJN, "Padilla, Laura Rosario c/Hospital de General Roca y otros s/ amparo - apelación", *Fallos* 343:1673. En igual sentido, ver "P., A. c/Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo", *Fallos* 338:488.

Vale la pena advertir que en este caso no se alegó ni comprobó que existía una situación de urgencia con graves consecuencias para la salud si se interrumpía el tratamiento, situación que sí se presentó en "Campodónico de Beviacqua". Otra diferencia es que en "Padilla" no se había realizado ningún reclamo ante la obra social.[54]

En cuanto a las obligaciones de actores no estatales, en "Hospital Británico" se impugnó la constitucionalidad de la Ley N° 24.754 que extendió a las empresas de medicina prepaga y obras sociales la obligación de brindar cobertura de prestaciones incluidas en el PMO respecto de la drogadicción y el VIH/SIDA.

En el dictamen de la Procuración –al cual la CSJN adhirió– se señala fundamentalmente que

> la imposición de deberes a las empresas de medicina privada en materia de cobertura de tratamientos contra el SIDA se justifica como medida adoptada por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia. Es decir, a efectos de cumplir con sus obligaciones positivas en el tema, el Estado puede regular la actividad de las empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, imponiéndoles cargas específicas de cobertura.[55]

Con posterioridad, la CSJN subrayó que, ante el rechazo de la empresa a mantener la afiliación de una persona portadora del VIH/SIDA que había perdido su empleo y ofrecía pagar la cuota correspondiente,

> [n]o debe olvidarse que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole [la de un negocio comercial], en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas […], también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contra-

54. Cf. Plazas, F. G. (2022). Derecho a la salud. Discapacidad. Obras sociales. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, año 2021, (5), 77.

55. CSJN, "Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparos y sumarísimos", *Fallos* 324:754.

riar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, Ley N° 24.754).[56]

Una importante arista del derecho a la salud es la salud reproductiva –que se analiza en el capítulo 8 de este Manual–. El Decreto N° 956/13, reglamentario de la Ley N° 26.862, garantiza la cobertura de hasta tres procedimientos de fertilización asistida de alta complejidad para poder procrear.

La CSJN destacó "el amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva", por lo que entendió que el único límite a la cantidad de procedimientos se vincula con aquéllos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación. De este modo, se deben garantizar tres tratamientos anuales de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.[57]

En cuanto al derecho a la salud de personas trans y los tratamientos que requieren a fin de adecuar su cuerpo a su identidad autopercibida, existen numerosos casos donde se ha hecho lugar a la pretensión y se ordenó la cobertura al 100%.

El principal argumento de las entidades de salud para rechazar dichas intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales es que no responden a una cuestión de salud, sino estética.

Este planteo ha sido rechazado, puesto que el artículo 13 de la Ley N° 26.743 dispone que toda reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas y ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

A su vez, el artículo 11 establece que la persona podrá "a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales

56. CSJN, "Etcheverry, Roberto Eduardo c/OMINT Sociedad Anónima y Servicios s/amparo", *Fallos* 324:677, dictamen del Procurador, considerando IV.

57. Cf. CSJN, "Y., M. V. y otro c/IOSE s/amparo de salud", *Fallos* 341:929.

[…] para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa".

En cuanto a la tutela de las personas adultas mayores, la CSJN consideró que

> la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica y que la actora pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos.[58]

Señaló, además, que la actora requería de forma urgente atención médica de manera sostenida y permanente, y que los tribunales inferiores afirmaron en forma dogmática que la actora se encontraba afiliada a otra obra social, desoyendo que esta había explicado que la casa previsional local derivaba sus aportes a la entidad demandada.

Por último, el Tribunal consideró que el marco regulatorio de la medicina prepaga autoriza la rescisión del contrato por iniciativa de la empresa prestadora cuando obra mala fe del usuario/a. Para la procedencia de dicha rescisión no basta con verificar la simple omisión de información, sino que se exige que el usuario/a, obrando sin la buena fe requerida, haya falseado la declaración jurada que debe presentar al momento de la contratación.[59]

Con idénticos fundamentos, resolvió un caso en el cual se debatía la desafiliación del actor y la consecuente negativa de la cobertura integral del tratamiento de rehabilitación por consumo de drogas y alcohol.[60]

Debemos también mencionar en este capítulo los avances que representó para el goce del derecho a la salud la sanción de la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Entre los derechos esenciales en la relación entre paciente, profesionales de la salud, agentes del seguro de salud y cualquier efector de que se trate, se reconoce el trato digno y respetuoso de sus convicciones personales y morales;

58. CSJN, "G. P., E. N. c/IOSPER s/acción de amparo", *Fallos* 345:1174.

59. Cf. CSJN, "C., H. c/Swiss Medical s/prestaciones médicas", *Fallos* 345:945.

60. Cf. CSJN, "A., B. R. c/Swiss Medical S. A. Medicina Privada s/amparo Ley 16.986", *Fallos* 345:938.

el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad y la confidencialidad de los datos sensibles; la confidencialidad de la documentación clínica, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del paciente; la autonomía de la voluntad para aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad; el derecho a recibir y a no recibir la información sanitaria necesaria vinculada a su salud.

Con relación al consentimiento informado, es decir, la declaración de voluntad efectuada por un/a paciente, por la cual decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como medicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto,[61] el artículo 5 contempla que no resulta posible informar todos los riesgos de un procedimiento médico. Más allá de aquellos que derivan de la práctica o producto utilizado en sí, estarán los propios de la persona enferma, los de las circunstancias externas y los correspondientes a la combinación de esos diversos elementos.

El/la paciente debe aceptar ser sometido/a a un tratamiento médico o diagnóstico conociendo todos los factores que pudieren incidir en esa decisión y lo debe expresar de manera inequívoca. Con excepción de las operaciones mutilantes, para cuya realización el artículo 19, inciso 3 de la Ley N° 17.132 exige que el consentimiento se exprese por escrito, la ley no impone formalidades determinadas para su manifestación.[62]

Wierzba explica que la instrumentación de este proceso

> suele resultar distorsiva de la relación entre el paciente y el profesional. Es que más allá de los vicios que puede significar su implementación –cuando esta es automática y puramente formal–, el hecho de suscribir un documento identifi-

61. Cf. Highton, E. I. y Wierzba, S. M. (2003). *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 1.

62. Cf. CSJN, "Godoy Aguirre, Marta c/Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro s/ordinario", *Fallos* 331:1804, disidencia de la jueza Highton de Nolasco y del juez Petracchi, considerando 6.

> cado con las profesiones jurídicas en momentos donde la vulnerabilidad del firmante es la regla y donde su intimidad, integridad y hasta su vida se encuentran expuestas, en muchos casos genera rechazo.[63]

El artículo 9 de la norma prevé que la urgencia y la emergencia pueden desplazar la implementación de la figura en cuestión, por cuanto generalmente involucran cuestiones de grave peligro para la salud o vida del paciente, asumiéndose que si una persona razonable hubiera aceptado la ejecución del tratamiento en las circunstancias dadas, también lo habría hecho el/la paciente en particular, máxime si carece de aptitud para recibir información o para decidir y no hay familiares o allegados que puedan hacerlo en su lugar.

Para finalizar, debemos destacar que la Ley N° 26.742 reconoce a las personas aquejadas por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que las coloquen en igual situación la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos –como la hidratación, alimentación, reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital– mediante la admisión, en el marco de ciertas situaciones específicas y ante la solicitud del paciente, de la "abstención" terapéutica.

La CSJN ha resuelto distintos casos atinentes a este derecho de carácter personalísimo, que considera que corresponde a la esfera de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional.[64]

La norma estipula el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de la enfermedad o padecimiento.

Por último, dispone que toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó. Las directivas deberán ser aceptadas por el/la médico/a a cargo, salvo que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, que se tendrán como inexistentes.

63. Wierzba, S. M. (2023). Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, año 2022, (6), 270.

64. Entre otros, CSJN, "D., M. A. s/declaración de incapacidad", *Fallos* 338:556.

Capítulo 8

Derecho a la salud sexual y reproductiva. La interrupción voluntaria del embarazo

Marina Ditieri y Sebastián A. Rey

1. Derecho a la salud sexual y reproductiva

Los derechos sexuales y reproductivos fueron reconocidos en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo en 1994. Allí se declaró que

> abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso […] se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.[1]

Debemos señalar que los conceptos de salud sexual y salud reproductiva son distintos, aunque están estrechamente relacionados.[2]

1. ONU (1994). *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. El Cairo, párr. 7.3.

2. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 22, *Derecho a la salud sexual y reproductiva,* E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 6.

Así, la Organización Mundial de la Salud ha señalado que la salud sexual constituye

> un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad […] requiere un acercamiento positivo y respetuoso a la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, sin coacción, discriminación ni violencia.

Por su parte, la salud reproductiva se define como

> un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos […] entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.[3]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que "el derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del PIDESC",[4] estableciendo los siguientes elementos que la caracterizan:

a) Disponibilidad: debe disponerse de un número adecuado de establecimientos, servicios, bienes y programas en funcionamiento de atención de la salud para proporcionar a la población el conjunto más completo posible de servicios de salud sexual y reproductiva. Se debe velar por que haya personal médico y profesional capacitado y proveedores calificados que estén formados para prestar todos estos servicios, y de medicamentos esenciales, incluida una amplia gama de métodos anticonceptivos, medicamentos para la asisten-

3. *Ibíd*., nota 1, párr. 7.2.

4. *Ibíd*., nota 2, párr. 1.

cia en casos de aborto y después del aborto, y medicamentos para la prevención y el tratamiento de las infecciones de transmisión sexual y el VIH. La no disponibilidad de bienes y servicios debido a políticas o prácticas basadas en la ideología, como la objeción de conciencia, no debe ser un obstáculo para el acceso a los servicios. Se debe disponer en todo momento de un número suficiente de proveedores de servicios de atención de la salud dispuestos a prestar esos servicios.

b) Accesibilidad: los establecimientos, los bienes, la información y los servicios de salud relativos a la atención de la salud sexual y reproductiva deben ser accesibles a todas las personas y grupos sin discriminación ni obstáculos. Dentro de este requisito está comprendida la accesibilidad física (deben estar disponibles a una distancia física y geográfica segura para todos, de modo que las personas necesitadas puedan recibir servicios e información oportunos), la asequibilidad (los bienes y servicios esenciales se deben proporcionar sin costo alguno o sobre la base del principio de igualdad a fin de evitar que los gastos de salud representen una carga desproporcionada para las personas y las familias) y la accesibilidad a la información (comprende el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva en general y el derecho de las personas a recibir información específica sobre su estado de salud. Todas las personas y grupos tienen el derecho a recibir información con base empírica sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva. Dicha información debe proporcionarse de una manera compatible con las necesidades de la persona y la comunidad).

c) Aceptabilidad: deben ser respetuosos con la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades y tener en cuenta las cuestiones de género, edad, discapacidad, diversidad sexual y ciclo vital.

d) Calidad: los establecimientos, bienes, información y servicios relativos a la salud sexual y reproductiva deben ser de buena calidad. Tendrán una base empírica y serán adecuados y estarán actualizados desde un punto de vista científico y médico. Esto requiere un personal de atención de la salud formado y capacitado, así como medicamentos y equipo científicamente aprobados y en buen estado.[5]

5. *Ibíd*., nota 2, párrs. 12-21.

Con base en la CEDAW y en la Convención de Belém do Pará los Estados condenan todas las formas de violencia hacia las mujeres, entre ellas, las relativas a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos. Por tanto, se puede afirmar que la violación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es una forma de violencia de género. Además, la existencia de estereotipos culturales discriminatorios por razones de género sigue constituyendo un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de mujeres y niñas.

Con relación a las niñas y adolescentes podemos agregar que la falta de información sobre el modo en que pueden ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, en general, y sobre la problemática social y sanitaria del aborto clandestino y su penalización, en particular, también debe ser observada como una violación de sus derechos humanos.

En este sentido, se ha señalado que los Estados deben abstenerse de obstaculizar el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, lo que incluye los requisitos de autorización de terceros, como los padres o las madres, para acceder a los servicios y a la información. La difusión de información errónea y la imposición de restricciones en relación con el derecho de las personas a tener acceso a información vulneran también el deber de respetar los derechos humanos. Asimismo, deben abstenerse de censurar, retener o tergiversar la información sobre la salud sexual y reproductiva o de penalizar su suministro, aun entre particulares. Los Estados también tienen la obligación de velar por que los y las adolescentes tengan pleno acceso a información adecuada sobre la planificación familiar y métodos anticonceptivos, los riesgos del embarazo precoz y la prevención y el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, independientemente del consentimiento de sus padres, madres o tutores, con respeto de su privacidad y confidencialidad.[6]

La CIDH también ha establecido que no se puede alcanzar el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, en información y también a la educación en la

6. *Ibíd*., nota 2, párrs. 41 y 44.

materia para poder adoptar decisiones libres, fundamentadas y responsables sobre reproducción, incluyendo la planificación familiar.[7]

En este sentido, la Corte IDH reconoció que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.[8]

El Tribunal entendió que la anulación judicial de un decreto que autorizaba la técnica de fecundación *in vitro* en Costa Rica era violatoria de la CADH, ya que la decisión de ser o no madre o padre incluye hacerlo en el sentido genético o biológico.[9]

Por ende,

> una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados y la importancia de la protección del embrión permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la [fecundación *in vitro*].[10]

En la Argentina, la Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando compren-

7. CIDH (2011). *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., párr. 25.

8. 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. 146.

9. *Ibíd*., nota 8, párr. 143, con cita de TEDH, *Case of Evans v. The United Kingdom*, Application N° 6339/05, Court (Grand Chamber), 10 April 2007, Reports 2007-I, y *Case of S.H. and others v. Austria*, Application N° 57813/00, Court (Grand Chamber), 3 November 2011, Reports 2011-V.

10. *Ibíd*., nota 8, párr. 314.

didas tanto las técnicas de baja como las de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

El artículo 8 de la norma los incluye en el Programa Médico Obligatorio y obliga a los agentes que brinden servicios médico-asistenciales a incorporar como prestaciones obligatorias y a brindar la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida, entre las que se encuentran la inducción de ovulación, la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación, las técnicas de reproducción asistida (TRA) y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante.

Los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos también quedan comprendidos en la cobertura prevista por dicho artículo.

En cuanto a la educación sexual, la Corte IDH ha reconocido la obligación estatal de

> crear entornos seguros, especialmente a las niñas, ampliando servicios de buena calidad que ofrezcan información, educación sobre salud y asesoramiento de forma apropiada para los jóvenes, reforzando los programas de salud sexual y salud reproductiva y haciendo participar, en la medida de lo posible, a las familias y los jóvenes en la planificación, ejecución y evaluación de programas de atención y prevención del VIH y el SIDA.[11]

Para el Tribunal regional,

> [e]l derecho a la educación sexual y reproductiva integra el derecho a la educación y […] entraña un derecho a una educación sobre la sexualidad y la reproducción que sea integral, que no sea discriminatoria, que esté basada en pruebas, que sea científicamente rigurosa y que sea adecuada en función de la edad. Una obligación estatal relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva es brindar "educación e información integrales", teniendo en cuenta "las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes". Dicha educación debe ser apta para posibilitar a las niñas y los niños un adecuado entendimiento de las implicancias de

11. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 197.

> las relaciones sexuales y afectivas, particularmente en relación con el consentimiento para tales vínculos y el ejercicio de las libertades respecto a sus derechos sexuales y reproductivos.[12]

En "Guzmán Albarracín y otras" hizo énfasis en la falta de educación sexual integral, reconocida como un derecho humano por los estándares internacionales, que le hubiese permitido a la adolescente –que había sido víctima de violencia sexual en el ámbito escolar y luego se suicidó– tener otras herramientas para posibilitarle un adecuado entendimiento de las implicancias de las relaciones sexuales y afectivas, sobre el consentimiento y el ejercicio de las libertades.[13]

Lo expuesto permite advertir la interdependencia entre sexualidad, salud y educación. Para lograr el disfrute del más alto nivel posible de salud –que incluye a la salud sexual y reproductiva– debemos ser capaces de vivir la sexualidad de manera responsable y con respeto hacia las demás personas y ser conscientes de nuestras necesidades y derechos. Esto es posible solo si recibimos educación sexual integral desde las primeras etapas de formación.[14]

Históricamente la educación sexual estuvo en cabeza de los padres y las madres y formaba parte de la esfera privada de las familias, mientras que la escuela se encargaba de las cuestiones públicas dentro de las que la sexualidad no se encontraba. Cuando comenzó a enseñarse en las escuelas, se hacía recién cuando las niñas y los niños alcanzaban la pubertad y dejaban la infancia, porque el concepto de sexualidad estaba fuertemente unido al de genitalidad. Desde esta mirada, la educación sexual en las escuelas se daba preferentemente en la secundaria, en particular durante las horas de Biología. El problema radicaba en reducir la sexualidad a lo genital, a lo biológico, cuando es "[u]na dimensión de la construcción de la subjetividad que trasciende ampliamente el ejercicio de la genitalidad o una expresión de la intimidad".[15]

---

12. 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. 139.

13. *Ibíd*., nota 12, párr. 140.

14. Consejo DH (2010). Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, A/65/162, párr. 11.

15. Morgade, G. (coord.) (2011). *Toda educación es sexual. Hacia una educación sexuada justa*. Buenos Aires: La Crujía, p. 10. Inicialmente, la salud sexual era un campo solo ocupado

Una primera iniciativa legislativa en torno a la educación sexual en las escuelas fue la Ley N° 12.331 de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas, que dio origen al Instituto de Profilaxis para encargarse de la educación sexual en todo el país. Más de seis décadas después se sancionó la Ley N° 25.673 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable. Finalmente, se sancionó la Ley N° 26.150, que estableció el Programa Nacional de Educación Sexual Integral y dispuso que "todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos sean de gestión estatal o privada de las jurisdicciones nacional, provincial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal" –artículo 1–.

A grandes rasgos, la normativa nacional reconoció que recibir educación sexual integral es un derecho, que podrá ser adaptado a la realidad sociocultural de la comunidad, al ideario institucional y a las convicciones de sus miembros. Deberá ejercerse de forma progresiva y de acuerdo con la edad de los y las estudiantes y sus contenidos estarán establecidos en el Programa Nacional de Educación Sexual.[16]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que los Estados deben vigilar y regular a las instituciones educativas para asegurar que no menoscaben ni vulneren el derecho de las personas a la salud sexual y reproductiva. Para ello, deben adoptar medidas para que la información actualizada y precisa sobre salud sexual y reproductiva se ponga a disposición del público y sea accesible a todas las personas y para que todas las instituciones de enseñanza incorporen en sus planes de estudios obligatorios una educación sexual imparcial, científicamente exacta, con base empírica, adecuada a la edad e integral.[17]

---

por médicos; es decir, por hombres. En nuestro país, la iniciativa de enseñar salud sexual desde el punto de vista de la mujer fue de Elvira Rawson de Dellepiane, quien se preocupaba no solo por el embarazo, el cuidado de los hijos y las enfermedades venéreas, sino también por la igualdad de las relaciones entre hombres y mujeres. Cf. Lavrin, A. (2005). *Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay 1890-1940.* Santiago de Chile: LOM Ediciones.

16. Cf. Faur, E. (2018). *El derecho a la educación sexual integral en la Argentina. Aprendizajes de una experiencia exitosa.* UNFPA - Ministerio de Educación de la Nación.

17. *Ibíd*., nota 2, párr. 60.

La educación en materia de salud sexual y reproductiva debe hacer referencia a la conciencia de cada niño o niña de su propio cuerpo, incluidos aspectos anatómicos, fisiológicos y emocionales y su contenido debe guardar relación con la salud y el bienestar sexual para que puedan recabar conocimientos sobre la salud reproductiva y la prevención de la violencia basada en el género y adopten un comportamiento sexual responsable.[18]

Al referirse específicamente a la situación de la Argentina, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado, entre otras cosas, que garantice que la educación sobre salud sexual y reproductiva forme parte del plan de estudios escolar obligatorio y que en su formulación participen los y las adolescentes haciendo particular hincapié en la prevención de los embarazos y las infecciones de transmisión sexual; y que los y las adolescentes dispongan de información sobre los métodos anticonceptivos, incluso los modernos, de manera accesible y confidencial, incluida la lengua indígena.[19]

Una última cuestión relativa a la salud reproductiva que queremos mencionar se vincula con la mortalidad materna y la violencia obstétrica.

La violencia obstétrica puede definirse como una forma de violencia basada en el género, prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, que es

> ejercida por los encargados de la atención en salud sobre las personas gestantes, durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto, que se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones médicas forzadas o coaccionadas y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto.[20]

18. Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 15, *El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 62º período de sesiones (2013), párr. 60.

19. Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, CRC/C/ARG/CO/5-6, 1 de octubre de 2018, párr. 32.

20. Corte IDH. *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474, párr. 81. La utilización en este *Manual*

En "Brítez Arce y otros" la Corte IDH señaló que

> los Estados tienen la obligación de proporcionar servicios de salud adecuados, especializados y diferenciados durante el embarazo, parto y en un período razonable después del parto, para garantizar el derecho a la salud de la madre y prevenir la mortalidad y morbilidad materna.[21]

Dentro de las obligaciones internacionales mínimas que deben guiar la atención en salud de personas gestantes, la Corte IDH mencionó que

> se debe informar plenamente a las personas embarazadas, en período de posparto y en período de lactancia, sobre su condición médica y asegurar el acceso a información precisa y oportuna sobre salud reproductiva y materna durante todas las etapas del embarazo, la cual debe estar basada en evidencia científica, emitirse sin sesgos, libre de estereotipos y discriminación, incluyendo el plan de parto ante la institución de salud que asistirá el nacimiento y el derecho al contacto materno-filial.[22]

A la luz de la Convención de Belém do Pará, las mujeres tienen derecho a vivir una vida libre de violencia obstétrica y los Estados están en la obligación de prevenirla, sancionarla y abstenerse de practicarla, así como de velar por que sus agentes actúen en consecuencia, tomando en consideración la especial vulnerabilidad que implica encontrarse en embarazo y en período de posparto.[23]

La CEDAW, específicamente en su artículo 12, prevé que los Estados Partes tienen la obligación de suministrar servicios médicos adecuados en el embarazo, el parto y con posterioridad a este.

---

del término "persona gestante" en lugar de mujer embarazada obedece a la necesidad de incluir a otras identidades de género que también tienen capacidad de gestar, como los varones trans.

21. *Ibíd*., nota 20, párr. 68. En igual sentido, ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233.

22. *Ibíd*., nota 20, párr. 73.

23. *Ibíd*., nota 20, párr. 77.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha dicho que "es obligación de los Estados Partes garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia y que deben asignar[se] a esos servicios el máximo de recursos disponibles".[24]

De modo similar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo la necesidad de que los Estados adopten medidas para mejorar la salud materna y la atención en salud anterior y posterior al parto.[25]

Asimismo, señaló que "la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia [cualificada es] causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes".[26]

Para el Comité, en un caso en el que una mujer que había desarrollado su embarazo normalmente y sin complicaciones y había llegado al hospital sin ninguna emergencia, pero que desde su ingreso fue sometida a numerosas intervenciones sin que haya recibido explicaciones al respecto y sin que se le haya permitido opinar, el Estado había cometido violencia obstétrica y reprodujo estereotipos negativos sobre la capacidad de la mujer embarazada para tomar decisiones al momento del parto.[27]

Una posición parecida fue sostenida por la Corte IDH en el *Caso I.V. Vs. Bolivia.* La víctima concurrió al hospital, luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas a la semana 38 de gestación. Debido a que el médico tratante constató que ella había tenido una cesárea previa, que no había trabajo de parto y que el feto se encontraba en situación transversa, decidió someterla a una cesárea. Durante el procedimiento le ligaron las trompas de Falopio sin que hubiera brindado su consentimiento informado.

---

24. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24. *La mujer y la salud*, 20° período de sesiones (1999), párr. 27.

25. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º período de sesiones (2000), párr. 14.

26. *Ibíd*., nota 2, párrs. 10 y 28.

27. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Communication No. 138/2018, *S.F.M v. Spain*, CEDAW/C/75/D/138/2018, 28 February 2020, párr. 7.5.

Para la Corte IDH,

> [l]a salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos.[28]

Según el Tribunal regional,

> la obligación de transparencia activa imputable al Estado apareja el deber del personal de salud de suministrar información que contribuya a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y responsables respecto de su propio cuerpo y salud sexual y reproductiva, los cuales se relacionan con aspectos íntimos de su personalidad y de la vida privada y familiar.[29]

Para la realización de una esterilización, advirtió que "por la naturaleza y las consecuencias graves en la capacidad reproductiva, en relación con la autonomía de la mujer, la cual a su vez implica respetar su decisión de tener hijos o no y las circunstancias en que quiera tenerlos", solo podrá pedirse su consentimiento informado y no podrá obtenerse de su pareja ni de ninguna otra persona.[30] Por la relevancia e implicancias de la decisión y para efectos de mayor seguridad jurídica, en estos casos el consentimiento se debería otorgar por escrito, en la medida de lo posible.[31]

Además, el propósito de la ligadura de las trompas de Falopio es prevenir un embarazo futuro, por lo que no puede ser caracterizada como un proce-

28. Cf. Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, párr. 157.

29. *Ibíd*., nota 28, párr. 158.

30. *Ibíd*., nota 28, párr. 182.

31. *Ibíd*., nota 28, párr. 196.

dimiento de urgencia o emergencia de daño inminente, de modo tal que se puede sustituir el consentimiento de la mujer.[32]

El consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, como ocurre durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea.[33]

Por último, la Corte IDH destacó la necesidad de visibilizar prácticas como las verificadas en este caso que pueden esconder estereotipos de género negativos o perjudiciales asociados a los servicios de atención en salud. Al respecto, advirtió que la decisión médica de practicar la esterilización

> estuvo motivada por una lógica de cuidado paternalista y bajo la pre-concepción de que la esterilización debía realizarse mientras se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, a pesar de que su caso no era una urgencia o emergencia médica [...] Además, el médico actuó con la lógica del estereotipo según el cual I.V. era la única responsable de la anticoncepción de la pareja. El hecho de que no se le haya, por ejemplo, mencionado la alternativa de que su esposo podría ser quien posteriormente se sometiera a una vasectomía, demuestra una visión de I.V. por parte del médico como aquella que cumple un rol principal en la reproducción.[34]

Diferente fue lo resuelto por el TEDH en un caso en el que analizó la negativa de tratamiento médico en circunstancias en que los profesionales de salud eran conscientes de que la vida de una mujer embarazada de 34 semanas que experimentaba dolor corría peligro. Allí sostuvo que la administración del tratamiento médico adecuado era necesaria para proteger la vida de la paciente, quien se vio privada de la posibilidad de acceder a una atención de urgencia adecuada.[35]

32. *Ibíd*., nota 28, párr. 177.

33. *Ibíd*., nota 28, párr. 183.

34. *Ibíd*., nota 28, párr. 236.

35. Cf. TEDH, *Case of Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey*, Application N° 13423/09, Court (Second Section), 9 April 2013, Reports 2013-II.

En otra oportunidad, se refirió a la obligación del Estado de adoptar una estructura normativa que exija que los hospitales adopten las medidas adecuadas para proteger la vida de las pacientes, toda vez que una mujer embarazada con signos de preeclampsia había sido trasladada de un hospital a otro situado a 150 kilómetros de distancia, donde murió 40 minutos después de haber llegado. A pesar de la gravedad de su estado, el médico que la atendió no llevó a cabo el tratamiento de urgencia adecuado, que consistía, entre otros, en una cesárea.[36]

En el ámbito nacional, la CSJN compartió los argumentos esgrimidos en el dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante en un caso vinculado con el derecho de acceso a la justicia de las mujeres y la violencia obstétrica, institucional y contra la libertad reproductiva.

Allí se mencionó que la protección de sus derechos estaba especialmente garantizada por la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y la Ley N° 26.485 y que el archivo de la investigación penal por presuntos hechos de violencia contra una mujer sin la participación idónea de quien alega ser víctima podría configurar un incumplimiento del deber estatal de investigar con debida diligencia todos los actos de violencia contra las mujeres.[37]

2. La interrupción voluntaria del embarazo

La interrupción voluntaria del embarazo, también denominada aborto, no está expresamente prevista en la mayoría de los tratados de derechos humanos, pero tampoco se la prohíbe.

El artículo I de la DUDH establece que "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Esta norma es relevante para la discusión en torno a la juridicidad de la interrupción voluntaria del embarazo, pues su tenor literal parece implicar que es el nacimiento lo que marca el momento en que surgen la dignidad y los derechos humanos.

36. Cf. TEDH, *Case of Elena Cojocaru v. Romania*, Application N° 74114/12, Court (Fourth Section), 22 March 2016.

37. Cf. CSJN, "Callejas, Claudia y otra s/violación de secretos", *Fallos* 343:103.

En el ámbito interamericano, la CADH en su artículo 4.1 dispone que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Esta disposición ha generado grandes polémicas en cuanto a su interpretación, pues ha sido utilizada tanto por quienes se pronuncian a favor de la personalidad jurídica del feto como quienes opinan lo contrario.

Ya en el año 1981 la CIDH en "Baby Boy" tuvo que analizar la compatibilidad de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Roe v. Wade"[38] y "Doe v. Bolton" –que habían despenalizado el aborto voluntario– con el artículo I de la DADH.

Toda vez que dicho Estado no ha ratificado la CADH, la Comisión analizó los trabajos preparatorios y las discusiones que se llevaron antes de aprobar la DADH en1948. Al respecto, expresó que para esa época doce Estados americanos autorizaban el aborto en algunos supuestos –riesgo de vida de la mujer embarazada y estupro–, por lo que se decidió que el artículo I de la Declaración tuviera una redacción que no estableciera con claridad el momento en que comienza la vida.[39]

Con relación a la frase "en general" incorporada al artículo 4 de la CADH, la Comisión concluyó que por mayoría los Estados decidieron incorporarla por los mismos argumentos esgrimidos al momento de discutir la DADH.[40]

Durante décadas ese fue el principal pronunciamiento del SIDH sobre la materia hasta que en el año 2012 la Corte IDH dictó sentencia en "Artavia

38. Este fallo ha sido un antecedente clave que proporcionó importantes argumentos a favor de la despenalización del aborto en otros países, incluso en la Argentina. Se trata de una decisión trascendental que había reconocido el derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos como parte del derecho a la privacidad. Sin embargo, el 24 de junio de 2022 la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló el mencionado precedente en su decisión *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al v. Jackson Women's Health Organization et al*, dejando que cada Estado decida cómo regular este derecho.

39. CIDH, Resolución N° 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, párr. 19.

40. *Ibíd*., nota 39, párr. 29.

Murillo y otros" y analizó en profundidad el contenido del artículo 4.1 de la CADH y la naturaleza jurídica del embrión.

Luego de reconocer que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida, interpretó el término "concepción" asimilándolo al de "anidación". En este sentido, entendió que no podía ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede y antes de la implantación del embrión en el útero de la mujer sería imposible determinar si existe o no embarazo. De hecho, muchos gametos nunca se implantan.[41]

Siguiendo tal análisis, estableció que el embrión no implantado, o sea, un embrión *in vitro*, no es persona y que la cláusula "en general" contenida en el artículo 4 del tratado fue adoptada para permitir un balance entre los derechos e intereses de la persona por nacer y los de la persona gestante ante un posible conflicto.[42]

Para el Tribunal regional, las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta, por lo que la protección del derecho a la vida "desde la concepción" se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión,[43] postura que compartimos.

41. *Ibíd*., nota 8, párrs. 185-187.

42. *Ibíd*., nota 8, párr. 236.

43. Cf. Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E. (2013). Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Cita *online*: *MJ-MJN-68565-AR*. En este sentido, Deza destaca que "la vida es gradual e incremental y se encuentra estrechamente ligada con el avance de la gestación y la adquisición de atributos morales susceptibles de valoración, como es la capacidad de sentir [dolor, placer, frío o calor, de tener un mínimo de conciencia], desarrollada por el feto recién luego del primer trimestre junto con el tallo neuronal". Cf. Deza, S. (2021). Parir el derecho a abortar. En C. Grosman, A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera (dirs.), *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, *Edición Extraordinaria*, 84 y 87. Al respecto, entendemos que, durante el primer trimestre del embarazo, no se puede hablar de identidad entre el feto y una persona recién nacida, ya que, si bien presentan una continuidad física, no hay continuidad psíquica, ya que en los primeros meses el feto no puede adscribir estados mentales –recuerdos, intenciones, actitudes–.

Existe consenso en que el feto tiene un valor diferente al de los óvulos o espermatozoides –por ejemplo, porque no se castiga a cada mujer por no evitar menstruar, lo que ocasiona la "muerte" de óvulos que, de haber sido fecundados, podrían haber sido "personas"–. También en que tiene un valor diferente al de una persona recién nacida, lo cual se refleja en la diferente pena que recibe el delito de aborto y el homicidio calificado por el vínculo.

En otro orden de ideas, el Tribunal regional sostuvo que la ilegalidad del aborto se traduce, en la realidad, en la existencia de una práctica de criminalización, que abarca incluso a las emergencias obstétricas, bajo otras figuras penales como el homicidio agravado. Además, la mayoría de estas causas penales se inician con la violación del secreto profesional para realizar la denuncia.[44]

Ambas problemáticas fueron analizadas por la Corte IDH en el *Caso Manuela Vs. El Salvador*. La víctima, una mujer de escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural junto con su familia, había sido condenada a la pena de treinta años de prisión por el delito de homicidio agravado, luego de acudir a un hospital tras haber sufrido una emergencia obstétrica y haber sido denunciada por la médica que la atendió.

La Corte IDH consideró que el tribunal nacional que había condenado a Manuela utilizó estereotipos de género en su sentencia ante la falta de evidencia. Sostuvo que la sentencia interna incurrió "en prejuicios propios de un sistema patriarcal [...] recrimina a Manuela como si hubiese violado deberes considerados propios de su género y, en forma indirecta, le reprochó su conducta sexual".[45]

Ello ocurrió toda vez que, basándose en la idea preconcebida de que las mujeres tienen que responder al instinto maternal y sacrificarse por sus hijos constantemente, se asumió que no buscar ayuda para salvar a su hijo significó que Manuela intencionalmente quería quitarle la vida, independientemente de su estado de salud. Adicionalmente, a partir de la idea de

44. Cf. AA.VV. (2020). *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina*. Buenos Aires, pp. 4-6 y 10.

45. Corte IDH. *Caso Manuela Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre de 2021, Serie C No. 441, párr. 155.

que una mujer que tiene relaciones sexuales extramatrimoniales es inmoral, se asumió que Manuela habría escondido su embarazo de su familia debido a la vergüenza que sentía, razón por la cual habría decidido causar la muerte del recién nacido.[46]

La Corte IDH agregó que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva,[47] por lo que, para que la atención de salud sea aceptable, "es fundamental que la información que los pacientes compartan con el personal médico no sea difundida de forma ilegítima".[48] La violación de la confidencialidad médica "puede inhibir a las personas de buscar atención médica cuando lo necesiten",[49] especialmente tras un parto o sufrir una emergencia obstétrica.

Por las características de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos –que requieren el previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna– y la demora que tiene la CIDH en tramitar las miles de peticiones que le llegan anualmente, resulta prácticamente imposible que el SIDH se pronuncie a tiempo sobre la posibilidad de que una persona gestante se practique un aborto a partir de la presentación de una petición individual.

Por ello, resulta importante el recurso a las medidas provisionales utilizado en el "Asunto B.". La Corte IDH tuvo que analizar la situación de una mujer cuya continuación de su embarazo implicaba un riesgo de muerte, puesto que padecía de lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica, patología con altas probabilidades de agravarse tras haberse determinado que el feto era anencefálico, anomalía mayor incompatible con la vida extrauterina.

Si bien el Tribunal regional no hizo referencia expresa a que existía un "derecho al aborto" o a que el Estado debía garantizar el derecho a abortar de B., requirió al Estado que tomara las medidas médicas necesarias para asegurar la protección de los derechos a la vida, la integridad personal y la

46. *Ibíd*., nota 45, párr. 159.

47. *Ibíd*., nota 45, párr. 204.

48. *Ibíd*., nota 45, párr. 203.

49. *Ibíd*., nota 45, párr. 222.

salud de la peticionaria,[50] lo que en la práctica implicaba que se interrumpiera el embarazo.

En el ámbito europeo, el TEDH consideró que el artículo 8 del CEDH no puede ser interpretado en un sentido que confiera un derecho al aborto.[51] Sin embargo, ha entendido que la prohibición del aborto en casos donde corre riesgo la salud y/o el bienestar general de una persona entra en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y, en consecuencia, tiene protección convencional.[52]

En aquellos Estados en los que el aborto se encuentra legalmente reconocido, el TEDH sostuvo que debe ser accesible, lo cual implica que no deben presentarse impedimentos ni dificultades para acceder al procedimiento y se debe brindar un asesoramiento adecuado e imparcial.[53]

Asimismo, se debe organizar el sistema sanitario de manera que garantice que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia por parte de los/as profesionales de la salud no impida la prestación de ese servicio.[54]

---

50. Cf. Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, punto resolutivo 1.

51. Cf. TEDH, *Case of A, B and C v. Ireland,* Application N° 25579/05, Court (Grand Chamber), 16 December 2010, párr. 150.

52. *Ibíd*., nota 51, párrs. 152 y 195, y *Case of P. and S. v. Poland*, Application N° 57375/08, Court (Fifth Section), 30 October 2012, párr. 96.

53. *Ibíd*., nota 52, párrs. 106 y 108.

54. Cf. TEDH, *Case of Linda Steen v. Sweden*, Application N° 62309/17, Court (Third Section), 11 February 2020, párr. 21, y *Case of Ellinor Grimmark v. Sweden*, Application N° 43726/17, Court (Third Section), 11 February 2020, párr. 26. De modo similar, la CIDH entendió que "[l]a 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 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 […] 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

En el ámbito universal existen múltiples recomendaciones, observaciones generales e informes de países que reconocen el derecho de las personas gestantes a decidir autónomamente en cuestiones relacionadas a la interrupción de sus embarazos, sin interferencia por parte del Estado o de terceros.

Al respecto, se han pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[55] el Comité contra la Tortura,[56] el Comité de Derechos Humanos[57] y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.[58]

---

salud, deben establecer procedimientos de referencia, así como de las sanciones respectivas frente al incumplimiento de su obligación". *Ibíd*., nota 7, párrs. 95 y 99.

55. Entre otros, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, 34º período de sesiones (2005); Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de México, E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párr. 25, y Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Paraguay, E/C.12/PRY/CO/3, 28 de noviembre de 2007, párr. 21.

56. CCT, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Perú, 25 de julio de 2006, CAT/C/PER/CO/4, párr. 23, y Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Chile, 14 de junio de 2004, CAT/C/CR/32/5, párrs. 4.h) y 7.m).

57. El Comité DH ha analizado el tema del aborto legal y en condiciones de riesgo como una violación del derecho a la vida y ha encontrado una conexión entre abortos ilegales y realizados en condiciones de riesgo con las altas tasas de mortalidad materna. Entre otros, Comité DH, Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Bolivia, 5 de mayo de 1997, CCPR/C/79/Add.74, párr. 22; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Chile, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párr. 15; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, El Salvador, 22 de agosto de 2003, CCPR/CO/78/SLV, párr. 14; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Kenia, 25 de abril de 2005, CCPR/CO/83/KEN, párr. 14, y Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Paraguay, 24 de abril de 2006, CCPR/C/PRY/CO/2, párr. 10. Además, ha declarado la responsabilidad del Estado por no asegurar el acceso a servicios de aborto a una mujer de 17 años que estaba embarazada de un feto anencefálico. Cf. Comité DH, Communication No. 1153/2003, *K.L v. Perú*, 24 October 2005, CCPR/ C/85/D/1153/2003.

58. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre Austria, CRPD/C/AUT/CO/1, 30 de septiembre de 2013, párrs 14-15.

La CEDAW es el único tratado de derechos humanos que incluye de modo categórico el derecho de la mujer "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos" –artículo 16.e)–.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer reconoció la importancia del derecho de las mujeres a la salud durante el embarazo y el parto, ya que se encuentra estrechamente relacionado con su derecho a la vida.[59]

Para hacer que los servicios estén disponibles más rápidamente, previniendo así la mortalidad materna, el Comité exige que se eliminen los impedimentos para que las mujeres accedan a servicios de salud que pueden salvar sus vidas, como los altos costos, la autorización del cónyuge o los castigos impuestos a las mujeres que se someten a un aborto.[60]

También ha solicitado a los Estados que permitan el aborto al menos en casos de violación, incesto, amenazas contra la vida y/o la salud de la mujer, o en casos de severa malformación fetal, así como también proporcionar a las mujeres el acceso a servicios posteriores al aborto que sean de calidad, especialmente en casos de complicaciones derivadas de un aborto en condiciones de riesgo.[61]

Asimismo, ha manifestado que se deben eliminar las medidas punitivas para las mujeres que se someten a abortos y que el marco legal para el acceso al aborto debe contemplar un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada y que la opinión de ésta sea tenida en cuenta.[62] Si las perso-

59. *Ibíd*., nota 24, párr. 27.

60. *Ibíd*., nota 24, párr. 14.

61. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre Perú, CEDAW/C/PER/CO/7-8, 24 de julio de 2014, párr. 36; Observaciones finales sobre Sri Lanka, A/57/38, 1 de febrero de 2002, párr. 283; Observaciones finales sobre Angola, CEDAW/C/AGO/CO/6, 27 de marzo de 2013, párr. 32.g), y Observaciones finales sobre República Dominicana, CEDAW/C/DOM/CO/6-7, 30 de julio de 2013, párr. 37.c).

62. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Communication N° 22/2009, *L. C. v. Perú*, 25 November 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009, párr. 8.17.

nas encargadas de prestar servicios de salud se niegan a hacerlo "por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios".[63]

En relación con la Argentina, en el último informe realizado previo a la sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, determinó que el Estado debía instar a la reducción de la tasa de mortalidad materna, garantizando que las mujeres tuvieran acceso a servicios apropiados (incluidos servicios obstétricos de urgencia) en relación con el embarazo, como atención prenatal, de maternidad y posnatal, y se debían aumentar las partidas presupuestarias para la prestación de servicios ginecológicos y obstétricos en las zonas rurales y apartadas. Asimismo, sostuvo que el Estado debía velar por que las mujeres tengan acceso a servicios de aborto legal y sin riesgo y de atención posterior al aborto, y definir y aplicar requisitos estrictos de justificación para prevenir el uso general de la objeción de conciencia por los/as médicos/as que se niegan a practicar abortos, considerando en particular los casos de embarazo temprano como consecuencia de violación o incesto que pueden equivaler a tortura. Por último, señaló que el Estado debía acelerar la aprobación del proyecto de ley relativo a la interrupción voluntaria del embarazo aumentando el acceso legal al aborto, no solo en los casos de violación y de riesgo para la vida o la salud de la madre, sino también en otras circunstancias, como en los casos de incesto y riesgo de graves malformaciones del feto.[64]

De modo equivocado se ha afirmado reiteradamente que la CDN prohíbe el aborto a partir de una interpretación de su Preámbulo, que declara que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Sin embargo, el artículo 1 del tratado parece haber sido redactado de un modo neutral respecto de esta cuestión, ya que define al niño como todo ser

63. *Ibíd*., nota 24, párr. 11.

64. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 25 de noviembre de 2016, párr. 33.

humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley, haya alcanzado antes la mayoría de edad.[65]

Omitiendo cualquier postura vinculada a la protección del ser humano antes del nacimiento, el Comité de los Derechos del Niño pidió a los Estados Partes que adopten medidas con el fin de "reducir la morbimortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosos".[66] También instó a los Estados a que provean acceso a los servicios abortivos sin riesgo, como parte de los servicios de salud sexual y reproductiva, cuando el aborto no esté prohibido por la ley.

Respecto de la Argentina, en el año 2018 el Comité manifestó su preocupación, entre otras cosas, por la elevada incidencia de embarazos adolescentes y el alto riesgo de mortalidad materna entre las madres adolescentes y recomendó que se debe garantizar el acceso a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y tenida debidamente en cuenta en el proceso de decisión.[67]

Para aquel entonces todavía estaba vigente el artículo 86 del CPNA, que estipulaba que el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer encinta no era punible: a) si se hizo con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; o b) si el embarazo provenía de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Eso implica que ya en el año 1921 existían en el ordenamiento jurídico argentino dos causales de aborto no punibles.

La penalización del aborto, en la práctica, resultaba profundamente discriminatoria y reflejaba un sesgo de género y de clase, en tanto únicamente se

65. Cf. Meza-Lopehandía, G. M. (2016). *El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos.* Biblioteca Nacional de Chile: Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, p. 7.

66. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 33° período de sesiones (2003), párr. 31.

67. *Ibíd*., nota 19.

perseguía a las mujeres pobres que debían ser hospitalizadas luego de tener complicaciones en abortos realizados de manera clandestina. Las mujeres de clase alta o clase media desde siempre pudieron abortar de manera segura en consultorios privados, por lo que no tenían la necesidad de ir a un hospital público a que les salvaran su vida, con el riesgo de que quien las atendiera las denunciara penalmente.

Adicionalmente, si se hubiera querido perseguir a todas las personas que abortaron hubiera sido imposible, por el carácter altamente intrusivo de una investigación de este tipo, que difícilmente hubiera sido aceptada por la sociedad.

Otro aspecto sumamente injusto e ilegal era que los tribunales nacionales mantenían como práctica la judicialización de los casos de aborto no punibles, provocando una frustración de los derechos de las personas gestantes debido a que los tiempos judiciales no acompañaban los tiempos de duración de un embarazo.

Además, realizaban una interpretación restrictiva del CPNA, estableciendo que el término "salud" debía ser analizado en forma limitada –comprendiendo solo la salud física– y exigiendo que la violación hubiera sido cometida contra una mujer "idiota o demente" y que se hubiera realizado una denuncia o que existiera prueba de la violación.

Lo expuesto motivó a que el Comité DH condenara a la Argentina en el caso de una joven con discapacidad mental que había resultado embarazada como producto de la violencia sexual sufrida en el ámbito intrafamiliar. La joven y su madre debieron pasar por tres instancias judiciales para acceder a una decisión judicial favorable, que fue incumplida por el personal médico. Finalmente, el embarazo se interrumpió de manera privada. Para el citado órgano, la joven había sido víctima de tratos crueles e inhumanos y se había violado su derecho a la intimidad y a la tutela judicial efectiva.[68]

Esta interpretación fue duramente criticada por la CSJN en caso "F., A. L.", en el que sostuvo que, a la luz del principio de reserva constitucional –artículo 19 de la CN–,

68. Cf. Comité DH, Communication N° 1608/2007, *L.M.R. v. Argentina,* 28 April 2011, CCPR/C/101/D/1608/2007.

> la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.[69]

A su vez, entendió que a partir de los principios de igualdad y no discriminación, dignidad de las personas, estricta legalidad y *pro persona*, el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2 del CPNA abarcaba aquellos practicados en relación con cualquier embarazo producto de una violación, indistintamente de la capacidad mental de su víctima.[70]

De esta manera, ordenó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con competencia en la materia que implementaran e hicieran operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

En cuanto al momento en que comienza la vida, vale la pena recordar que en "Portal de Belén", un fallo plagado de afirmaciones sin fundamento, la CSJN señaló que "[e]l derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva".[71] Ello no solo no se desprende de ningún tratado o norma de derecho interno argentino,[72] sino que tampoco sirve para resolver conflictos de derechos, puesto que en numerosas ocasiones la vida cede frente a otros derechos que se encuentran en juego –ver capítulo 1 de este *Manual*–.

---

69. CSJN, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", *Fallos* 335:197, considerando 19.

70. *Ibíd*., nota 69, considerandos 15-18.

71. CSJN, "Portal de Belén Asociación Civil Sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", *Fallos* 325:292, considerando 12.

72. Hay quienes consideran que ello se derivaría del artículo 75, inciso 23 de la CN, aunque su finalidad no es la protección de la vida intrauterina, sino crear un régimen de seguridad social especial e integral que proteja a la persona gestante durante el embarazo. *Ibíd*., nota 68, considerando 9.

El Tribunal debía determinar si el fármaco "Imediat" poseía efectos abortivos al impedir el anidamiento del embrión en el endometrio.[73]

Resulta inédito que para resolver acerca de la posibilidad de que las mujeres tomen un medicamento que impida el embarazo, la CSJN haya recurrido a la siguiente afirmación: "[e]l hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".[74]

El Tribunal cometió un garrafal error al sostener que los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción.[75] Como ya explicamos, los tratados no se pronuncian respecto del momento en que comienza la vida.[76]

---

73. Debemos diferenciar la anticoncepción de emergencia, conocida como la "pastilla del día después" de los medicamentos abortivos. La primera es un método anticonceptivo que se toma hasta cinco días después de una relación sexual sin protección, cuando se usó en forma incorrecta o cuando tuvo un accidente con un método anticonceptivo. Su efecto es inhibir la ovulación y limitar el acceso de los espermatozoides. En este caso no se produce un aborto ya que, si la mujer ya está embarazada, la píldora no produce ningún efecto. La utilización de medicamentos para abortar se trata de un método alternativo o combinable al quirúrgico, con un altísimo porcentaje de efectividad y seguridad para la mujer que se realiza en su propia casa hasta la semana doce de embarazo inclusive. No solo es un tratamiento no invasivo, sino que evita la hospitalización, con las dificultades que el acceso a un establecimiento de salud implica para muchas personas. Estos fármacos, como el misoprostol y la mifepristona producen contracciones en el útero y la interrupción del embarazo.

74. *Ibíd.*, nota 71.

75. *Ibíd.*, nota 71, considerando 14.

76. Un error que se repetía con frecuencia era que, más allá de lo que indicaba el artículo 70 del Código Civil, la Argentina había formulado una reserva al artículo 1 de la CDN. Sin embargo, eso es falso, toda vez que el Estado, al momento de sancionar la Ley N° 23.849 -que aprobó la CDN- solamente formuló una reserva de algunos incisos del artículo 21 del tratado. Con relación al artículo 1, se limitó a realizar una declaración interpretativa -cuyo alcance en el Derecho Internacional es claramente diferente al de una reserva- en el sentido de que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". Esta declaración que formaba parte de una ley podía ser modificada por otra norma de igual jerarquía posterior sin ningún inconveniente, toda vez que no integra el tratado ni resulta vinculante para el resto de los Estados Partes en la Convención.

Finalmente concluyó que "todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo".[77]

En el año 2020, luego de un extenso debate que involucró a toda la sociedad, se sancionó la Ley N° 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que también regula la atención posaborto de las personas con capacidad de gestar, más allá de si se produjo o no en las situaciones previstas por la norma.

La norma legaliza el aborto, garantizando el acceso de todas las personas gestantes a esta práctica en los servicios del sistema de salud, al mismo tiempo que despenaliza dicha conducta, al modificar el artículo 86 del CPNA, que quedó redactado en los siguientes términos:

> [n]o es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce inclusive del proceso gestacional. Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante: 1) Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece años de edad, la declaración jurada no será requerida. 2) Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

Es decir, la ley no requiere que se formule una denuncia judicial o policial para acceder a la práctica médica.

Como explica Deza, siendo el aborto en el primer trimestre una opción legal en términos de autonomía, el Estado debe asegurar la prestación médica que es correlato del derecho a decidir, de forma tal de que la soberanía reproductiva no sea declamativa, sino efectivamente practicable por cualquier persona con capacidad biológica de gestar.[78]

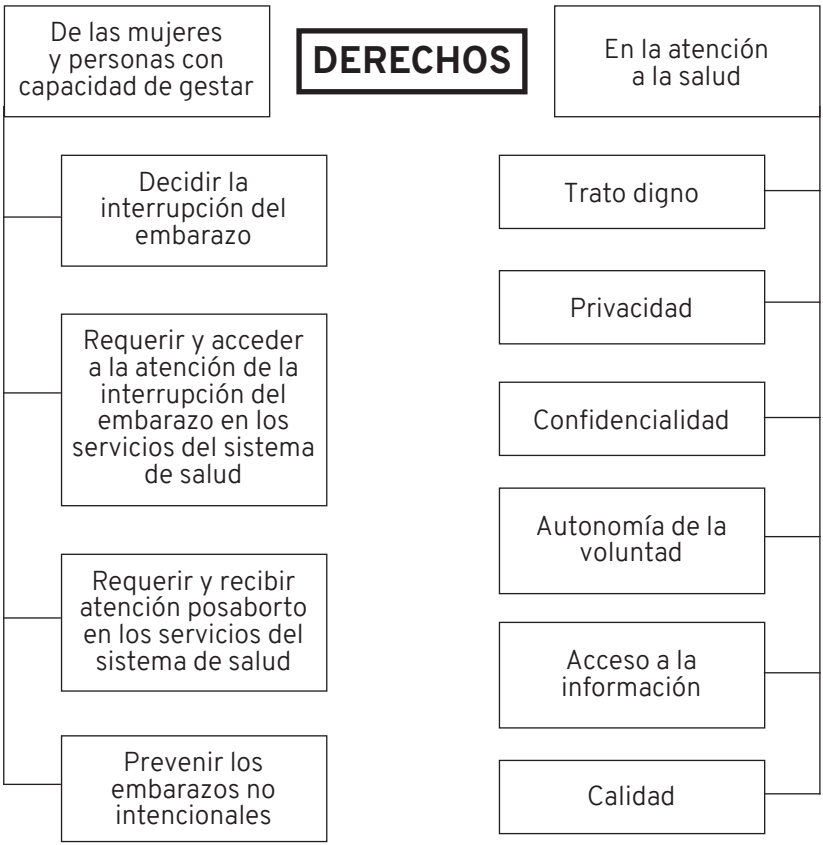
La determinación del primer trimestre como límite para realizar la IVE obedece no solo al desarrollo del sistema nervioso del feto, sino también a

77. *Ibíd*., nota 71, considerando 10.

78. Cf. Deza, S., nota 43, p. 81.

que, cuanto más avanzado sea el embarazo, mayor viabilidad tiene el feto; es decir, puede vivir por sí mismo fuera del útero, aún asistido artificialmente.

A continuación, graficamos los derechos que la ley concede a las personas con capacidad de gestar (artículo 2) y los que establece en favor de la atención de la salud (artículo 5).



Uno de los derechos más importantes relacionados con el aborto es el derecho a acceder a información actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles, sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. El personal de

salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita. Ello obedece a que muchas personas gestantes no conocen la ley y los derechos que esta otorga.

En cuanto al consentimiento informado previo de la persona gestante, se requiere que sea expresado por escrito, mediante documento en el que, luego de recibir la información pertinente, manifiesta haber decidido en forma autónoma y libre interrumpir el embarazo que cursa. En tanto se está en presencia del ejercicio de un derecho personalísimo, nadie puede ser sustituido en su ejercicio –artículo 7–.

Cualquier profesional de la salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción de un embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia para resguardar sus íntimas convicciones morales cuando no puedan ser conciliadas con el cumplimiento de los deberes y obligaciones legales –artículo 10–.

Este derecho posee límites en su ejercicio: la no obstaculización de la práctica y la buena fe. Por ello, tal objeción jamás puede impedir el ejercicio de derechos por parte de las personas gestantes. Además, debe ser mantenida en todos los ámbitos en los que se ejerce la profesión, terminando con la hipocresía de quienes se negaban a realizar abortos en hospitales, pero accedían a hacerlo de forma onerosa en sus consultorios particulares. Las dilaciones injustificadas, la provisión de información falsa y la no derivación de buena fe y de manera efectiva constituyen actos contrarios a la ley, que pueden ser sancionados administrativa, civil y/o penalmente.

La objeción no abarca las acciones necesarias para garantizar la atención integral de la salud, sean previas o posteriores a la interrupción del embarazo, como la realización de ecografías, dispensa de medicamentos, anestesia y seguimiento posaborto, entre otras.

Por último, la objeción de conciencia es individual y no institucional. Es decir, los establecimientos de salud –privados o públicos– en los que no haya profesionales que puedan garantizar la práctica porque ejercieron de forma

individual la objeción de conciencia tienen que derivar de buena fe a otro efector para garantizar la atención de la persona gestante –artículo 11–.

Conforme lo prevén los artículos 8 y 9 de la norma, tanto las personas menores de edad como las personas con capacidad restringida tienen derecho a abortar de forma autónoma, con las particularidades que aquí se detallan brevemente.

Respecto de las personas menores de edad, a partir de una interpretación armónica del artículo 26 del CCyCN y de la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, debemos diferenciar tres situaciones: a) adolescentes de más de 16 años: siempre pueden acceder a la interrupción de un embarazo sin necesidad de estar asistidas/os, ya que son consideradas/os como personas adultas para decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo; b) adolescentes desde 13 hasta 16 años: pueden, en general, acceder a la interrupción de un embarazo sin necesidad de asistencia. Solo en los casos en que por algún motivo particular la realización de la práctica implique un peligro grave para su salud o su vida es necesario que estén asistidas/os por un/a referente afectivo/a, por personas que ejerzan roles de cuidado o personas allegadas indicadas por la persona adolescente;[79] y c) menores de 13 años: pueden acceder a la interrupción de un embarazo con la asistencia de la persona que ejerza rol de cuidado, persona allegada o referente afectivo/a, quienes deben participar en conjunto con la persona menor de 13 años en la toma de decisiones y deben firmar también el consentimiento informado.

Por su parte, las personas con discapacidad tienen derecho a solicitar y acceder a la interrupción del embarazo por sí mismas, así como a negarse a que se les practique un aborto sin su consentimiento, en igualdad de condiciones que el resto de las personas con capacidad de gestar. Para ello, el personal de salud debe proporcionarles la información de forma accesible y adecuada para que la persona pueda decidir con plena comprensión de las circunstan-

79. Se considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva, en general, y todos los métodos anticonceptivos transitorios, en particular –incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos (DIU)–, no son prácticas invasivas que comprometan el estado de salud, por lo que desde los 13 años las personas pueden acceder a aquellos en forma autónoma, así como al diagnóstico de VIH y a la prueba de embarazo.

cias. La accesibilidad se vincula con la necesidad de adaptar las prácticas de salud por medio de ajustes razonables, tal como lo prevé el artículo 2 de la CDPD. Por ejemplo, se deberán modificar espacios de consulta/áreas administrativas o adaptar el lenguaje utilizado y los materiales informativos a fin de que sean comprensibles.

El aspecto más importante en relación con las personas con discapacidad –principalmente intelectual– se vincula con la forma y/o el modo en que prestarán el consentimiento informado para la práctica. Aquí debemos diferenciar dos situaciones: a) persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la ley: podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseare, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del CCyCN. Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la persona titular del derecho; y b) persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la ley o persona declarada incapaz judicialmente: debe prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o de las personas que actúan como sistema de apoyo, según haya sido determinado en dicha sentencia, o a falta o ausencia de estas, la de una persona allegada de su elección, en los términos del artículo 59 del CCyCN. Al igual que en el sistema de apoyo, la asistencia no equivale, en ningún caso, a una sustitución en el ejercicio de los derechos reconocidos en la ley.

Capítulo 9

Derecho a la vivienda

Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey

Aunque los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, ciertos derechos actúan como una especie de "plataforma" sobre la cual otros se asientan y se consolidan. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vivienda, puesto que constituye un elemento fundamental para el pleno ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la salud, a la vida digna, a la alimentación y al agua.[1]

En este sentido, la CSJN sostuvo que

> el alumbrado y el agua pueden reemplazarse, si fueren excesivamente onerosos, por otros medios más rudimentarios. Es posible alimentarse o abrigarse más o menos bien [...] Pero no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación.[2]

1. En efecto, la CSJN sostuvo que "el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales […] un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes". Cf. CSJN, "Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJP s/amparo", *Fallos* 329:1638, y "Chamorro, Carlos c/Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/amparo", *Fallos* 331:453.

2. CSJN, "Ercolano, Agustín c/Lanteri Renshaw, Julieta s/consignación", *Fallos* 136:161.

Nuestra CN consagra desde el año 1957 el derecho a la vivienda en el artículo 14 *bis*, que indica que "la ley establecerá [...] el acceso a una vivienda digna". Esta manda constitucional fue robustecida a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, consagrados en el artículo 75, inciso 22, que reconocen expresamente este derecho.

Así, la vivienda adecuada fue reconocida como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en el artículo 25 de la DUDH, en el artículo 11 del PIDESC, en el artículo 17 del PIDCP, en el artículo 14 de la CEDAW, en los artículos 1, 16 y 23 de la CDN, en el artículo 34 de la Carta de la OEA y en los artículos 9 y 28 de la CDPD.

Con relación al contenido de este derecho, el órgano que exhibe una mayor producción al respecto es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, posiblemente porque el PIDESC sea la más amplia, y quizás la más importante, de todas las disposiciones sobre la materia.

En su Observación General N° 4 señaló que

> el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.[3]

Para el Comité, el concepto de vivienda adecuada

> significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.[4]

3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 4, *El derecho a una vivienda adecuada*, 6° período de sesiones (1991), párr. 7.

4. *Ibíd*., nota 3.

Los elementos que caracterizan a este derecho son:

a) Seguridad jurídica de la tenencia: todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.[5]

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, entre los que se encuentran el agua potable, la energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado e instalaciones sanitarias, de aseo y de eliminación de desechos.

c) Gastos soportables: los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. De ello se deriva que los Estados deben impedir niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres, por ejemplo. Asimismo, deben crear subsidios de vivienda para quienes no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda.

d) Habitabilidad: debe ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

e) Asequibilidad: los Estados deben conceder a los grupos en situación de vulnerabilidad un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda, garantizando cierto grado de consideración prioritaria, por ejemplo, a NNyA, personas con discapacidad, adultos mayores, enfermos terminales, personas con problemas médicos persistentes y personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres naturales. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos.

5. Al respecto, se ha señalado que la vivienda tiene que ser segura, tanto desde lo estructural como desde lo sanitario; estar libre de hacinamiento; y su tenencia debe estar protegida por las leyes locales. Desde esta óptica, que se les brinde un refugio a las personas no puede significar que hayan accedido a un hogar digno. Por ende, los Estados deben auxiliar a las personas que puedan solventar los costos necesarios para acceder a una morada y pagar su renta actual y gastos de servicio y mantenimiento a largo plazo. Cf. Comité Europeo de Derechos Sociales, Conclusiones 2003 respecto de Bulgaria, Francia e Italia, vol. 1, pp. 221 y 348.

f) Accesibilidad: debe estar en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para NNyA, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente importante en ciudades grandes y zonas rurales, donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres.

g) Adecuación cultural: que asegure los servicios tecnológicos modernos.[6]

Por otro lado, no debe olvidarse que al derecho a la vivienda se le aplican los mismos estándares que al resto de los DESCA. Por ende, si bien se rige por los principios de progresividad, no regresividad y utilización del máximo de los recursos disponibles, los Estados Partes asumen una obligación mínima inderogable destinada a asegurar la satisfacción de, por lo menos, ciertos niveles esenciales de goce de este derecho, pues sin ella el PIDESC carece de su razón de ser.[7]

6. *Ibíd*., nota 3, párr. 8. El TEDH consideró violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio en un caso de relocalización de personas gitanas en viviendas sociales que no se correspondían con su modo de vida. Cf. TEDH, *Case of Winterstein and others v. France*, Application Nº 27013/07, Court (Fifth Section), 17 October 2013, párr. 167. Sobre el particular, la Corte IDH consideró en un caso que los miembros de una comunidad vivían en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por la precariedad del asentamiento en el que se encontraban a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras. Entre otros derechos, ello implicó una violación al acceso a una vivienda adecuada, por lo que la elección y entrega de tierras alternativas debía ser consensuada con los interesados, conforme a sus procedimientos. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, Nº 125, párrs. 143-163. En el otro caso en el que el Tribunal regional analizó la posible violación del derecho a la vivienda, en lugar de hacerlo desde la perspectiva de los DESCA –artículo 26 de la CADH–, lo hizo como una posible afectación al derecho a la propiedad que había sido destruida –artículo 21 de la CADH–. Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párrs. 256-260.

7. Rey, S. A. (2013). ¿Existe un derecho a la vivienda adecuada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? *Revista de Derechos Humanos*, *1*(2), 7.

Asimismo, hay ciertas medidas, como abstenerse de ciertas prácticas y facilitar la ayuda a los grupos más afectados, que deben tomarse de forma inmediata, independientemente del estado de desarrollo de cada país.[8]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó la necesidad de que los Estados elaboren una estrategia nacional y un plan de acción para garantizar el derecho a una vivienda adecuada; que velen porque la construcción de viviendas sociales se destine prioritariamente a los grupos más desfavorecidos;[9] y que se asignen recursos suficientes para aumentar la oferta de viviendas sociales y se ofrezcan modalidades apropiadas de ayuda financiera, como subsidios de alquiler o viviendas de alquiler asequibles.[10]

Al analizar la situación argentina, en el año 2018 el Comité expresó su preocupación por el incremento de los asentamientos informales sin acceso a servicios básicos, en tanto que el presupuesto de las políticas de vivienda había sufrido un recorte muy significativo. Asimismo, se refirió a que más del 10% de las viviendas carecían de conexión de agua potable y más del 30% de servicios de alcantarillado. También se mostró preocupado porque subsistía un marco normativo inapropiado para los desalojos y por las denuncias documentadas de desalojos que, en ausencia de protocolos de actuación de las fuerzas públicas, fueron realizados con violencia. Finalmente, destacó el impacto negativo de la especulación en terrenos, bienes raíces y construcción sobre la accesibilidad y asequibilidad de la vivienda.[11]

A nivel jurisprudencial resulta indispensable hacer referencia al fallo "Quisberth Castro" dictado por la CSJN en el año 2012.

---

8. *Ibíd.*, nota 3, párr. 10.

9. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el segundo y tercero informe periódico de Camerún, 23 de enero de 2012, E/C.12/CMR/2-3, párr. 22.

10. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto a sexto informe periódico de Bielorrusia, 13 de diciembre de 2013, E/C.12/BLR/CO/4-6, párr. 23, y Observaciones finales sobre el segundo y tercer informe periódico de Tayikistán, 25 de marzo de 2015, E/C.12/TJK/CO/2-3, párr. 27.

11. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 12 de octubre de 2018, E/C.12/ARG/CO/4, párrs. 47 y 48.

La actora, una mujer de nacionalidad boliviana, convivía con su hijo de seis años que padece una patología congénita de tipo neurológico -encefalopatía no evolutiva- que afecta gravemente su desarrollo intelectual. En función de ello, el niño sufre un severo retraso en el aspecto cognitivo y tiene defectos auditivos y visuales, por lo que requiere atención constante para deambular, alimentarse, vestirse y comunicarse con los demás.

En base a una práctica ya extendida de litigio en materia de vivienda en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de garantizar el acceso a la vivienda, tanto en primera como en segunda instancia se le ordenó al Estado que proveyera un subsidio que les permitiera, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acreditaran nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad había cesado.

Sin embargo, esa decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, que sostuvo que el PIDESC indica que los Estados Partes no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante que adolezca de esa necesidad, sino que su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles.[12]

A su vez, destacó que deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos reconocidos en el PIDESC. Esta mejora tiene que ser medida respecto del conjunto general de la población y no según lo que toque a cada persona, pues

12. Estos argumentos fueron fijados por primera vez por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", 12 de mayo de 2010. En un valiente voto en disidencia, la jueza Ruiz afirmó que "el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el 'máximo de los recursos' de que dispone. Y, una remisión genérica e infundada a la cláusula de disponibilidad de recursos no satisface el requisito indicado ya que carece de seriedad y no está sustentada en pruebas. El GCBA debió probar que no sub-ejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas".

para el Tribunal, lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual. Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

A partir de los criterios señalados, se concluyó que la demandada solo debía garantizar el "contenido mínimo" del derecho a la vivienda, que consiste en brindar "abrigo" a quienes carecen de un techo. En el caso concreto, ello consistiría en el funcionamiento de una red de albergues y paradores estatales para quienes se encuentran en "situación de calle".

La CSJN revocó dicha decisión, destacando que la reforma constitucional de 1994 reforzó el mandato de tutela para determinados grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que corresponde incluir a los NNyA y a las personas con discapacidad –cf. artículo 75, inciso 23–.

A ello debe sumarse el deber especial de protección que surge de la CDPD, la CDN y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Otro aspecto fundamental de la sentencia es que, si bien la CSJN reconoció las facultades que la Constitución les asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado, destacó que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.[13]

13. CSJN, "Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo", *Fallos* 335:452, considerando 11. En cuanto a la "objeción democrática" en materia de exigibilidad judicial del derecho a la vivienda, se confía en que el proceso político corregirá las omisiones e insuficiencias en el actuar de los poderes Legislativo y Ejecutivo. No obstante, es discutible cómo personas sin vivienda podrían intervenir significativamente en el debate político o en estrategias para presionar a los entes estatales. Cf. Etchichury, H. J. (2017). Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos. En F. G. Thea y M. Benente (comps.), *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. José C. Paz: EDUNPAZ, pp. 40 y 41. En este sen-

Ello implica que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, el Poder Judicial debe dar una respuesta a personas que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes y la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando buscan acceder a la justicia.

Si bien puede admitirse que no hay una única manera de garantizar el derecho de vivienda, las alternativas implementadas por la Ciudad de Buenos Aires ‑paradores o un subsidio que tiene un plazo máximo de diez meses‑ no daban una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debía afrontar la actora.[14]

Por otra parte, como bien advirtió en su voto el juez Petracchi,

> la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es una mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna; tanto es así que la propia ley local 3706 considera "en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno" (art. 2).[15]

Además, muchos jueces y juezas equivocadamente consideran que el estándar de satisfacción de "niveles esenciales" que disponen los tratados de derechos humanos es la obligación a la que el Estado se comprometió para

---

tido, consideramos que un pronunciamiento de la CSJN sobre los alcances del derecho a la vivienda ayuda a promover la deliberación democrática al dirigir la atención pública a intereses que de otra manera serían ignorados en la vida política diaria.

14. *Ibíd*., nota 13, considerando 13.

15. *Ibíd*., nota 13, voto del juez Petracchi, considerando 14. El magistrado agregó que "los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires. Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda".

cualquier circunstancia, cuando en realidad, por lo básico de su contenido, se aplica únicamente a situaciones de grave emergencia económica y social.

Ello obedece a que los estándares del PIDESC se aplican a todos los Estados, independientemente de sus niveles de desarrollo y sus disímiles situaciones económicas, sociales y políticas. Por ende, resulta evidente que no se le exigirán las mismas medidas en materia de DESCA a todos los Estados a los fines de respetar la obligación de desarrollo progresivo.[16]

La obligación general aplicable a todos los Estados Partes en todo momento se vincula con la erradicación de la marginalidad más extrema. La garantía a todas las personas de la vivienda básica se vincula con situaciones de limitaciones graves de recursos causadas por prolongados procesos de recesión económica o por otros factores, como podrían ser desastres naturales, que exceden las posibilidades de los Estados de desarrollar progresivamente los DESCA e implican un retroceso en su goce. Es ahí donde aparecen los niveles mínimos de goce de cada derecho, no en situaciones de normalidad.

Frente al argumento de que los recursos eran insuficientes, la CSJN señaló que

> sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes [...] los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo.[17]

Si bien no analizó si la demandada había efectivamente utilizado el máximo de los recursos disponibles, la CSJN entendió que no se había realizado una utilización eficaz de los recursos, ni se buscó una solución de "bajo costo".[18]

16. Cf. Rey, S. A. (2017). El análisis presupuestario: el gran ausente a la hora de resolver amparos en materia de derecho a la vivienda. En F. G. Thea y M. Benente (comps.), nota 13, p. 55.

17. *Ibíd*., nota 13, considerando 14.

18. El juez Petracchi tampoco efectuó dicho examen, aunque por razones distintas a la mayoría, en tanto consideró que la demandada no había cumplido siquiera mínimamente con la carga probatoria de aportar información fehaciente y concreta sobre las restricciones pre-

Creemos que, en la actualidad, la información relativa a la ejecución presupuestaria de los Estados puede ser obtenida por cualquier persona, por lo que forma parte del trabajo de los/as operadores/as jurídicos/as conseguir el presupuesto y luego analizar su grado de ejecución a los fines de dar por tierra con el argumento de que los DESCA son onerosos y no hay recursos para garantizarlos.

Ello permitiría que jueces y juezas tengan suficientes herramientas para, sin modificar las previsiones presupuestarias establecidas por el Poder Legislativo, garantizar en un mayor grado los DESCA de la población. Y, sobre todo, se acabaría con el mito de que la concreción de los DESCA es una utopía.[19]

Más allá de lo señalado en los párrafos anteriores, la realidad muestra que los estándares utilizados por la CSJN en "Quisberth Castro" en general no son seguidos, salvo en contadas excepciones. Incluso el Máximo Tribunal declara inadmisibles cientos de recursos extraordinarios o de queja en los que se discuten cuestiones habitacionales.

Además, hay quienes consideran que los referidos estándares se aplican únicamente a situaciones similares a la del grupo familiar de la Sra. Quisberth Castro; es decir, una madre migrante con un hijo menor de edad con discapa-

supuestarias alegadas y sobre la utilización del presupuesto destinado a la función vivienda. El análisis de la utilización de los recursos disponibles a nivel presupuestario en materia de vivienda puede verse en Rey, S. A. (2013), nota 7, pp. 28-36. Allí, por ejemplo, se destaca que desde el año 2009 el presupuesto total de la Ciudad de Buenos Aires se incrementó todos los años, lo cual era una clara muestra de que había crecimiento económico y más fondos, pese a que los destinados a la Función Vivienda se mantuvieron estables e incluso disminuyeron para el año 2013. Asimismo, quedaba en evidencia la clara subejecución del presupuesto destinado a satisfacer la función vivienda, ya que, en general, se había ejecutado un promedio del 55% de los fondos asignados. Las estadísticas mostraban que la política de vivienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tenía una alta eficacia en la ejecución de los gastos corrientes (pago de servicios y hoteles) que no soluciona el problema de fondo en materia de vivienda, que contrastaba con un gran déficit en materia de gastos de capital (construcción de viviendas nuevas).

19. *Ibíd*., nota 16, p. 77.

cidad. En base a ese criterio, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha continuado rechazando amparos en materia de vivienda.[20]

Como bien señala Ruiz, surgiría una suerte de ranking de miserias,[21] según el cual habría que analizar si quien acude a la justicia reúne o no suficientes desgracias y, en función de ellas, "concederle" el derecho a un subsidio que saque a esa persona momentáneamente de su situación de calle.

Una problemática muy importante vinculada con el goce del derecho a la vivienda son los desalojos. La Comisión DH ha señalado que "la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos".[22]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los ha definido como

> el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.[23]

Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones del PIDESC.

---

20. A modo de ejemplo, ver Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, "Gonza, Diego Alejandro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", 10 de junio de 2015, voto del juez Casás, considerando 3.

21. Cf. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, "Soto Chamorro, María Luisa y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", 20 de mayo de 2015, disidencia de la jueza Ruiz, considerando 6.

22. Comisión DH, Resolución 1993/77, Desalojamientos forzosos, 10 de marzo de 1993, párr. 1.

23. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 7, *El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos*, 16º período de sesiones (1997), párr. 3. En ciertas circunstancias se ha reconocido que los desalojos forzosos pueden asimilarse a los tratos crueles e inhumanos. Cf. CCT, Communication No. 161/2000, *Hajrizi Dzemajl and others v. Yugoslavia*, CAT/C/29/D/161/2000, 2 December 2002.

Como explica López Vergara,

> parece dudoso que quien subviene cómodamente a sus necesidades y las de sus hijos, opte por recurrir a la toma de predios o por la usurpación de un inmueble. Los conventillos de otrora de los inmigrantes de principios de siglo XX hoy se han trocado por las conocidas "casas tomadas" de personas en estado de vulnerabilidad mayormente.[24]

Para el Comité, los Estados deben sancionar una legislación contra los desalojos forzosos, que debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras; b) se ajusten al Pacto; y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. Además, estas medidas deben ser adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que lleven a cabo, sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas.[25]

En un párrafo trascendental de la Observación General Nº 7 sostuvo que

> [a]unque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo, en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados.[26]

Antes de que se lleve a cabo un desalojo, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados deberían velar por que se estudien en consulta con las personas interesadas todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Las personas afectadas tienen derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas.[27]

---

24. López Vergara, P. (2015). Derecho a la vivienda adecuada. *Revista de Derechos Humanos*, año III, (6-A), 116.

25. *Ibíd*., nota 23, párr. 9.

26. *Ibíd*., nota 23, párr. 11.

27. *Ibíd*., nota 23, párr. 13.

Los desalojos que estén justificados deberán llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones de derechos humanos y respetando los principios de razonabilidad y la proporcionalidad. Asimismo, la legislación debe especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse las injerencias al domicilio de una persona.[28]

El Comité consideró que

> entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.[29]

Por último, señaló que los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Esta cuestión es muy importante, porque cuando las personas desalojadas no dispongan de recursos, el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se les proporcione otra vivienda, se las reasiente o accedan a tierras productivas, según proceda.[30]

En particular, el Comité ha recomendado a los Estados que garanticen que las personas interesadas sean avisadas con antelación suficiente, que tengan la

28. *Ibíd*., nota 23, párr. 14.

29. *Ibíd*., nota 23, párr. 15.

30. *Ibíd*., nota 23, párr. 16.

posibilidad de interponer un recurso adecuado y que, en la práctica, ninguna persona se encuentre sin techo después de ser expulsada.[31]

Si bien no es común que la CSJN se involucre en casos de desalojo –puesto que en general se llevan adelante antes de que las personas afectadas puedan arribar por alguna vía recursiva ante el Tribunal–, no se ha mostrado contemplativa de la situación de NNyA que habitan inmuebles cuya restitución haya sido ordenada.

Compartiendo los fundamentos del Procurados Fiscal, ha sostenido que

> entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia, ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, considero que, si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él.[32]

En definitiva, el Tribunal solo pareciera dispuesto a ordenar que, con tiempo suficiente, se ponga en conocimiento de las autoridades competentes la existencia del proceso a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos de los NNyA, puedan recurrir a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que la implementación de la medida de restitución anticipada podría generar. Esto vuelve indispensable la intervención de las Defensoría de Menores o la asesoría tutelar correspondiente.

Sobre el particular, el artículo 43 de la Ley N° 27.149 dispone que los defensores públicos de menores e incapaces tienen el deber de intervenir, en forma complementaria, en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de NNyA y, en forma principal, cuando los derechos o intereses de sus asistidos estén comprometidos y existiera inacción de sus representantes.

31. *Ibíd*., nota 9, párr. 23, y Observaciones finales sobre el segundo a cuarto informe periódico de Egipto, 13 de diciembre de 2013, E/C.12/EGY/2-4, párr. 20.

32. CSJN, "Escobar, Silvina y otros s/inf. art. 181, inc. 1° C.P", *Fallos* 336:916, considerando 1.

La falta de intervención acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones.[33]

Para concluir, queremos destacar que en el año 2021 se sancionó la Ley N° 27.654, de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina, que tiene por objeto garantizar integralmente y hacer operativos los derechos humanos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle.

La norma reconoce que la situación de calle y el riesgo a la situación de calle son estados de vulnerabilidad social extrema que implican una grave restricción para el ejercicio de los derechos consagrados en la CN y los tratados internacionales de derechos humanos –artículo 5–.

El artículo 4 define a las personas en situación de calle como "quienes, sin distinción de ninguna clase, sea por su condición social, género, edad, origen étnico, nacionalidad, situación migratoria, religión, estado de salud o cualquier otra, habiten en la calle o en espacios públicos en forma transitoria o permanente, utilicen o no servicios socio-asistenciales o de alojamiento nocturno, públicos o privados".

Por su parte, las personas en riesgo a la situación de calle son quienes: a) residan en establecimientos públicos o privados –sean médicos, asistenciales, penitenciarios u otros– de los cuales deban egresar por cualquier causa en un plazo determinado y no dispongan de una vivienda para el momento del egreso; b) se encuentren debidamente notificadas de una situación inminente de desalojo o de una resolución administrativa o sentencia judicial firme de desalojo, y no tengan recursos para procurarse una vivienda; o c) habiten en asentamientos precarios o transitorios sin acceso a servicios públicos esenciales o en condiciones de hacinamiento que afecten su integridad psicofísica, que no califiquen como barrios populares conforme la Ley N° 27.453.

33. Cf. CSJN, "Rivera, Rosa Patricia (en nombre representación de sus hijos menores) c/Estado Nacional y/o Est. Mayor Gral. del Ejército Arg. s/daños y perjuicios ordinario", *Fallos* 333:1152, "Van Praet, Carlos Luis c/Saint Martin, Gastón y otra s/sumario", *Fallos* 325:1347, y "Pastrana, María Cristina y otros c/Municipalidad de Coronel Pringles y otro s/daños y perjuicios", *Fallos* 330:4498.

Con claridad se reconoce que tienen derecho al acceso efectivo a una vivienda digna de carácter permanente, para lo cual el Estado debe elaborar e implementar políticas públicas de vivienda, de carácter federal, inclusivas e integrales, y los planes para la construcción de viviendas deben contemplar una cuota o proporción destinada a dar solución a las situaciones comprendidas en la ley –artículo 10–.

Asimismo, tienen derecho al acceso y uso de los servicios, de la infraestructura y de los espacios públicos sin discriminación –aunque no puede configurarse en una acción organizada y permanente– y al acceso pleno a los servicios socio-asistenciales y de salud prestados por instituciones públicas o privadas con convenio con el Estado y a los servicios de apoyo para el acceso a un trabajo digno. Tendrán acceso prioritario a los programas y tratamientos para los consumos problemáticos, la salud mental y las discapacidades, de acuerdo con las particularidades de quien solicite el servicio.

El Estado debe realizar acciones positivas tendientes a evitar y eliminar toda discriminación o estigmatización hacia las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle.

Adicionalmente, debe realizar un relevamiento anual de personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle, de alcance nacional, con la participación de profesionales y organizaciones sociales, que suministre información para el diseño e implementación de políticas públicas.

En cuanto a los programas de política existentes en la materia deben ser mantenidos o integrados a los programas que resulten de la aplicación de esta ley y se consagra la prohibición de regresividad –artículo 12–.

Finalmente, el artículo 16 dispone que la autoridad de aplicación –el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación–, en forma coordinada y articulada con los organismos nacionales y locales competentes, creará una red nacional de centros de integración social, con las siguientes características: a) estarán dedicados a personas adultas solas, según su género, o a grupos familiares, con un área institucional específica para familias con NNyA; b) serán de acceso voluntario e irrestricto, con una prestación continua y permanente, veinticuatro horas por día, todos los días del año; c) proveerán prestaciones básicas de alojamiento, alimentación, higiene, cuidados primarios de la sa-

lud, espacios terapéuticos, talleres y actividades de formación, capacitación y ocupación laboral; y d) tendrán una metodología de trabajo interdisciplinaria y colectiva con el fin de desarrollar y contemplar instrumentos que permitan realizar un acompañamiento y seguimiento de las personas destinatarias y definir participativamente las mejores formas de intervención.

Se procurará la adaptación de los actuales establecimientos de alojamiento nocturno (paradores, hogares, refugios u otros) a las modalidades enunciadas en la ley y se crearán nuevos centros de integración social.

Capítulo 10

Derecho a la alimentación

Marcos Filardi y Sebastián A. Rey

Como hemos visto, todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. Si no comemos, morimos. Si no nos alimentamos adecuadamente, enfermamos.

Por eso, el derecho humano a la alimentación adecuada está indisolublemente relacionado de manera muy directa con el derecho a la vida, al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, a la integridad personal, al ambiente sano, al agua y al saneamiento. Es un componente esencial del derecho a la existencia.

Pero como la alimentación es un "hecho social total" –que es producto de relaciones sociales, produce relaciones sociales y atraviesa todas las dimensiones de la vida social, materiales y simbólicas– el derecho humano a la alimentación adecuada está directa o indirectamente relacionado con todos los demás derechos humanos. Refracta y refleja la vida social en su conjunto.

A pesar de ser la alimentación una necesidad esencial de todo ser humano para seguir existiendo, llevó mucha lucha y tiempo su reconocimiento normativo como derecho humano. La primera referencia la encontramos en la DUDH de 1948, en la cual el derecho humano a la alimentación adecuada no aparece mencionado directamente, sino como componente "del derecho humano a un nivel adecuado para sí" –artículo 25.1–.

Los tratados de derechos humanos que se adoptaron con posterioridad lo fueron reconociendo en términos más implícitos o explícitos. Así, el reconocimiento normativo del derecho humano a la alimentación adecuada es (casi) universal: de los 197 Estados del mundo, 196 son Parte de la CDN, 189 de la

CEDAW y 171 del PIDESC, solo por mencionar tres tratados universales que de manera clara reconocen el derecho humano a la alimentación adecuada.[1]

En el ámbito americano se encuentra mencionado, en el artículo 34.j de la Carta de la OEA, el artículo XI de la DADH y el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador.

Además de en los instrumentos mencionados, que la Argentina ha ratificado, el derecho humano a la alimentación adecuada también tiene reconocimiento constitucional,[2] por lo cual todas las leyes, decretos, resoluciones y prácticas de los poderes públicos de los tres niveles del Estado (nacional, provincial y municipal) deben adecuarse a lo establecido en los referidos textos.

A modo de ejemplos de normas federales que reconocen el derecho a la alimentación adecuada, podemos mencionar la Ley N° 25.724 que crea el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación, destinado a cubrir los requisitos nutricionales de niños y niñas hasta los 14 años, embarazadas, personas con discapacidad y adultos mayores, en situación de pobreza;[3] la Ley N° 25.459 de Leche Fortificada y la Ley N° 26.588 que obliga a quienes prestan servicios médicos asistenciales a brindar cobertura a las personas con celiaquía, que comprende la detección, el diagnóstico, el seguimiento y el tratamiento de la misma, incluyendo la cobertura de harinas y premezclas libres de gluten.

Pese a lo expuesto, el reconocimiento y apropiación social de este derecho es aún bajo. En la economía de mercado capitalista dominante la alimentación

1. Para un análisis más profundo de las fuentes del derecho humano a la alimentación adecuada, ver Filardi, M. (2012). El derecho humano a la alimentación adecuada. En S. A. Rey (ed.), *Problemas Actuales de Derechos Humanos, Nº 1*. Buenos Aires: Eudeba, pp. 67-133.

2. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 bis, 18, 33, 42, 43 y 75, inc. 22, de la CN.

3. Esta norma fue reglamentada por el Decreto N° 1018/03, que en sus considerandos señala: "en la Constitución Nacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las Convenciones Internacionales que el país ha suscrito se establece el derecho de todas las personas a la satisfacción de las necesidades básicas, entre ellas la alimentación, como una condición de la calidad de vida", y que "el derecho de las personas a tener una alimentación que respete la diversidad de pautas culturales y sea nutricionalmente adecuada y suficiente constituye la denominada Seguridad Alimentaria".

está tan instalada en el imaginario colectivo como "mercancía" que cuesta aprehenderla bajo otros enfoques y paradigmas, como el de los derechos humanos.[4]

Este es un gran desafío que tenemos por delante, porque si no incrementamos el reconocimiento y apropiación social de la alimentación como un derecho humano –en otras palabras, si no nos asumimos individual y colectivamente como titulares de un derecho humano a la alimentación adecuada– difícilmente nos movilicemos para exigir su realización efectiva y su justiciabilidad.

Al analizar el contenido del artículo 11 del PIDESC, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 12 –que cuenta con el análisis más completo al día de hoy sobre la definición, contenido y obligaciones de los Estados respecto del derecho humano a la alimentación adecuada– señaló que el derecho humano a la alimentación adecuada "se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla".[5]

En la Argentina esta definición cuenta con una amplia legitimidad, toda vez que el PIDESC tiene jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", lo cual significa, en palabras de la CSJN, tal como el tratado "efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"[6] , que, en el caso, es el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

4. Pongamos un ejemplo. Si una persona fue detenida ilegalmente y torturada muy probablemente estaremos de acuerdo en que ha sufrido una violación a sus derechos humanos. ¿Ocurre lo mismo cuando un niño fallece por desnutrición? ¿Y cuando un niño padece obesidad, hipertensión o diabetes tipo 2? ¿Y cuando se desmaya en la escuela o no presta atención porque no ha probado bocado desde la tarde anterior? ¿Y cuando se lleva a la boca una fresca ensalada cargada de agrotóxicos? ¿Y cuando mastica un trozo de carne con residuos de antibióticos? ¿Y cuando sacia su sed con una gaseosa azucarada porque la escuela a la que concurre no tiene un bebedero de agua potable? Alguien asegurará que sí, pero la mayoría aún no logra vislumbrar esas situaciones como violaciones a los derechos humanos.

5. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 12, *El derecho a una alimentación adecuada*, 20º período de sesiones (1999), párr. 6.

6. CSJN, "Reinoso, Luis Alberto s/causa n° 2043/2184", *Fallos* 329:518, y "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S. A. s/art. 39 ley 24.557", *Fallos* 327: 3753.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación Adecuada, por su parte, lo definió como "el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna".[7]

El derecho humano a la alimentación adecuada tiene cuatro componentes fundamentales: a) disponibilidad: exige que haya alimentos suficientes para satisfacer las necesidades de alimentación de toda la población en todo momento y, por lo tanto, refiere a las posibilidades que tienen las personas de alimentarse ya sea directamente –trabajando la tierra o recurriendo a otras fuentes naturales de alimentos– o mediante sistemas de distribución, elaboración y comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda; b) accesibilidad física y económica: la accesibilidad física supone que los alimentos deben llegar a todas las personas que los necesiten, mientras la económica implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vea amenazada la satisfacción de otras necesidades básicas; c) adecuación cuantitativa, cualitativa y cultural: implica que la alimentación debe satisfacer las necesidades de dieta teniendo en cuenta la edad de la persona, sexo, condiciones de vida y ocupación; que los alimentos deben ser sanos y seguros para el consumo humano y que la alimentación debe ser culturalmente aceptable; y d) sustentabilidad: requiere que la disponibilidad, accesibilidad y adecuación de la alimentación deben mantenerse en el tiempo y no afectar el pleno goce y ejercicio de este derecho por las generaciones futuras.[8]

Si somos titulares de un derecho humano a la alimentación adecuada con estos alcances podemos exigirle a la sociedad en la que vivimos que sea de cum-

7. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 7 de febrero de 2001, E/CN.4/2001/53.

8. *Ibíd*., nota 5, párrs. 8-13.

plimiento efectivo. Dicho de otro modo: al igual que con el resto de los DESCA, el Estado está obligado a respetarlo, garantizarlo y adoptar medidas para hacerlo efectivo, desarrollándolo progresivamente hasta el máximo de los recursos disponibles, pero sin por ello descuidar sus obligaciones de carácter inmediato (adoptar medidas, satisfacción del nivel esencial mínimo, prohibición de discriminación y prohibición de regresividad salvo razones justificadas).

Al reconocer el derecho humano a la alimentación adecuada, el Estado se convierte en el garante de la disponibilidad, la accesibilidad física y económica, la adecuación y la sustentabilidad de la alimentación de todas las personas bajo su jurisdicción, por lo que debe desarrollar una política pública que genuinamente persiga el objetivo de asegurar el derecho a la alimentación adecuada de toda la población.[9]

Sin pretensión de exhaustividad, ofrecemos a continuación algunas notas sobre posibles violaciones al derecho humano a la alimentación adecuada en la Argentina, a partir de sus cuatro componentes fundamentales, para empezar a pensar nuestra alimentación "en clave de derechos humanos".

A poco de reflexionar, vemos que tenemos problemas en:

a) La disponibilidad, debido a que destinamos el 60% de la superficie cultivada de nuestro país al monocultivo de la soja para exportarla a otros mercados para engordar sus ganados o llenar sus tanques de nafta con agrocombustibles, en vez de destinarla para producir alimentos sanos, seguros y soberanos para alimentar adecuadamente a nuestra población. Si distribuyéramos la fruta y verdura que nos queda en el mercado interno no tendríamos suficiente para darle a cada persona de nuestro país la cantidad de frutas y verduras que el propio Estado recomienda que debiéramos consumir para tener una vida saludable en sus Guías Alimentarias (5 porciones al día).

b) La accesibilidad física, porque hemos perdido los periurbanos en los que tenía lugar gran parte de la producción de alimentos para abastecer los pueblos y ciudades, generando especialización y concentración productiva y

9. Para un análisis más destallado de todas las obligaciones específicas del Estado como garante del derecho humano a la alimentación adecuada, ver Filardi, M. (2011). El Estado como garante del derecho humano a la alimentación adecuada. En AA.VV., *Seguridad y soberanía alimentaria* (pp. 65-83). Buenos Aires: Colección Cuadernos.

alimentos kilométricos, con los consecuentes costos de transporte y logística (trasladados a los precios) y las emisiones de gases de efecto invernadero responsables del cambio climático.

c) Accesibilidad económica, ya que los medios necesarios para la producción de los alimentos (tierra, agua, semillas, saberes) están concentrados en cada vez menos manos. A falta de acceso a la tierra o al trabajo en las zonas rurales, fruto del modelo agroindustrial dominante, las personas se ven obligadas a desplazarse a las grandes ciudades para sobrevivir y a concurrir al mercado para poder alimentarse (en el octavo país en superficie del mundo, el 92% de su población es urbana). Casi un 50% de nuestra población –y 7 de cada diez niños– es pobre y, con sus magros ingresos, en la economía capitalista solo acceden a lo más barato y rendidor que les ofrece el mercado (carbohidratos, grasas y azúcares), evidenciando en sus cuerpos las desigualdades de nuestra sociedad. Además, hay una alta concentración económica en toda la cadena alimentaria que hace que algunos actores sean los verdaderos formadores de precios para maximizar sus márgenes de ganancia.

d) Adecuación cuantitativa, porque en el país que "alimenta al mundo" muchos niños mueren por desnutrición aguda, el 12% no llega a tener la altura que podría tener si estuviera adecuadamente nutrido y el 67% de la población sufre sobrepeso y obesidad (que esconde, al mismo tiempo, serias carencias nutricionales) y enfermedades crónicas no transmisibles debido a la mala alimentación.

e) Adecuación cualitativa, ya que solo el 43% de los niños son alimentados con leche materna exclusiva en sus primeros seis meses de vida. Asimismo, la Argentina es el país que más agrotóxicos usa por persona en el mundo, por lo cual casi todos los alimentos vienen con residuos de agrotóxicos. Por su parte, las carnes de los animales criados en engordes a corral (*feed lots*) poseen mayor cantidad de grasa saturada que la de los animales criados a campo, residuos de antibióticos y bacterias superresistentes como consecuencia del uso y abuso de antibióticos en la producción animal. Finalmente, el agua contiene metales pesados de la megaminería, la producción hidrocarburífera convencional y no convencional, agrotóxicos de la producción agroindustrial, contaminantes de las industrias, desechos urbanos, microplásticos y fármacos.

f) Adecuación cultural, porque los patrones de alimentación se han ido modificando sustancialmente, entre otros factores, por la publicidad agresiva de los objetos comestibles ultraprocesados.

g) Sustentabilidad, debido a que los bosques, selvas y humedales están siendo arrasados para dar lugar a los monocultivos; los suelos se están degradando y perdiendo su fertilidad y sus nutrientes; los polinizadores están desapareciendo como consecuencia del uso de los agrotóxicos; estamos depredando las cuencas pesqueras, tanto fluviales como marítimas; y estamos acabando con la biodiversidad y generando emisiones de gases responsables de la crisis climática.[10]

La CSJN se pronunció sobre el rol del Poder Judicial para garantizar el derecho a la alimentación en un caso relacionado con las condiciones de vida de las poblaciones indígenas ubicadas en el sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín, en la provincia de Chaco.

El Tribunal consideró que

> le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.[11]

En virtud de ello, ordenó a los demandados que le informen, entre otras cosas, el grado de ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria y de programas de provisión de agua potable, fumigación y

10. Para un análisis más profundo de esta cuestión, ver Filardi, M. E. (2018). Un modelo alimentario es necesario, urgente y posible. En Fundación de Ambiente y Recursos Naturales, *Informe Ambiental 2018* (pp. 243-269). Buenos Aires: FARN.

11. CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento", D. 587. XLIII, 18 de septiembre de 2007.

desinfección. Asimismo, hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado nacional y a la provincia de Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas.

En otro caso, se declaró incompetente para analizar la violación de la Ley N° 25.724, puesto que la norma dispone que el programa debía ser ejecutado por las provincias y municipios. Sin embargo, ante la situación de desnutrición en que se encontraban los hijos de los demandantes, ordenó a la provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que les proveyera los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y que se realicen controles sobre la evolución de su salud en un plazo de cinco días.[12]

Si bien hay una rica jurisprudencia e informes de distintos órganos de protección internacional de los derechos humanos sobre el derecho humano a la alimentación adecuada,[13] destacamos los siguientes por su especial relevancia para la Argentina.

En primer lugar, el Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación Adecuada, publicado tras su visita oficial a la Argentina en septiembre de 2018.

En su informe final, la Relatora Especial realizó un diagnóstico muy preciso y, entre otras consideraciones, concluyó que

> [l]a Argentina tiene abundantes recursos naturales que permiten la autosuficiencia y brindan apoyo a un sector agrícola productivo. En tanto no debería haber problemas para garantizar la disponibilidad de alimentos para la población, el modelo actual de la agricultura industrial, que promueve la soja y otros cultivos comerciales para la exportación por sobre un sector agrícola diversificado, ha socavado la seguridad alimentaria de la población.
>
> Además, el derecho a una alimentación adecuada requiere una accesibilidad económica. Aunque el impacto de una economía de mercado libre ha contribuido al crecimiento económico impresionante de la Argentina en años recientes, este crecimiento no ha beneficiado a todos de una manera inclusiva. La pobreza sigue

12. CSJN, "Rodríguez, Karina Verónica c/Estado Nacional y otros s/acción de amparo", *Fallos* 329:553; "Esquivel, Roberto y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo", *Fallos* 329:549, y "Quiñone, Alberto Juan c/Buenos Aires, Provincia de s/amparo", *Fallos* 329:2759.

13. Para un análisis más profundo de distintos precedentes, ver nota 1.

> siendo elevada en algunas partes del país y se está arraigando no solamente en las áreas rurales, sino que existe el riesgo de que aumente en los centros urbanos. La crisis económica reciente amenaza con profundizar esta brecha de pobreza.
> A pesar de la existencia de una estructura legal y de estrategias bien formuladas e intencionadas para asegurar la realización del derecho a la alimentación, la Argentina no cuenta con una protección constitucional explícita de dicho derecho en el país. Por lo tanto, no cuenta con las herramientas para abordar los problemas relacionados con la alimentación dentro de un marco legal exigible, con claros lineamientos para promover e implementar políticas integrales y multidimensionales. La Relatora Especial insiste en que el marco jurídico para el derecho a una alimentación adecuada debería incluir la soberanía alimentaria para todos.[14]

Finalmente, se encuentra el caso "Lhaka Honhat", en el que, por primera vez en ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte IDH analizó el derecho a la alimentación adecuada en forma autónoma a partir del artículo 26 de la CADH.

El Tribunal regional utilizó como referencia el contenido que el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolló sobre este derecho, destacando que "protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud".[15]

El deber de garantizar el derecho a la alimentación comprende la obligación de "protección" del derecho a través del control de las actividades de individuos o grupos para evitar que lo violen.[16]

Por otra parte, consideró que el derecho a la alimentación no debe entenderse de forma restrictiva, de modo que el bien protegido no es la mera subsistencia física y, en particular respecto de pueblos indígenas, tiene una dimensión cultural relevante, ya que, en general, resulta difícil separar conceptualmente

14. Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Alimentación, *Informe Final de la visita a Argentina*, 16 de enero de 2019, A/HRC/40/56/Add.3, párrs. 103-105.

15. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 216.

16. *Ibíd*., nota 15, párr. 221.

la relación de los pueblos indígenas con los alimentos, de sus relaciones con la tierra, los recursos, la cultura, los valores y la organización social.[17]

En función de lo expuesto, la Corte IDH sostuvo que "la alimentación es, en sí, una expresión cultural [...] uno de los 'rasgos distintivos' que caracterizan a un grupo social, quedando comprendido, por ende, en la protección del derecho a la identidad cultural a través de la salvaguarda de tales rasgos".[18]

Toda vez que en el caso la tala ilegal, así como las actividades desarrolladas en el territorio por población criolla –puntualmente la ganadería e instalación de alambrados–, afectaron bienes ambientales, incidieron en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua.

Por último, es importante diferenciar las nociones de seguridad y soberanía alimentaria.

La seguridad alimentaria, término acuñado en la década de 1970, alude al estado de cosas en que los alimentos llegan a las personas que los necesitan, pero no necesariamente desde un enfoque de derechos, ni teniendo en cuenta dimensiones importantes, como quién los produce/distribuye/procesa/comercializa, cómo, para qué y para quién, entre otras.

La soberanía alimentaria, en cambio, se erige como un paradigma antitético, contrapuesto y superador del modelo agroindustrial dominante, que busca transformar radicalmente los sistemas alimentarios con una propuesta programática-política a nivel de producción, distribución, procesamiento y consumo de los alimentos.

Desde este enfoque, el derecho humano a la alimentación adecuada constituye no solo un pilar fundamental y condición del paradigma y sistema de la soberanía alimentaria, sino que ofrece una base legal suficientemente sólida y un medio idóneo para reclamar y exigir políticas públicas que propendan a su realización.[19]

17. *Ibíd*., nota 15, párr. 254.

18. *Ibíd*., nota 15, párr. 276.

19. Para un análisis más profundo de esta relación, ver Filardi, M. (2021). El Derecho humano a la alimentación adecuada, pilar fundamental de la Soberanía Alimentaria. En L. Pautassi y M. Alegre (comps.), *Entre la Regulación y la Política Pública. El derecho humano a la alimentación adecuada en Argentina.* Eudeba: Buenos Aires, capítulo 1.

Capítulo 11

Derecho al agua

Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey

El agua es esencial para el desarrollo de la vida vegetal, animal y humana, tanto para la producción de alimentos como para la higiene personal y otras finalidades sociales y culturales.[1] Por ello, debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico.[2]

No obstante, del agua disponible en el planeta solo el 2,75% es dulce y el 69,6% del agua dulce se encuentra congelada en capas de hielo, glaciares, cobertura de nieve y *permafrost*. Por lo tanto, estamos ante un recurso escaso y limitado que se encuentra amenazado, fundamentalmente, por el drenaje de acuíferos con más rapidez que la velocidad de recarga natural, una mayor presión demográfica, la contaminación y el cambio climático.[3]

Sin agua potable no hay supervivencia más allá de unos pocos días. Sin agua para cultivos, no hay alimentos. Sin saneamiento, hay enfermedad generalizada, especialmente enfermedades infecciosas que cobran las vidas de millones de niños y niñas al año. Sin agua fácilmente accesible y disponible en lugares convenientes, hay trabajo arduo para las mujeres y niñas, quienes deben caminar varios kilómetros por día para obtenerla. Sin seguridad hídrica para cultivos, cría de animales y uso humano, hay conflicto.

---

1. Cf. Filardi, M. E. (2014). Los derechos humanos al agua y al saneamiento. Aportes para un debate nacional pendiente. En S. A. Rey (coord.), *Los derechos humanos en el derecho internacional*. Buenos Aires: Ediciones Infojus, p. 74.

2. Cf. Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15. *El derecho al agua*, 29° período de sesiones (2002), párr. 11.

3. *Ibíd*., nota 1, pp. 73 y 76.

La falta de acceso al agua potable y a servicios de saneamiento se cobra millones de vidas: se registran 3.3 millones de muertes al año por falta de acceso al agua potable y más de 3.600 niños y niñas mueren cada día debido a enfermedades diarreicas evitables, superando las cifras de la malaria, el VIH/SIDA y el sarampión juntos.[4]

Teniendo en cuenta lo aquí señalado, podemos definir el derecho humano al agua como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico".[5] Se trata de un derecho humano esencial para el desarrollo de una vida digna y el ejercicio de todos los derechos humanos.[6]

Además de estar estrechamente relacionado con el derecho a la vida y a la salud[7], la Corte IDH ha destacado que existe una

4. Cf. Black, R. E. et al (2010). Global, regional, and national causes of child mortality in 2008: a systematic analysis, *The Lancet*, *375*(9730), 1969-1987. Filardi explica que una de cada dos camas de los hospitales del mundo está ocupada, en todo momento, por personas que padecen enfermedades directa o indirectamente ligadas a la falta de agua potable y a servicios de saneamiento: se registran cuatro billones de casos de diarrea al año, derivada del consumo de agua contaminada con desechos humanos; 200 millones de casos de esquistosomiasis, transmitida por moluscos acuáticos; 17 millones de casos de fiebre tifoidea y paratifoidea, producidas por la ingesta de agua contaminada; 150 millones de casos de tracoma al año por falta de saneamiento; entre 140.000 y 184.00 casos de cólera –derivada de la ingesta de agua y comida contaminada con desechos humanos– y 96.000 casos de dracunculiasis derivados del agua contaminada; 133 millones de casos de infecciones intestinales; 1.5 millones de casos de lesiones cutáneas derivadas de la ingesta de agua con altos niveles de arsénico y 26 millones de casos de fluorosis, solo en China, por el consumo de agua con altos niveles de flúor. *Ibíd*., nota 1, pp. 75 y 76.

5. *Ibíd*., nota 2, párr. 2.

6. Entre otros, CSJN, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S. A. y otros s/ amparo", *Fallos* 337:1361; "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", *Fallos* 340:1695, y AG, Resolución 292 (LXIV). El derecho humano al agua y el saneamiento, A/RES/64/292, 28 de julio de 2010.

7. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 217, y Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nota 1, párrs. 2 y 8. El Comité ha señalado, por ejemplo, que "un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación y para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua".

> interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural […] de modo que algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros.[8]

El alcance del derecho al agua, sin embargo, va más allá de su relación directa con el uso que le da el ser humano. El agua es un componente del medio ambiente y, como tal, está protegida como interés jurídico en sí misma, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales.[9]

En ese sentido, la CSJN ha sostenido que "es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia".[10] Por eso, afirmó que en los últimos años ha cambiado sustancialmente la visión respecto del modelo antropocéntrico de regulación jurídica del agua, que tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o la utilidad pública identificada con el Estado.[11] En la actualidad, "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".[12]

En el Sistema Universal el derecho al agua está reconocido en los artículos 11 y 12 del PIDESC, pese a que ello no surge de una interpretación literal del tratado.

---

8. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrs. 222 y 243. En similar sentido, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, nota 7, párr. 167.

9. Cf. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 62.

10. *Ibíd*., nota 6.

11. *Ibíd*., nota 6, considerando 5.

12. CSJN, "Barrick Exploraciones Argentinas S. A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Fallos* 342:917.

El primer párrafo del artículo 11 enumera a la alimentación, el vestido y la vivienda adecuados como derechos que se desprenden del derecho a un nivel de vida adecuado y que son indispensables para su realización. Esa enumeración no es taxativa y dentro de ella debe considerarse incluido el derecho al agua, ya que "se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia".[13] En igual sentido, la Corte IDH ha señalado que el derecho a un nivel de vida adecuado "debe considerarse inclusivo del derecho al agua".[14]

El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud reconocido en el primer párrafo del artículo 12 del PIDESC.[15]

Asimismo, se encuentra reconocido en la CDN, que reconoce expresamente en su artículo 24 que los Estados deben asegurar el "suministro de agua potable salubre"; en la CEDAW, al referirse en su artículo 14 al "abastecimiento de agua" como uno de los problemas especiales a los que debe hacer frente la mujer rural; y en la CDPD –artículo 28–.

En el SIDH, de acuerdo con la Corte IDH, "el derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la CADH. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua".[16] En ocasiones, la Corte IDH lo ha considerado incluido en el derecho a la vida digna reconocido en el artículo 4 de la CADH.[17] La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos

13. *Ibíd*., nota 2, párr. 3, con cita de Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 6. *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 13º período de sesiones (1995), párrs. 5 y 32.

14. *Ibíd*., nota 8, párr. 223.

15. *Ibíd*., nota 2, párr. 3, con cita del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º período de sesiones (2000), párrs. 11, 12, 15, 34, 36, 40, 43 y 51.

16. *Ibíd*., nota 8, párr. 222.

17. *Ibíd*., nota 7 y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 216.

Humanos de las Personas Mayores igualmente reconoce en sus artículos 12 y 25 el derecho a un sistema integral de cuidados que provea "agua potable".

En el ordenamiento jurídico nacional el derecho al agua está incluido en el artículo 41 de la CN en el marco del derecho al ambiente sano, pues es un componente del ambiente. Por eso, dice la CSJN, para su protección se aplican todos los principios y reglas de la Ley N° 25.675, entre ellos, el de prevención y el precautorio.[18]

Además, a nivel constitucional se lo puede derivar del artículo 14 *bis* –cuando reconoce entre los beneficios de la seguridad social el acceso a una vivienda digna–, del artículo 18 –respecto de las personas privadas de la libertad– y del artículo 42, en tanto tutela los derechos de consumidores a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los elementos que deben observarse, en cualquier circunstancia, para determinar si el derecho el agua es adecuado son: la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad.[19]

La disponibilidad implica que el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden el consumo, el saneamiento, el lavado de la ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Debe considerarse que es posible que algunas personas y grupos necesiten recursos de agua adicionales debido a la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

En cuanto a la calidad, el agua debe ser salubre y no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Asimismo, debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso.

Por último, el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, lo que incluye especialmente a los sectores más vulnerables y marginados de la población.

La accesibilidad implica el suministro de agua suficiente, salubre, aceptable y culturalmente adecuado en cada hogar, institución educativa o lugar de

18. *Ibíd*., nota 6.

19. *Ibíd*., nota 2, párr. 12.

trabajo o en sus cercanías inmediatas y sin que la seguridad de las personas pueda verse amenazada.

La accesibilidad debe ser también económica; esto es, que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos.

Comprende, además, el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Al igual que con el resto de los derechos, los Estados se comprometen a respetar y garantizar el goce y ejercicio del derecho al agua. Adicionalmente, asumen algunas obligaciones específicas por su intrínseca relación con el derecho humano al ambiente sano.

La obligación de respetar el derecho al agua exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en su ejercicio. Ello comprende, en palabras del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras cosas,

> abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.[20]

En igual sentido, la Corte IDH ha afirmado que los Estados deben abstenerse de "cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en

20. *Ibíd*., nota 2, párr. 21. En este sentido, el Comité DH señaló que las fumigaciones masivas con agrotóxicos constituyen amenazas a la vida de las víctimas que eran razonablemente previsibles por el Estado, dado que han contaminado los ríos de los cuales pescan, los pozos de los cuales beben y los árboles frutales, cultivos y animales de cría de los cuales se alimentan. Cf. Comité DH, *Portillo Cáceres and others v. Paraguay*, Communication N° 2751/2016, 9 August 2019, CCPR/C/126/D/2751/2016.

condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como […] el agua".[21]

Con relación a la obligación de garantizar el ejercicio del derecho al agua a todas las personas bajo su jurisdicción, la Corte IDH y el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han dicho que, si bien el derecho al agua implica obligaciones progresivas, los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para lograr su plena realización.[22]

Ello implica que deben avanzar en forma constante y continua y con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua, tomando medidas deliberadas y concretas que se enmarquen en una estrategia general o un plan de acción. Esos planes deben tener en consideración, también, el derecho de las generaciones futuras. Al mismo tiempo, ese deber de progresividad implica la prohibición de adoptar medidas regresivas.[23]

Además, los Estados tienen la obligación inmediata de garantizar, sin discriminación alguna, el acceso al agua mínimo y esencial a las personas o comunidades que no están en condiciones de acceder al agua por sí mismas por no disponer de medios suficientes.[24] Es el caso, por ejemplo, de las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas e implica, según el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la adopción de técnicas y tecnologías apropiadas; la implementación de políticas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y el suplemento de ingresos.[25]

Con relación a los pagos por servicios de suministro de agua, señala el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que

> deben basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no

21. *Ibíd*., nota 8, párr. 229, y nota 9, párr. 117.

22. *Ibíd*., nota 9, párr. 111; nota 8, párr. 229, y nota 2, párr. 17.

23. *Ibíd*., nota 2, párrs. 18, 19, 26 y 28.

24. *Ibíd*., nota 2, párrs. 15 y 25; nota 8, párr. 229, y nota 9, párr. 121.

25. *Ibíd*., nota 2, párr. 26.

> recaiga una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos.[26]

Por otro lado, los Estados tienen la obligación específica de difundir la información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua.[27]

Asimismo, deben reconocer en grado suficiente el derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, preferentemente mediante la aplicación de las leyes.[28]

La obligación de garantía comprende, a su vez, el deber de proteger el derecho al agua con relación a actos de particulares. Los Estados deben impedir a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que particulares denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua.[29]

Esta obligación cobra especial importancia cuando los servicios de suministro de agua, como las fuentes naturales y las redes de distribución, son explotados o están controlados por terceros. En ese caso, los Estados deben evitar que menoscaben el acceso físico a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables, en condiciones de igualdad y a un costo razonable. Para impedir esos abusos, debe establecerse un sistema que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento. Adicionalmente, los Estados deben impedir que los terceros que controlan los servicios de agua exploten los recursos en forma no sustentable.[30]

Es importante mencionar que los Estados tienen especiales obligaciones con relación a las personas que están bajo su custodia. Por ejemplo, "deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan

26. *Ibíd*., nota 2, párr. 27.

27. *Ibíd*., nota 2, párr. 25.

28. *Ibíd*., nota 2, párr. 26.

29. *Ibíd*., nota 9, párr. 121; nota 8, párr. 229, y nota 2, párr. 23.

30. *Ibíd*., nota 2, párr. 24.

acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requieran, así como para su higiene personal".[31]

Con relación a los pueblos indígenas, la Corte IDH sostuvo que los Estados deben velar porque el acceso "a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas y facilitar recursos para que […] planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua".[32]

---

31. Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, nota 17, párr. 216. En un caso en el que una persona detenida fue privada de agua durante tres días se consideró que ello constituía un trato incompatible con el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente (artículo 10.1 del PIDCP). Cf. Comité DH, *Munguwambuto Kabwe Peter Mwamba v. Zambia*, Communication N° 1520/2006, 30 April 2010, CCPR/C/98/D/1520/2006, párr. 6.4. Del mismo modo, se declaró la violación de este derecho ante la falta de agua corriente en las celdas de una prisión. Comité DH, *Abduali Ismatovich Kurbanov v. Tajikistan*, Communication N° 1096/2002, 12 November 2003, CCPR/C/79/D/1096/2002, párr. 7.8, y *Albert Wilson v. Philippines*, Communication N° 868/1999, 12 November 2003, CCPR/C/79/D/868/1999, párr. 7.3. Por su parte, la CIDH consideró que la privación de comida y agua durante una semana de un detenido violaba el derecho a la integridad personal. Cf. CIDH, Informe No. 35/96, Caso 10.832, *Luis Lizardo Cabrera*, República Dominicana, 19 de febrero de 1998. De igual manera, sostuvo que la muerte de un detenido como consecuencia de una deshidratación derivada de la detención en aislamiento por cuarenta días sin alimentos ni bebida viola el artículo 4 de la CADH. CIDH, Informe No. 63/99, Caso 11.427, *Víctor Rosario Congo*, Ecuador, 13 de abril de 1999. Por último, la Corte IDH declaró la violación a los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH en el caso de un detenido que "recibía agua contaminada" en un contexto de "escasez de agua potable" y "graves riesgos sanitarios de enfermedades e infecciones bacterianas". Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párrs. 133 y 137.

32. *Ibíd*., nota 8, párr. 230. En otro caso, el Tribunal sostuvo que el agua limpia natural "es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca […] este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka". Cf. 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, párrs. 126 y 201. Por su parte, la CSJN ordenó cautelarmente que se garantice el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas. CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra", *Fallos* 330:4134.

Para concluir, por ser el agua un componente del medio ambiente es posible inferir algunas obligaciones específicas que, si bien son propias del derecho al ambiente sano, pueden aplicarse al derecho al agua.

Aceptando ello, podemos afirmar que de la obligación general de garantizar el ejercicio del derecho al agua se desprenden la obligación de prevenir daños a los recursos hídricos, la obligación de remediar los daños provocados por contaminación, las obligaciones de procedimiento y la obligación de brindar educación con relación al derecho al agua.

A su vez, la obligación de prevención comprende el deber de regular las actividades que puedan causar un daño significativo a los recursos hídricos; el deber de supervisar, fiscalizar y sancionar; el deber de actuar conforme el principio de precaución; y el deber de desarrollar planes de contingencia.

Dentro de las obligaciones de procedimiento –que contribuyen a una mejor formulación de políticas ambientales– podemos mencionar el acceso a la información relacionada con el agua, la participación pública en la toma de decisiones, el acceso a la justicia, la libertad de expresión y la libertad de asociación.

Si bien este conjunto de obligaciones es desarrollado en el capítulo 12 de este Manual, es importante agregar aquí, con relación a la garantía de acceso a la justicia para hacer valer el derecho al agua, que la CSJN ha dicho que los jueces y las juezas deben tutelar al acceso al agua potable y que deben velar porque "todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluidos recursos judiciales, cuasi judiciales y otros recursos apropiados".[33]

También ha dicho el Máximo Tribunal que las autoridades judiciales deben aplicar

> el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales y las leyes de aplicación interpretadas del

33. *Ibíd*., nota 6.

modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.[34]

Finalmente, corresponde destacar que las protecciones especiales que el Acuerdo de Escazú estableció con relación a las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales se aplican, de igual modo, a las defensoras y los defensores del derecho al agua.

34. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental", *Fallos* 342:1203, y "Minera San Jorge S. A. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/acción de inconstitucionalidad", *Fallos* 344:3209.

Capítulo 12

Derecho al medio ambiente sano

Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey

Existe una relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y el medio ambiente, de la cual surge que todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, el cambio climático y el desarrollo no sostenible en el sentido de que su pleno disfrute depende un medio propicio.[1]

Esta relación está reconocida en los instrumentos del derecho ambiental internacional. Incluso, surge del propio concepto de desarrollo sustentable, cuyos tres pilares son el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental.[2]

---

1. Cf. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 54; Comité DH. *Portillo Cáceres and others v. Paraguay*, Communication N° 2751/2016, 25 July 2019, CCPR/C/126/D/2751/2016, párr. 7.4, y Observación General N° 36. *Derecho a la vida*, 124º período de sesiones (2018), párr. 62.

2. Cf. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF. 199/20, párr. 5. Vale la pena señalar que el derecho ambiental es el "conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas de orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida". Cafferatta, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental.* México: PNUMA, p. 17.

La Corte IDH ha explicado los múltiples puntos de conexión entre el ejercicio de los derechos humanos y la protección del ambiente en la Opinión Consultiva OC-23/17 y en el fallo "Lhaka Honhat".[3] Sin embargo, ya en su jurisprudencia en materia de derechos de pueblos indígenas y tribales aparecían algunos aspectos de esa relación. Por ejemplo, el Tribunal ha señalado que el derecho a la propiedad colectiva indígena está vinculado con la protección y el acceso a los recursos naturales que son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de esos pueblos.[4]

Asimismo, la relación entre el ejercicio de los derechos humanos y la protección del ambiente fue desarrollada por la Relatoría Especial creada por el Consejo DH con el objetivo de trabajar "sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin

3. El Tribunal entendió que la tala ilegal, así como las actividades desarrolladas en el territorio indígena por población criolla –puntualmente la ganadería e instalación de alambrados– afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Aunque el Estado tuvo conocimiento de las actividades lesivas y adoptó distintas acciones para evitarlas, estas no fueron efectivas. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrs. 257-289.

4. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr 118; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 173. En relación con los pueblos indígenas se ha señalado que "cuando el impacto del cambio climático –incluida la degradación de las tierras indígenas en las que la subsistencia de las comunidades depende en gran medida de sus recursos naturales disponibles y donde los medios alternativos de subsistencia y la ayuda humanitaria no están disponibles– tiene repercusiones directas en el derecho a la vivienda, y las consecuencias de esos impactos son graves por su intensidad o duración y por el daño físico o mental que causan, la degradación del medio ambiente puede afectar de manera negativa el bienestar de las personas y constituir violaciones de los derechos a la vida privada y familiar y la vivienda". Comité DH. *Daniel Billy and others v. Australia (Torres Strait Islanders Petition)*, Communication N° 3624/2019, 22 September 2022, CCPR/C/135/D/3624/2019, párr. 8.12.

riesgos, limpio, saludable y sostenible".[5] El propio Consejo adoptó numerosas resoluciones basándose en los informes de esa Relatoría Especial.[6] Como corolario de esos informes y resoluciones, la Asamblea General de la ONU en la Resolución 300 (LXXVI) sostuvo que los problemas ambientales presentes "son algunas de las amenazas más acuciantes y graves para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar plenamente de todos los derechos humanos" y reconoció que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano universal.[7]

Otra clara expresión de esta relación es el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe –"Acuerdo de Escazú"–, adoptado en el año 2018 y ratificado por la Argentina dos años después mediante la Ley N° 27.566.

Este acuerdo tiene su origen en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[8] y su objetivo es contribuir a la pro-

5. Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Ver A/73/188, A/74/161, A/75/161, A/76/179, A/HRC/22/43, A/HRC/25/53, A/HRC/28/61, A/HRC/31/52, A/HRC/31/53, A/HRC/34/49, A/HRC/37/58, A/HRC/37/59, A/HRC/40/55, A/HRC/43/53, A/HRC/43/54, A/HRC/46/28 y A/HRC/49/5. En un primer momento se trató de un experto independiente, luego se constituyó como Relatoría Especial.

6. Consejo DH, Resoluciones 44/7 del 16 de julio de 2020, 45/17 del 6 de octubre de 2020, 45/30 del 7 de octubre de 2020 y 46/7 del 23 de marzo de 2021.

7. AG, Resolución 300 (LXXVI). El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, 76° período de sesiones, 28 de julio de 2022. Contó con 161 votos a favor, ocho abstenciones y ningún voto en contra.

8. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1). El Principio 10 sostiene: "[e]l mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

tección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano buscando garantizar los derechos de acceso, entendiendo estos como el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

El derecho humano al ambiente sano está reconocido en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos y en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, no siempre se lo encuentra reconocido literalmente o de forma autónoma.

En el PIDESC se encuentra consagrado en el artículo 12, en relación con el derecho a la salud. Está reconocido, también, de modo expreso en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador.

En cuanto a la CADH, de acuerdo con lo resuelto por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-23/17, este derecho, fundamental para la existencia de la humanidad,[9] se encuentra protegido por el artículo 26 del tratado. Una interpretación literal de ese artículo no permite encontrar esa tutela, por lo que el Tribunal señaló que los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA establecen una obligación a los Estados para alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos, que ha sido definido por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA como "el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible". Una de las dimensiones del desarrollo sostenible es precisamente el ámbito ambiental.[10]

Del mismo modo, interpretó la CADH a la luz de otros instrumentos internacionales que explícitamente reconocen el derecho al ambiente sano[11] y la legislación local de los países de la región.[12]

9. *Ibíd.*, nota 1, párr. 59.

10. *Ibíd.*, nota 1, párr. 57.

11. Además del artículo 11 del Protocolo de San Salvador, la Corte IDH mencionó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Carta Social de las Américas, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia y la Carta Árabe de Derechos Humanos.

12. Constitución de la Nación Argentina, art. 41; Constitución Política del Estado de Bolivia, art. 33; Constitución de la República Federativa del Brasil, art. 225; Constitución Políti-

Como complemento de las normas citadas es importante resaltar que el Acuerdo de Escazú lo define como una contribución "a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible" y que "cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo" –artículo 4–.

En el ámbito nacional su reconocimiento está en el artículo 41 de la CN, que dispone:

> Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.
> Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

En "Mendoza", la CSJN ha dicho que

> el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la Constitución Nacional) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y

ca de la República de Chile, art. 19; Constitución Política de Colombia, art. 79; Constitución Política de Costa Rica, art. 50; Constitución de la República del Ecuador, art. 14; Constitución de la República de El Salvador, art. 117; Constitución Política de la República de Guatemala, art. 97; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4; Constitución Política de Nicaragua, art. 60; Constitución Política de la República de Panamá, arts. 118 y 119; Constitución Nacional de la República de Paraguay, art. 7; Constitución Política del Perú, art. 2; Constitución de la República Dominicana, arts. 66 y 67, y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 127.

> positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.[13]

Para finalizar, es importante advertir que el derecho al ambiente sano protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales.[14]

En palabras de la Corte IDH,

> se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.[15]

En sentido similar, la CSJN ha sostenido 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" y que "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".[16]

13. CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", *Fallos* 329:2316.

14. *Ibíd.,* nota 1, párr. 62.

15. *Ibíd.,* nota 14.

16. CSJN, "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de agua", Fallos 340:1695, y "Barrick Exploraciones Argentinas S. A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Fallos* 342:917. La Corte reconoció que "la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. *Ibíd*., nota 13.

Como ya expresamos, la degradación ambiental puede afectar a todos los derechos humanos, pues el pleno disfrute de aquellos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos están especialmente vinculados al medio ambiente y, por ende, son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental.

La Corte IDH sostuvo que existen derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, entre ellos, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, a la salud, al agua, a la alimentación, a la vivienda, a la participación en la vida cultural, a la propiedad y a no ser desplazado forzadamente. Incluso, puede afectarse el derecho a la paz, "puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza".[17]

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

Se destacan particularmente "las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, de los recursos ambientales, sea el medio marino, las áreas forestales o los dominios fluviales, o porque debido a su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeñas y de islas pequeñas".[18]

El reconocimiento normativo del derecho humano al ambiente sano, del mismo modo que ocurre con el resto de los derechos humanos, genera en los Estados las obligaciones generales de respetar y garantizar su goce y ejercicio.

Respecto de la obligación de respetar, es claro que los Estados tienen la obligación de abstenerse de realizar acciones que contaminen ilícitamente el medio ambiente, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas

17. *Ibíd.*, nota 1, párr. 66.

18. *Ibíd.*, nota 1, párr. 67, y nota 7, preámbulo.

estatales. En especial, si ello afecta las condiciones que permiten la vida digna de las personas.[19]

De la obligación general de garantizar el ejercicio al derecho al ambiente sano se desprenden la obligación de prevenir daños al ambiente y remediar el daño ocurrido, las obligaciones de procedimiento y la obligación de brindar educación ambiental. A continuación, se describirá brevemente cada una de ellas.

El derecho ambiental internacional ha receptado el principio general de prevención en diversos instrumentos, especialmente en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano[20] y la Declaración de Río. Es, al mismo tiempo, un principio que forma parte del derecho internacional consuetudinario.[21] La importancia fundamental de la prevención en el derecho ambiental radica en que, frecuentemente, no es posible restaurar la situación existente antes de la ocurrencia de un daño ambiental. En ese sentido, se ha afirmado que "la prevención debe ser la política principal respecto a la protección del medio ambiente".[22]

La prevención de daños al ambiente es uno de los principios rectores de la interpretación y aplicación de toda norma de política ambiental en nuestro país, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 (LGA).

Al respecto, la CSJN tiene dicho que "en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro".[23]

19. *Ibíd*., nota 1, párr. 117, con citas de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15. *El derecho al agua*, 29° período de sesiones (2002), párrs. 17-19, y Observación General N° 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22° período de sesiones (2000), párr. 34.

20. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, 5 a 16 de junio de 1972.

21. CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment of 20 April 2010, ICJ Reports 2010, párr. 101.

22. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997, ICJ Reports 1997, párr. 140.

23. *Ibíd*., nota 13.

El principio de prevención, a su vez, se relaciona estrechamente con la obligación general de prevención que se desprende del artículo 1.1 de la CADH y del artículo 2.1 del PIDCP.[24]

En cuanto al alcance de la obligación de prevención, la Corte IDH ha dicho que cuando el Estado conoce (o debe conocer) una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado está obligado a adoptar las medidas necesarias que, dentro del ámbito de sus atribuciones, razonablemente pueden esperarse sirvan para prevenir o evitar ese riesgo.[25]

Con relación al derecho al ambiente sano, en la Opinión Consultiva OC-23/17 afirmó que, en virtud del deber de prevención, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente. Esta obligación es una obligación de medio o comportamiento, no de resultado.[26]

A partir de allí es posible determinar algunas obligaciones específicas de prevención que los Estados tienen que cumplir: regular, controlar y fiscalizar, actuar conforme el principio precautorio y desarrollar planes de contingencia.[27]

Los Estados, tomando en cuenta el nivel de riesgo existente, deben regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente.[28]

Resulta particularmente importante la obligación de regular y exigir la presentación y evaluación de estudios de impacto ambiental antes de la realización de cualquier actividad riesgosa para el ambiente. Estos estudios deben realizarse de manera previa por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización

24. *Ibíd*., nota 1, párr. 133.

25. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123, y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 78.

26. *Ibíd*., nota 1, párr. 143.

27. *Ibíd*., nota 1, párr. 144.

28. *Ibíd*., nota 1, párr. 149.

del proyecto, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente.[29]

Esta obligación se encuentra también regulada en los artículos 11 a 13 de la LGA y su importancia, específicamente respecto de que sea cumplida antes del inicio de las actividades riesgosas, fue resaltada por la CSJN.[30]

Otro aspecto destacable de la obligación de regular es el deber planificar y ordenar el territorio, establecido en los principios 2 y 15 de la Declaración de Estocolmo. La LGA, por su parte, establece en su artículo 10 que el ordenamiento ambiental debe asegurar el uso adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable, todo ello teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional.

Los Estados también tienen el deber de supervisar y fiscalizar actividades, bajo su jurisdicción, que puedan producir un daño significativo al medio ambiente. Por ello, deben desarrollar y poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, que no solo deben incluir medidas preventivas, sino también aquellas apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El nivel de intensidad necesario en la supervisión y fiscalización dependerá del nivel de riesgo que entrañe la actividad o conducta.[31]

La LGA menciona los sistemas de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas como uno de los instrumentos de la política y la gestión ambiental nacional –artículo 8–.

En cuanto al principio precautorio, fue receptado en la Declaración de Río en los siguientes términos:

29. *Ibíd*., nota 1, párrs. 156-170.

30. Cf. CSJN, "Martínez, Sergio Raúl c/Agua Rica L. L. C. Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/acción de amparo", *Fallos* 339:201.

31. *Ibíd*., nota 1, párr. 154.

> [c]on el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente –Principio 15–.

Según la Corte IDH,

> los Estados deben actuar conforme al principio de precaución a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica.[32]

Al igual que el principio de prevención constituye uno de los principios rectores de la interpretación y aplicación de toda norma de política ambiental en nuestro país –cf. artículo 4 de la LGA–, por lo que la CSJN ha destacado su importancia en distintas oportunidades.[33]

En sus Observaciones finales respecto de Argentina, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó al Estado que adopte un marco regulatorio que incluya la aplicación del principio de precaución en cuanto al uso de pesticidas y herbicidas dañinos, en particular los que inclu-

32. *Ibíd*., nota 1, párr. 180.

33. Entre otros, CSJN, "Saavedra, Silvia Graciela y otro c/Administración Nacional de Parques Nacionales -Estado Nacional y otros s/amparo ambiental", *Fallos* 344:174. El Tribunal ha destacado que "el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios [...] la aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable [...] la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras". CSJN, "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo", *Fallos* 332:663.

yen glifosato, para prevenir los impactos negativos en la salud por su uso y en la degradación del medio ambiente.[34]

Asimismo, le encomendó que adopte un marco regulatorio del *fracking*, que incluya las evaluaciones de su impacto en todas las provincias, precedido de consultas con las comunidades afectadas, y con una documentación apropiada de sus efectos sobre la contaminación del aire y el agua, las emisiones radiactivas, los riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo, los efectos sobre la salud pública, la contaminación acústica, la luz y el estrés, la actividad sísmica que puede desencadenar, las amenazas a la agricultura y la calidad del suelo, y al sistema climático.[35]

Por último, los Estados deben desarrollar planes de contingencia para responder a posibles emergencias o desastres ambientales, que incluyan medidas de seguridad y procedimientos para minimizar las consecuencias de dichos desastres.[36]

Con relación a las obligaciones de remediar daños ambientales y de procedimiento, debemos destacar que, en ocasiones, a pesar de haberse tomado todas las medidas preventivas necesarias ocurren daños ambientales. En esos casos, el Estado tiene la obligación de mitigar el daño significativo, asegurándose de tomar las medidas apropiadas para ello y utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible. Estas medidas se deben tomar inmediatamente, incluso si se desconoce cuál es el origen de la contaminación.[37]

En el ordenamiento jurídico argentino la obligación prioritaria de recomponer el daño ambiental tiene rango constitucional, conforme lo establece el artículo 41 de la CN.

En cuanto a las obligaciones de procedimiento son aquellas que contribuyen a una mejor formulación de políticas ambientales; es decir, ayudan a que el ejercicio y goce del derecho humano al ambiente sano se efectivice. Estas obligaciones son la contrapartida de los derechos de procedimiento, en

34. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultural. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina*, 1 de noviembre de 2018, E/C.12/ARG/CO/4, párr. 60.

35. *Ibíd*., nota 34, párr. 58.

36. *Ibíd*., nota 1, párr. 171.

37. *Ibíd*., nota 1, párr. 172.

ocasiones llamados también derechos de acceso. La importancia de estas obligaciones estatales con relación a la protección ambiental fue receptada en el Principio 10 de la Declaración de Río, que sirvió de antecedente fundamental del Acuerdo de Escazú que, precisamente, establece un régimen de deberes específicos con relación a dichas obligaciones.

En particular, se destacan las obligaciones en relación con el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones, el acceso a la justicia, la libertad de expresión y la libertad de asociación.[38]

La Corte IDH ha resaltado que "constituyen asuntos de evidente interés público el acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental".[39] En este sentido, por ejemplo, consideró de interés público información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas[40] y el desarrollo de un proyecto de industrialización forestal.[41]

La obligación consiste en garantizar el acceso a la información requerida de manera accesible, efectiva y oportuna a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado sin que tenga que demostrar un interés específico. Además, implica la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado.

Es claro que el acceso admite restricciones, siempre y cuando estén previamente fijadas por ley, respondan a un objetivo permitido por la CADH y sean necesarias y proporcionales para responder a un interés general en una sociedad democrática.[42]

---

38. *Ibíd*., nota 1, párrs. 211-240. Respecto de la libertad de expresión y la libertad de asociación, han sido consideradas por la Corte IDH como derechos de procedimiento que ayudan a la formulación de políticas ambientales. *Ibíd*., nota 1, párr. 64.

39. *Ibíd*., nota 1, párr. 214.

40. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 230.

41. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 73.

42. *Ibíd*., nota 1, párr. 225.

De conformidad con el artículo 6 del Acuerdo de Escazú, los Estados tienen el deber de generar, recopilar, poner a disposición del público y difundir la información ambiental relevante de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible. La referida información debe ser actualizada periódicamente, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles.

En igual sentido, la LGA reconoce el derecho a acceder a la información ambiental y establece que el Estado debe desarrollar un "sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente".[43]

El derecho a participar en la toma de decisiones representa uno de los pilares fundamentales de los derechos de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas.[44]

En materia ambiental, la participación representa un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. Asimismo, la participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales.[45]

Los Estados deben garantizar este derecho a las personas bajo su jurisdicción "sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante".[46]

El Acuerdo de Escazú establece que la participación pública debe ser promovida por el Estado, debe ser posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones y debe adecuarse a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público –artículo 7–.

43. Para mayor abundamiento, ver la Ley N° 25.831 que establece el "Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental".

44. *Ibíd*., nota 1, párr. 226.

45. *Ibíd*., nota 1, párr. 228.

46. *Ibíd*., nota 1, párr. 231.

Por su parte, el artículo 20 de la LGA dispone que "la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública".

La participación pública en la toma de decisiones además de ser un derecho de las personas es una herramienta que, en tanto recepta el conocimiento de los distintos sectores de la sociedad, contribuye al desarrollo de políticas ambientales más exitosas.[47]

Adicionalmente, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia en relación con las obligaciones asumidas para la protección del medio ambiente. En este sentido, deben garantizar que las personas tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contravenga o pueda contravenir las obligaciones de derecho ambiental, para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.[48]

Para la CSJN, las acciones judiciales que tienen como pretensión la protección del medio ambiente deben ser atendidas teniendo especialmente en cuenta los principios de prevención del daño ambiental y de precaución que, por ejemplo, "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".[49]

---

47. Intergovernmental Panel on Climate Change (2022). *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Cambridge University Press: Cambridge, pp. 92 y 93. El Comité DH señaló que el Estado debe adoptar medidas "para asegurar la participación eficaz de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan. En particular, es de fundamental importancia que las medidas que comprometan o interfieran con las actividades económicas de valor cultural de una comunidad indígena hayan sido sometidas al consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad". Comité DH, *Benito Oliveira Pereira and Lucio Guillermo Sosa Benega v. Paraguay (Comunidad Indígena de Campo Agua'e)*, Communication N° 2552/2015, 14 July 2021, CCPR/C/132/D/2552/2015, párr. 8.7.

48. *Ibíd*., nota 1, párr. 237.

49. CSJN, "Cruz, Felipa y otros c/Minera Alumbrera Limited y otro s/sumarísimo", *Fallos* 339:142. La CSJN entendió necesario recordar que el principio según el cual las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordi-

Asimismo, ha resaltado que los jueces y las juezas, con el fin de proteger efectivamente el ambiente, tienen amplias facultades para ordenar, conducir o probar hechos dañosos en el proceso, de acuerdo con el artículo 32 de la LGA.[50]

Con relación a la libertad de expresión como derecho de procedimiento, la Corte IDH sostuvo que "el respeto y garantía de la libertad de expresión en asuntos ambientales es un elemento esencial para asegurar la participación de la ciudadanía en los procesos relativos a dichos asuntos y, con ella, el fortalecimiento del sistema democrático a través de la vigencia del principio de democracia ambiental".[51]

Finalmente, la Declaración de Estocolmo señala la importancia de la educación ambiental como herramienta de protección del medio ambiente –Principio 19–. En igual sentido, la LGA incorpora la educación ambiental dentro de los instrumentos de la política y la gestión ambiental nacional y la describe como

> el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población.

La educación ambiental, conforme consagra el artículo 15 de la norma, debe ser un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización y, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, debe facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental.

---

nario, 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". CSJN, "Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctrol. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/Carboquímica del Paraná S. A. y otro s/incidente de medida cautelar", *Fallos* 343:519.

50. CSJN, "De Aguirre, María Laura y otro c/La Pampa, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/amparo ambiental", *Fallos* 344:494.

51. Corte IDH. *Caso Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 100.

Capítulo 13

Derecho a la educación

Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey

El contenido del derecho a la educación puede ser determinado a partir de una serie de principios que rigen en la materia, como ser la gratuidad, la accesibilidad en igualdad de condiciones y la exigibilidad a determinados actores sociales. Sin embargo, en la actualidad no puede dejar de destacarse la interrelación que existe entre el derecho a la educación y otros derechos, tales como la igualdad y no discriminación, la participación ciudadana, el derecho a elegir y ser elegido y el ejercicio de la libertad de expresión, entre otros.

El artículo 14 de la CN consagra el derecho a enseñar y aprender. A su vez, el artículo 5 determina la obligatoriedad de la educación primaria. Esta es una característica peculiar del derecho a la educación, ya que es el único derecho humano para el cual se prevé una obligación como contracara: la educación compulsiva hasta finalizar la educación primaria.

Asimismo, en el artículo 75, inciso 19 podemos encontrar, además del principio de gratuidad de la educación, los principales objetivos que fija el Estado argentino al reconocer este derecho, cuando menciona la facultad del Congreso Nacional de sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación

alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.[1]

1. La Ley N° 26.206 de Educación Nacional en su artículo 11 define como fines y objetivos de la política educativa nacional: "a) asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales; b) garantizar una educación integral que desarrolle todas las dimensiones de la persona y habilite tanto para el desempeño social y laboral, como para el acceso a estudios superiores; c) brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural; d) fortalecer la identidad nacional, basada en el respeto a la diversidad cultural y a las particularidades locales, abierta a los valores universales y a la integración regional y latinoamericana; e) garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad; f) asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo; g) garantizar, en el ámbito educativo, el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Ley Nº 26.061; h) garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades; i) asegurar la participación democrática de docentes, familias y estudiantes en las instituciones educativas de todos los niveles; j) concebir la cultura del trabajo y del esfuerzo individual y cooperativo como principio fundamental de los procesos de enseñanza-aprendizaje; k) desarrollar las capacidades y ofrecer oportunidades de estudio y aprendizaje necesarias para la educación a lo largo de toda la vida; l) fortalecer la centralidad de la lectura y la escritura, corno condiciones básicas para la educación a lo largo de toda la vida, la construcción de una ciudadanía responsable y la libre circulación del conocimiento; m) desarrollar las competencias necesarias para el manejo de los nuevos lenguajes producidos por las tecnologías de la información y la comunicación; n) brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos; ñ) asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la valoración de la multiculturalidad en la formación de todos/as los/as educandos/as; o) comprometer a los medios masivos de comunicación a asumir mayores grados de responsabilidad ética y social por los contenidos y valores que transmiten; p) brindar conocimientos y promover valores que fortalezcan la formación integral de una sexualidad responsable; q) promover valores y actitudes que fortalezcan las capacidades de las personas para prevenir las adicciones y el uso indebido de drogas; r) brindar una formación corporal, motriz y deportiva que favorezca el desarrollo armónico de todos/as los/as educandos/as y su inserción activa en la sociedad; s) promover el aprendizaje de saberes científicos fundamentales para comprender y participar reflexivamente en la sociedad contemporánea; t) brindar una formación que

En la actualidad, numerosos tratados reconocen el derecho a la educación, resignificando su contenido y extendiéndolo más allá del simple derecho a enseñar y aprender. Así, por ejemplo, el artículo 13 del PIDESC establece que el derecho a la educación

> debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz [...] deberá asegurarse la educación primaria obligatoria y gratuita y la educación secundaria y superior debe ser asequible a todos.[2]

Mención aparte merece la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes por su concepción integral y actual del derecho a la educación. Entre otras cuestiones, este instrumento establece que los Estados tienen la obligación de garantizar una educación integral, continua, pertinente y de calidad, reconociendo que este derecho incluye la libertad de elegir el centro educativo. La educación debe fomentar la práctica de valores, las artes, las ciencias y la técnica en la transmisión de la enseñanza, la interculturalidad, el respeto a las culturas étnicas y el acceso generalizado a las nuevas tecnologías y promoverá la vocación por la democracia, los derechos humanos, la paz, la solidaridad, la aceptación de la diversidad, la tolerancia y la equidad de género. Se destaca que la educación es un proceso de aprendizaje que se prolonga

---

estimule la creatividad, el gusto y la comprensión de las distintas manifestaciones del arte y la cultura; u) coordinar las políticas de educación, ciencia y tecnología con las de cultura, salud, trabajo, desarrollo social, deportes y comunicaciones, para atender integralmente las necesidades de la población, aprovechando al máximo los recursos estatales, sociales y comunitarios; v) promover en todos los niveles educativos y modalidades la comprensión del concepto de eliminación de todas las formas de discriminación".

2. En igual sentido, ver Carta de la OEA, artículo 47; DADH, artículo XII; DUDH, artículos 26 y 27; Protocolo de San Salvador, artículos 13 y 14; CEDAW, artículo 10; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5.e.v.; CDN, artículos 28 y 29; Protocolo N° 1 al CEDH, artículo 2.

a lo largo de toda la vida, tanto por métodos formales como informales de educación; obligándose los Estados a garantizar la universalidad de la educación básica, obligatoria y gratuita y facilitando y asegurando el acceso y la permanencia en la educación secundaria, así como promoviendo el acceso a la educación superior.[3]

Como señalamos al comienzo de este capítulo, el derecho a la educación es "un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos".[4] En este sentido, no puede garantizarse en forma aislada, sino que deberán tenerse en cuenta otras cuestiones, tales como la pobreza y la desigualdad social, la discriminación, el derecho al trabajo, la prohibición de trabajos forzosos, los índices de natalidad, que inciden en los objetivos perseguidos por el Estado al brindar, promover y asegurar el derecho a aprender y a enseñar.

Previo a la Era de las Luces, la educación era considerada una función primaria de los padres y la Iglesia; luego, tras la secularización del Estado, pasó a ser considerada una cuestión pública.[5]

La adopción de numerosos tratados de derechos humanos implicó la incorporación expresa, mediante una enunciación detallada, de los objetivos y propósitos que el derecho a la educación debía perseguir. Así, por ejemplo, el artículo 29 de la CDN enumera como objetivos del derecho a la educación: a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de la ONU; c) inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) preparar al niño para asumir una vida responsable

3. Cf. Organización Iberoamericana de Juventud, Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, Badajoz, 11 de octubre de 2005, arts. 22, 23 y 24.

4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 13. *El derecho a la educación*, 21° período de sesiones (1999), párr. 1.

5. Cf. Nowak, M. (1995). The Right to Education. En A. Eide, C. Krause y A. Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, p. 191.

en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; y e) inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, define a este derecho a partir de ciertos elementos claves que hacen a su ejercicio. Entre ellos enumera:

a) la disponibilidad, refiriéndose a la existencia de instituciones y programas de enseñanza suficientes en relación con la población de que se trate. Se entiende que la educación está disponible "cuando el personal está capacitado en metodologías pedagógicas lúdicas y tiene a su alcance suficiente material didáctico, equipo, mentoría y apoyo continuo, y el lugar donde se imparte es seguro y funcional y tiene acceso a agua potable e instalaciones sanitarias separadas por sexo. La educación está disponible cuando tiene en cuenta las necesidades del alumnado, por ejemplo, la enseñanza se imparte en lenguas locales o minoritarias, o hay flexibilidad para viajar con las poblaciones nómadas".[6]

b) la accesibilidad, pues tales instituciones y programas deben ser asequibles material y económicamente por todos sin discriminación alguna, debiendo asegurarse la educación primaria gratuita y, paulatinamente, implementarse también en la educación secundaria y superior;

c) la aceptabilidad, en alusión a que los programas y métodos pedagógicos deben resultar adecuados culturalmente a la sociedad en la que se implementan. Ello ocurre cuando "los planes de estudio y métodos de enseñanza son pertinentes, adecuados para la cultura y de buena calidad[7];

d) la adaptabilidad, pues la educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sus alumnos y comunidades en diversos contextos culturales y sociales.[8]

6. Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Informe sobre la atención y educación de la primera infancia, A/77/324, 2 de septiembre de 2022, párr. 53.

7. *Ibíd*., nota 6, párr. 55.

8. *Ibíd*., nota 4, párr. 6.

De esta forma, no basta únicamente con reconocer el derecho a la educación, permitiendo que un número indeterminado de personas reciba educación y otro grupo indeterminado de personas imparta conocimiento; además deberá regularse el contenido de este derecho de forma tal que permita alcanzar los propósitos fijados.

Sobre el particular, la CSJN ha señalado que

> el Estado argentino tiene el poder y la obligación de garantizar, por un lado, el progresivo avance hacia la gratuidad de la enseñanza superior y, con la misma envergadura, el acceso según la capacidad a esa enseñanza [...] Es, pues, el Estado Nacional el que ha de velar porque las normas internas –con inclusión de los estatutos universitarios como normas derivadas– no contradigan las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Que la forma de compatibilizar el cumplimiento efectivo de ambas obligaciones internacionales conduce a contemplar ambos principios –gratuidad y equidad– en el financiamiento de la educación universitaria.[9]

En igual sentido se ha expedido el TEDH al considerar que la educación secundaria y universitaria ingresan también en el ámbito de protección del derecho a la educación.[10]

Resulta de vital interés, en este punto, la sanción de la Ley N° 26.206 de Educación Nacional, que en su artículo 3 establece que

> la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación.

9. CSJN, "Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación estatutos U. N. C. –art. 34 ley 24.521–", *Fallos* 322:875. La obligatoriedad de la enseñanza universitaria gratuita surge, por ejemplo, del artículo 26 de la DUDH y del artículo 13, inc. 2.c del PIDESC.

10. Cf. TEDH, *Case of Mürsel Eren v. Turkey*, Application N° 60856/00, Court (Second Section), 7 February 2006, Reports 2006-II, y *Case of Leyla Şahin v. Turkey*, Application N° 44774/98, Court (Grand Chamber), 10 November 2005, Reports 2005-XI.

Para lo cual reconoce la obligatoriedad escolar en todo el país desde los cinco años hasta la finalización del nivel de educación secundario –artículo 16–.

Al referirse a la justiciabilidad del derecho a la educación se ha señalado que "[l]as políticas y disposiciones gubernamentales relativas a la educación, tanto pública como privada, están sujetas al examen y la decisión de los órganos judiciales y cuasi judiciales".[11]

Por otra parte, debe recordarse el debate, ya zanjado por la CSJN, respecto del "sostenimiento del culto católico" al que hace referencia la CN. Sobre el punto, en "Castillo" el Tribunal afirmó que el principio de neutralidad del Estado, que se deriva de los principios de tolerancia, libertad de culto y no discriminación,

> también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la CN). La reforma constitucional incorporó al bloque de constitucionalidad diversos tratados que contemplan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias. Así, el art. 13.3 del PIDESC ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, [...] de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); el art. 12.4 de la CADH ("Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); y el art. 18.4. del PIDCP ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"). En relación al alcance de este derecho, el Comité DH, mediante la Observación General 22, señaló que "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores". En conclusión, la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no cre-

11. Consejo DH, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, *La justiciabilidad del derecho a la educación*, A/HRC/23/35, 10 de mayo de 2013, párr. 13.

> yentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar (considerando 14º).
> [...]
> dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. La forma como se ha venido implementando la "enseñanza religiosa" –durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas– ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la Provincia de Salta haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa.[12]

En otro pronunciamiento, el Máximo Tribunal sostuvo que, descartado el carácter religioso de la conmemoración del "Patrono Santiago", no por su rol bíblico, sino como símbolo cívico y elemento definitorio de la identidad cultural de la provincia de Mendoza y del "Día de la Virgen de Cuyo", fecha en la que se conmemora que haya sido nombrada "Patrona y Generala del Ejército de Los Andes", el calendario escolar de la provincia de Mendoza respondía a las claras directivas que emanan de la Constitución provincial y de la Constitución federal, que consagran el principio de laicidad de la educación pública.[13]

12. CSJN, "Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo", *Fallos* 340:1795, considerandos 14 y 26. En otro contexto, el TEDH ha considerado que no existe evidencia de que la presencia de símbolos religiosos en las paredes de las aulas de una escuela, como, por ejemplo, un crucifijo, tenga una influencia o produzca un efecto en las convicciones de los y las estudiantes que están en proceso de formación, siempre que no forme parte de un plan de adoctrinamiento. En este sentido, los crucifijos son símbolos esencialmente pasivos que no pueden equipararse a la educación religiosa. Cf. *Case of Lautsi and others v. Italy*, Application N° 30814/06, Court (Grand Chamber), 18 March 2011, Reports 2011-III, párrs. 24, 27 y 30.

13. CSJN, "Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/Dirección General de Escuelas s/acción de amparo", *Fallos* 345:730, considerando 7. En su voto el juez Rosatti se pregunta si "¿pueden las celebraciones de mención 'tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición', como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediablemente ligadas a convicciones religiosas y –más aún– propias de una sola religión?", concluyendo que "las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o

Por su parte, la Corte IDH tuvo oportunidad de referirse al contenido y alcance del derecho a la educación en "Guzmán Albarracín", en el cual una niña de 14 años había sido víctima de acoso y abuso sexual en el ámbito escolar. Producto de la depresión que ello le ocasionó, ingirió pastillas que contenían fósforo blanco con la intención de suicidarse. Aunque llegó al colegio con graves síntomas de intoxicación, no recibió ningún tipo de asistencia médica. Finalmente, falleció.

Al respecto, sostuvo el Tribunal regional que

> [l]os Estados deben adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos en el curso del proceso educativo de niñas y niños. En el cumplimiento de estos deberes, es preciso que los Estados tengan en consideración la gravedad y las especificidades que presentan la violencia de género, la violencia sexual y la violencia contra la mujer, todas las cuales son una forma de discriminación. Las niñas y niños tienen, entonces, derecho a un entorno educativo seguro y a una educación libre de violencia sexual. Por otra parte, como indicó el Comité DESC, la educación debe ser "accesible" a todas las personas, "especialmente a [quienes integran] los grupos m[á]s vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos". Dicho Comité resaltó también que la prohibición de discriminación en la educación "se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente".
>
> Dado lo anterior, los Estados deben "adoptar las medidas necesarias para prevenir y prohibir toda forma de violencia y abuso, incluidos los abusos sexuales, […] en las escuelas por el personal docente", que goza, por su condición de tal, de una situación de autoridad y confianza respecto de estudiantes e incluso de sus familiares.[14]

En ocasión de resolver el mencionado caso, el Tribunal interamericano hizo referencia expresamente al derecho a la educación sexual como parte integrante del derecho a la educación.

---

imposición –a los alumnos y/o personal docente y no docente– de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación".

14. Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 118 y 119.

En nuestro país, la Ley N° 26.150 implementa el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, que en su artículo 1 dispone que todos y todas "tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal".

A esta altura del desarrollo debemos señalar que la garantía del derecho a la educación se ve dificultada por múltiples factores, tales como la pobreza, la infraestructura inadecuada de las escuelas, la ubicación geográfica de los centros educativos, la falta de transporte adecuado, la falta de incorporación de la educación intercultural, los costos de libros escolares y textos, la falta de voluntad de las familias de brindar educación a las hijas, el embarazo adolescente, entre muchos otros.[15] Ello implica que sea necesario regular un sinnúmero de cuestiones que, invariablemente, definen el contenido de este derecho, que serán analizadas a continuación, sin pretender, por supuesto, agotar todos los aspectos de tal discusión.

En primer lugar, numerosos ejemplos de la historia universal evidencian la relación educación-discriminación. Así, por ejemplo, durante el *apartheid* en Sudáfrica se legisló que las personas de raza negra debían asistir a escuelas distintas de aquellas a las que asistían personas de raza blanca, el costo monetario de las escuelas para personas de raza negra era más elevado e incluso estaba prohibido el acceso a la escuela superior para este grupo racial discriminado. Ello evidencia que la forma de privar a determinados grupos sociales, raciales, étnicos, entre otros, de su participación en la vida política, social y cultural de un país es privarlos, precisamente, del acceso a la educación en condiciones de igualdad.[16]

15. Cf. CIDH (2011). *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, párr. 20.

16. *Ibíd*., nota 5, p. 202. El TEDH ha considerado que, aunque un Estado no tenga intenciones discriminatorias, una posición que perpetúa la escolarización de los niños gitanos en escuelas exclusivas para esa comunidad y renuncia a las medidas antisegregacionistas efectivas, no puede considerarse justificada por un objetivo legítimo. Cf. TEDH, *Case of Lavida and others v. Greece*, Application N° 7973/10, Court (First Section), 30 May 2013, párrs. 73 y 74.

Advirtiendo esta circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado aumentar "la matrícula en la enseñanza primaria y secundaria, reduciendo las disparidades económicas, étnicas y regionales en el acceso a la educación y el pleno disfrute de ese derecho".[17]

Asimismo, para permitir el acceso a la educación en condiciones de igualdad a hombres y mujeres deberán erradicarse los estereotipos imperantes en la educación[18], adoptándose todas las medidas necesarias para asegurar la igualdad en el acceso a toda clase de instituciones, iguales condiciones de estudio, la misma selección de programas y planes de estudio e igualdad de oportunidades en la obtención de becas y otras subvenciones.[19]

En relación con este aspecto se debe garantizar, también, la igualdad de condiciones en el acceso al empleo. En este sentido, la CIDH remarca que "a pesar del incremento en algunos Estados americanos del número de mujeres que egresan de la educación superior, ello no se traduce en mejores empleos y salarios en comparación con los hombres",[20] pese a que existe la obligación estatal de adoptar acciones positivas concretas para revertir tal situación.

A su vez, en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad se establece como necesario hacer "hincapié en la educación y formación ocupacional de las personas con discapacidad, para asegurarles un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida; [y] se enfatiza la educación hacia el resto de la población, que debe ser dirigida a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales",[21] como forma de eliminar progresivamente la discriminación en relación con este grupo.

---

17. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales respecto de Ecuador, 39º período de sesiones, 13 de septiembre de 2005, CRC/C/15/Add.262, párr. 60.

18. Cf. Convención de Belém do Pará, artículo 6.b.

19. Cf. AG, Resolución 2263 (XXII), Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1597ª sesión plenaria, artículo 9 y UNESCO (1960). Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, artículo 2.

20. *Ibíd*., nota 15, párr. 23.

21. Salvioli, F. (2004). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, (39), 123.

Los pueblos indígenas y las personas refugiadas y migrantes también requieren de medidas especiales que resignifican el contenido del derecho a la educación.

En el caso de quienes han solicitado u obtenido el estatus de refugiado deben recibir el mismo trato que los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.[22] En sentido contrario, la CSJN convalidó la restricción al acceso a la educación universitaria a las personas migrantes que carecen de documento nacional de identidad (DNI) argentino.

En efecto, sostuvo expresamente que

> el derecho de aprender que la Constitución y los pactos internacionales amparan no sufre privación alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquel debe someterse […] el requisito impuesto por las autoridades universitarias en función del marco normativo vinculado a la acreditación de la identidad –y que implica un cierto grado de arraigo– no parece desproporcionado ni un recaudo injustificado si se tiene en cuenta que lo que se halla en disputa es el acceso a ofertas educativas que permitan a los aspirantes formarse, capacitarse y obtener el título universitario que los habilite para ejercer una profesión.[23]

22. Cf. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 22; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, artículos 44 y 45, y TEDH, *Case of Timishev v. Russia*, Applications N° 55762/00 and 55974/00, Court (Second Section), 13 December 2005, Reports 2005-XII, párrs. 64-67.

23. CSJN, "Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/amparo ley 16.986", *Fallos* 344:3132. Vale la pena destacar que la Ley Nº 25.871 de Política Migratoria Argentina, en su artículo 6 establece que "[e]l Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social". Más importante aún, el artículo 7 dispone que "[e]n ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario". Como señala Rey, la CSJN no tuvo en cuenta que al fijar el "Régimen de Admisión de Estudiantes Extranjeros e Internacionales" la UBA no había tenido en cuenta el derecho a la educación superior de los estudiantes privados de la libertad, puesto que el nuevo reglamento del Programa UBA XXII se aprobó con posterioridad. La normativa que se cuestionaba estaba destinada a personas extranjeras con residencia temporaria o permanente en la Argentina. Para

Más allá de las críticas que pueden formularse al fallo en relación con el principio de igualdad y los derechos de las personas migrantes, lo cierto es que a través de dicha decisión la CSJN recorta severamente el alcance y la protección del derecho a la educación.

En cuanto a los pueblos indígenas, las medidas positivas que se adopten para propiciar la igualdad del grupo no deben limitarse a regular el acceso a las instituciones, planes de estudio y becas en igualdad de condiciones, sino también, y principalmente, deben orientarse a permitirles "establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje".[24] En

---

ese grupo no resulta irrazonable exigir la presentación del DNI, dado que con cualquiera de las dos residencias pueden obtenerlo. La falta de previsión del legislador de la situación de las personas extranjeras que se encuentran privadas de libertad supone un problema al momento de realizar el test de razonabilidad que en el fallo no se analiza. La norma cuestionada genera una distinción irrazonable entre las personas extranjeras privadas de libertad y las personas de nacionalidad argentina que también se encuentran detenidas, dado que las segundas, aunque estén privadas de su libertad no pierden su DNI mientras que las primeras nunca podrán conseguirlo. Por ello, el legislador debía tratar de un modo diferente a quienes pertenecen a este segundo grupo. Finalmente, resulta increíble que el Estado argentino permita que un extranjero ingrese al país con su pasaporte o incluso con la cédula de identidad, bastando dicho documento para acreditar la identidad, mientras que a los fines de poder estudiar a la UBA y a la CSJN no les alcance dicho documento. Para el Poder Judicial argentino basta el pasaporte o la cédula de identidad de una persona a los fines de condenarla a la pena de prisión y privarla de la libertad, pero estos documentos carecen de utilidad para garantizar el derecho a la educación. En síntesis, al exigirle al actor el mismo requisito que al resto de los estudiantes, con pleno conocimiento de que cumplirlo es imposible por ser un extranjero privado de la libertad, ni la UBA ni la CSJN resolvieron la desigualdad que padecía por su condición de migrante privado de la libertad. Cf. Rey, S. A. (2022). Igualdad para pocos. La desprotección judicial del derecho a la educación superior de las personas migrantes privadas de la libertad, *Jurisprudencia Argentina, fascículo 13,* 5-7. De igual modo, se ha afirmado que "se aplica un requisito de forma homogénea a una población que no se encuentra en condiciones homogéneas, por lo que se produce la discriminación. Si todas las personas en Argentina fuesen capaces de adquirir su DNI con facilidad, los artículos 141 de la Ley Nacional de Educación y 7 de la Ley Nacional de Migraciones no tendrían razón de ser". Asa, P. y Corre Estrada, H. (2023). Derecho a la educación. Migrantes. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, año 2022, (6), 32.

24. AG, Resolución 295 (LXI). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 107ª sesión plenaria, Anexo, artículo 14.

ese sentido, la Corte IDH reconoció la obligación estatal de dotar "de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de [las] comunidades [indígenas]".[25]

En Argentina, la relación educación-igualdad fue analizada en "Ferrer de Leonard", en el cual la CSJN ordenó a la provincia de Tucumán implementar la Ley N° 24.195 Federal de Educación, considerando que la decisión provincial en sentido contrario alteraba los objetivos constitucionales de igualdad de oportunidades y no discriminación que la norma nacional había procurado concretar. Ello se debía a que, por ejemplo, quienes egresaban de las escuelas tucumanas no tendrían títulos reconocidos a nivel nacional, lo que les impediría continuar sus estudios terciarios o universitarios y los pondría en clara desventaja.[26]

Otra relación importante se presenta en el binomio educación-trabajo. Desde la Revolución Industrial hasta la actualidad los niveles crecientes de tecnologización y profesionalización, como así también la especialización del conocimiento, han llevado a que el grado de educación que una persona posee determine directamente sus posibilidades de acceso al mercado laboral y de obtener mejores empleos.

25. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 9, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 221. Sin perjuicio de ello, un informe realizado por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) en el año 2005 determinó que "los pueblos indígenas enfrentan enormes disparidades en el acceso y en la calidad de la educación y el servicio de salud que reciben". Tauli-Corpuz, V. (2010). Reflexiones sobre el papel del foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas en relación con los ODM. *Revista Sur*, *7*(12), 85.

26. CSJN, "Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán s/amparo", *Fallos* 326:2637. En sentido similar, el TEDH ha afirmado que, para que el derecho a la educación sea efectivo, es necesario que, entre otras cosas, la persona tenga la posibilidad de obtener beneficios de la educación recibida; es decir, el derecho a obtener, de conformidad con las normas en vigentes en cada Estado, y de una forma u otra el reconocimiento oficial de los estudios que ha terminado. Cf. TEDH, *Case of Catan and others v. Moldova and Russia*, Applications N° 43370/04, 18454/06 and 8252/05, Court (Grand Chamber), 19 October 2012, Reports 2012-V, párr. 137.

Por ello, se ha afirmado que, al reconocer las constituciones modernas el derecho al trabajo se está a su vez reconociendo en forma implícita el derecho a una educación, una formación profesional y, si es necesario, la elección consciente de una rama de actividad determinada.[27] En función de lo señalado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo que "si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas".[28]

Garantizar el acceso a la educación en condiciones de igualdad con la intención de brindar herramientas para el desenvolvimiento laboral de una persona implica también generar políticas públicas de inclusión que permitan extender el uso y goce de este derecho a la gran mayoría de la población, si no a su totalidad. De esta forma, proveer de educación es también brindar herramientas para salir de la pobreza junto con otras consecuencias esperables.[29]

La Corte IDH destacó la vital importancia que posee el derecho a la educación al favorecer la posibilidad de gozar de una vida digna.[30] Así, sostuvo que la inexistencia de instalaciones adecuadas para la educación de niños y niñas y la insuficiente asistencia estatal brindada constituyen una violación del artículo 4.1 de la CADH.[31]

---

27. Cf. Borcelle, G. (1984). *La igualdad de oportunidades para las jóvenes y mujeres en la enseñanza técnica, la formación profesional y el empleo.* París: Serbal/UNESCO, p. 39.

28. *Ibíd*., nota 4, párr. 14.

29. Como lo ha ejemplificado la UNESCO, "cuatro años de enseñanza primaria […] equivalen a un incremento de productividad agrícola de un 10% o más por término medio. Las madres alfabetizadas tienen menos hijos, más sanos y mejor alimentados. Por año más en que una madre asiste a la escuela se registra un descenso de la mortalidad infantil de un 9 por 1,000 aproximadamente". PNUD (1992). Human Development Report 1992. Nueva York: Oxford University Press. Asimismo, se ha destacado que "las mujeres que han recibido algún tipo de educación […] tienen una mayor capacidad para protegerse ellas mismas y de proteger a sus hijos contra el VIH/SIDA, la trata y la explotación sexual y tienen más probabilidades de contribuir plenamente al desarrollo político, social y económico". *Ibíd*., nota 14, párr. 180.

30. Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 84.

31. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 213 y 214.

Asimismo, se ha sostenido que

> el acceso a una educación de calidad habilita al niño para el disfrute de otros derechos al facilitarle los conocimientos y las aptitudes y capacidades necesarias para ello, a la vez que le prepara para llevar una vida plena, satisfactoria y responsable en una sociedad libre.[32]

De igual forma, la educación se presenta como la mejor vía para lograr la reinserción social de los niños y las niñas que han sido privados de su libertad debido a la comisión de un delito, para evitar que se encuentren en una situación de desventaja cuando recuperen su libertad, como así también para permitirles desempeñar luego un papel productivo en la sociedad.[33]

Por lo expuesto, la Corte IDH obligó a un Estado a brindar "asistencia vocacional, así como un programa de educación especial" destinado a menores de edad que habían sufrido violaciones de derechos humanos durante sus privaciones de la libertad.[34]

En otro orden de ideas, para el correcto ejercicio de la libertad de expresión y la participación en una sociedad democrática, el contenido del derecho a la educación debe, necesariamente, garantizar la defensa de la libertad académica del cuerpo docente y del alumnado, creando la obligación a cargo de todos los Estados de asegurar la posibilidad de investigar, desarrollar y transmitir ideas y conocimiento sin limitaciones de ningún tipo, sin ser objeto de discriminación ni persecución por las ideas que se profesan.[35]

---

32. CIDH (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54/13, párr. 632.

33. Cf. Comité de los Derechos del Niño, Recomendación General Nº 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44º período de sesiones (2007); AG, Resolución 33 (XL). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), 96ª sesión plenaria, y Resolución 113 (XLV). Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 68ª sesión plenaria.

34. Cf. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 321.

35. *Ibíd*., nota 4, párrs. 38-40.

La interrelación del derecho a la educación con otros derechos puede observarse, con cierta particularidad, en el análisis que la Corte IDH realiza en ocasión de fijar las reparaciones en casos de violaciones a derechos humanos.[36]

En definitiva, la educación se presenta como un derecho indispensable para todas las personas porque solo a través de la educación se encontrarán en condiciones de hacer respetar sus restantes derechos y exigir del Estado el cumplimiento de sus obligaciones. No alcanza con saber que se cuenta con un derecho; también se debe poseer un nivel de instrucción tal que permita advertir el momento en que ese derecho no está siendo respetado y exigir que

36. En sus primeros casos contenciosos ordenó, por ejemplo, que a los hijos de una víctima de desaparición forzada se les garantice el derecho a la educación hasta la edad de 25 años. Cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 48, y *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párr. 46. En otro caso, dispuso la reapertura de una escuela ubicada en la aldea donde vivían descendientes de víctimas atacadas por los militares por su supuesta pertenencia a un grupo subversivo, a los fines de garantizarles su derecho a la educación hasta determinada edad. Cf. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 96. También condenó a varios Estados a otorgar becas de estudio a familiares de las víctimas (Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 336; *Caso Mirna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 285; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 237, y *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 80), a diagramar planes de estudio para que familiares de una víctima de desaparición forzada pudieran concluir los estudios primarios y secundarios que interrumpieron al momento de los hechos, sin interferir con su vida laboral actual (Cf. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 145), y a facilitar el ingreso o permanencia en la universidad de la hija de un dirigente de una comunidad indígena asesinado, mediante cursos u otras actividades de refuerzo académico (Cf. Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 170). Por último, dispuso que se adopten medidas tendientes a facilitar alojamiento y alimentación adecuados a las niñas que debían trasladarse para realizar sus estudios secundarios, con el fin de evitar su deserción, sin perjuicio de considerar apropiada la instalación de una escuela secundaria en la comunidad en cuestión. Cf. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 270.

se garantice su cumplimiento por las vías apropiadas. Es decir, la educación es necesaria también para eliminar los obstáculos de acceso a la justicia.[37]

Por último, la educación en materia de derechos humanos se presenta como indispensable en una sociedad democrática.[38] Particularmente, se debe brindar educación en derechos humanos a los funcionarios públicos; es decir, a todas las personas que desarrollen sus funciones en relación con la aplicación de las leyes y su cumplimiento, de forma tal de impedir que se produzcan violaciones a estos derechos, evitar la responsabilidad de los Estados y alcanzar niveles de respeto y garantía cada vez mayores.[39]

37. Sobre el particular, el Tribunal observó que el analfabetismo de la víctima exigió la asistencia de sus hijas para realizar las gestiones de búsqueda de su hijo ante autoridades estatales. Esta situación aumentó sus padecimientos y se presentó como un obstáculo de su acceso a la justicia. Debido a lo anterior, la Corte IDH ordenó al Estado brindar todas las facilidades materiales necesarias para que, en el caso que ella lo desee, pueda participar en un programa de alfabetización a través de las instituciones estatales de educación encargadas, que tome en consideración su condición de bilingüe en los idiomas castellano y quechua. Cf. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*, nota 36, párr. 147.

38. *Ibíd*., nota 30, párrs. 84-88.

39. Entre otros, Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 86; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 316; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 409; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 178; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 161; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 452; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 158, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 251.

Capítulo 14

Derecho del trabajo y libertad de asociación en la jurisprudencia de la Corte IDH

Sebastián A. Rey

Tanto la CADH como el Protocolo de San Salvador habilitan la presentación de peticiones o denuncias ante la CIDH y, posteriormente, que el caso sea sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, ante violaciones al derecho del trabajo y la libertad de asociación.

En las sucesivas páginas se examinará la normativa y jurisprudencia vinculada a las siguientes temáticas: a) la libertad de asociación y el derecho a la huelga; b) el principio de legalidad y el debido proceso en las relaciones laborales; y c) el derecho del trabajo como derecho económico, social y cultural.[1]

1. Teniendo en cuenta que las sentencias del Tribunal son obligatorias y, principalmente por razones de extensión, en este capítulo únicamente se hará referencia a las recomendaciones elaboradas por la CIDH en sus informes o a los informes del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar los Informes Nacionales Periódicos de los Estados Partes del Protocolo de San Salvador. El valor de las sentencias de la Corte IDH y su diferencia con cualquier otra decisión que pueda emanar de un órgano de aplicación de tratados de derechos humanos, ya sea en el ámbito interamericano o universal, fueron reconocidos por el Tribunal cuando, al comparar la naturaleza de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical y sus sentencias, señaló que en el primer caso se trata de "un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de la C[ADH], es definitiva e inapelable (artículo 67), y de obligatorio cumplimiento". Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61, párr. 57.

1. La libertad de asociación y el derecho a la huelga

El artículo 16 de la CADH establece:

> 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
> 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
> 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Uno de los primeros pronunciamientos de la Corte IDH sobre esta temática es el *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, en el cual la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales había llevado adelante una marcha y un paro laboral, que circunstancialmente coincidió con un intento de golpe de Estado. El gobierno sancionó una ley y la aplicó retroactivamente para despedir a una gran cantidad de empleados públicos –algunos con fueros sindicales– que habían participado en la organización o ejecución del paro, asociándolos al intento de golpe en base a listas aportadas por las autoridades de sus centros de trabajo.

Para el Tribunal interamericano,

> la libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho.

Esta libertad

> supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad".[2]

Al referirse al despido de un amplio número de dirigentes sindicales, modificando el procedimiento vigente para hacerlo, el Tribunal concluyó que se había afectado gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores y se había vulnerado la libertad de asociación sindical.[3]

También analizó la Corte IDH la posibilidad de restringir este derecho en virtud de su necesidad en una sociedad democrática, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.2 de la CADH. La conclusión del Tribunal fue que el despido de trabajadores con fuero sindical, la obstrucción de las instalaciones del sindicato y la intervención de las cuentas bancarias de los sindicatos no eran necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni guardaron relación con el principio de proporcionalidad.[4]

Por otra parte, en el caso de la ejecución extrajudicial del Secretario General de la Confederación General de Trabajadores del Perú, Pedro Huilca Tecse, la Corte IDH vinculó su muerte con el derecho a la libertad de asociación, en relación con la libertad sindical.

El Tribunal señaló que la libertad de asociación tiene dos dimensiones: una social, que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos;[5] y otra individual, que "no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a

2. 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. 156.

3. *Ibíd.*, nota 2, párr. 166.

4. *Ibíd.*, nota 2, párr. 172.

5. Cf. Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 71.

utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad".[6] De este modo, "una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga".[7]

Para la Corte IDH, el ejercicio efectivo de la libertad de asociación no puede ser reducido a una mera obligación por parte del Estado de no interferir, sino que en algunas ocasiones también requiere la adopción de medidas positivas, aun en la esfera de las relaciones entre particulares, si el caso lo amerita.[8]

En virtud de ello, advirtió que

> un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetas a violencia alguna; de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses.[9]

Toda vez que la ejecución del Sr. Huilca Tecse fue la represalia adoptada por el Estado a su legítimo ejercicio del derecho a la libertad de asociación, para la Corte IDH generó un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano que disminuyó su libertad para ejercer el derecho a asociarse.[10]

A similar conclusión arribó en el caso de las ejecuciones por un grupo paramilitar de Saúl Isaac Cantoral Huamaní –Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú– y de Consuelo Trinidad García Santa Cruz –fundadora del Centro de Mujeres "Fi-

6. *Ibíd*., nota 5, párr. 70.

7. *Ibíd*., nota 6.

8. *Ibíd*., nota 5, párr. 76.

9. *Ibíd*., nota 5, párr. 77.

10. Este efecto amedrentador e intimidante en los demás miembros del sindicato al que pertenecía fue también considerado probado en el caso de la desaparición forzada de Víctor Manuel Isaza Uribe, miembro del Sindicato Único de Trabajadores de la Industria de Materiales de la Construcción de Colombia. Cf. Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 145.

lomena Tomaira Pacsi, Servicios a la Mujer Minera"– en el marco del conflicto laboral minero que se vivió en aquel Estado a fines de la década de 1980.[11]

El Tribunal entendió que dichas ejecuciones no solo restringieron la libertad de asociación de las víctimas, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor; es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho, toda vez que "los derechos sindicales no pueden ser ejercidos en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia sindical caracterizadas, *inter alia*, por ejecuciones extrajudiciales".[12]

En otro caso, el Tribunal vinculó el derecho a la libertad de asociación con el trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos que realizaba la víctima, ya que los funcionarios que lo habían detenido y torturado aludieron en varias oportunidades a su condición de abogado de derechos humanos.[13] A raíz de los hechos denunciados, la víctima no pudo continuar ejerciendo su libertad de asociación y se refugió en otro país.

El artículo 16.1 de la CADH comprende, en su faz positiva, el deber estatal de prevenir los atentados contra la libertad de asociarse, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad.

En ese sentido, la Corte IDH recordó que "la libertad de asociación solo puede ejercerse en una situación en la que se respete y garantice plenamente los derechos humanos, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona".[14]

---

11. Cf. Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párrs. 146 y 147.

12. *Ibíd*., nota 11, párr. 145.

13. Cf. Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs. 101 y 102. La Corte IDH subrayó que la violencia contra personas defensoras de derechos humanos tiene un efecto amedrentador (*chilling effect*) especialmente cuando los delitos permanecen en la impunidad. Cf. Corte IDH. *Caso Sales Pimenta Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párr. 89.

14. Corte IDH. *Caso Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361, párr. 63.

En "Gudiel Álvarez", el Tribunal también tuvo en cuenta la pertenencia de las víctimas a organizaciones estudiantiles, sindicales o movimientos sociales, que eran consideradas como "enemigos internos" durante el conflicto armado interno en Guatemala, para declarar la violación del artículo 16.1 de la CADH.[15]

Esta pertenencia fue desarrollada con mayor profundidad en "García y Familiares". Una de las víctimas, Edgar Fernando García, era líder sindical en la empresa CAVISA donde trabajaba y estaba vinculado con una asociación de estudiantes universitarios.

Para la Corte IDH, la desaparición forzada del Sr. García tuvo como finalidad restringir su libertad de asociación y su libertad sindical, pues se ejecutó dentro de un patrón de acciones por parte del Estado dirigido a capturar o eliminar a líderes de sindicatos y organizaciones estudiantiles por no compartir la ideología del Estado. Las desapariciones forzadas, como parte de la política contrainsurgente del Estado, tenían la finalidad de desarticular los movimientos u organizaciones que el Estado identificaba como proclives a la "insurgencia" y extender el terror en la población.[16]

Adicionalmente, resaltó el efecto que produjo la desaparición del Sr. García en los sindicatos de CAVISA y otras empresas, organizaciones o federaciones sindicales, en función de que "publicaron campos pagados en la prensa nacional denunciando lo sucedido y reclamando su aparición, hasta un año después de los hechos".[17]

En otro contexto, en "Lagos del Campo" la víctima fue despedida como consecuencia de manifestaciones que había realizado como presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli y, al mismo tiempo, como representante sindical.

Sobre el particular, la Corte IDH señaló que

15. Cf. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 220.

16. Cf. Corte IDH. *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 120.

17. *Ibíd*., nota 16, párr. 121.

> la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores.[18]

El Tribunal derivó esta protección no solo del artículo 16 de la CADH, sino también del artículo 26 de dicho tratado y de otros instrumentos internacionales que reconocen una protección especial a la libertad de asociación con fines de protección de los intereses de los trabajadores, sin especificar que esta protección se restrinja al ámbito sindical.

Quienes representan a trabajadores/as deben gozar de una protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos/as, incluido el despido por razón de su condición de representantes de trabajadores/as o de sus actividades derivadas de dicha representación. Asimismo, el Estado debe garantizar que la imposición de sanciones que puedan resultar desproporcionadas no genere un efecto disuasivo en el derecho de los/as representantes de expresar y defender los intereses de sus representados/as.[19]

En el caso concreto, la Corte IDH concluyó que el despido trascendió a la violación del derecho individual a la libertad de asociación, pues privó también a los trabajadores de la representación de uno de sus líderes, al mismo tiempo que pudo tener un efecto amedrentador e intimidante, debido a que fue realizado como represalia por sus labores de representación.[20]

Finalmente, en mayo de 2021 la Corte IDH dicto la Opinión Consultiva OC-27 sobre libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género.

Entre los conceptos más relevantes esbozados por el Tribunal se encuentra que "los trabajadores y las trabajadoras no pueden renunciar *in peius* a sus derechos laborales reconocidos en la legislación laboral por medio de la negociación colectiva".[21]

---

18. 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. 158.

19. *Ibíd*., nota 18, párr. 160.

20. *Ibíd*., nota 18, párrs. 161 y 162.

21. 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,*

Asimismo, destacó que los Estados deben garantizar el derecho de las mujeres

> a no ser objeto de actos de discriminación y a participar de todas las asociaciones que se ocupen de la vida pública y política, incluyendo los sindicatos y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras. Esto implica no establecer ningún tipo de trato injustificadamente diferenciado entre personas por su mera condición de mujer y la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real en el ejercicio de los derechos sindicales.[22]

La autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres dentro de los sindicatos y, por el contrario, obliga a los Estados a adoptar medidas positivas que permitan a las mujeres gozar de una igualdad formal y material en el espacio laboral y sindical.[23]

La Corte IDH resaltó que la relación entre la libertad de asociación y la libertad sindical es "de género y especie", pues la primera reconoce el derecho de las personas de crear organizaciones y actuar colectivamente en la persecución de fines legítimos (art. 16 de la CADH), mientras que la segunda debe ser entendida en relación con la especificidad de la actividad y la importancia de la finalidad perseguida por la actividad sindical, así como por su protección específica derivada del artículo 26 del tratado y el artículo 8 del Protocolo de San Salvador.[24]

En el mismo sentido ha indicado que es fundamental la protección del derecho a la negociación colectiva y a la huelga, como herramientas esenciales de los derechos de asociación y a la libertad sindical.[25]

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, párr. 149.

22. *Ibíd*., nota 21, punto resolutivo 6.

23. *Ibíd*., nota 21, párr. 193.

24. *Ibíd*., nota 21, párr. 123.

25. *Ibíd*., nota 21, párr. 124.

El derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, que tienen una relación de interdependencia e indivisibilidad, son derechos humanos protegidos en el marco del SIDH, lo que conlleva la obligación de los Estados de adoptar mecanismos para su garantía, incluyendo el acceso a un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de dichos derechos, la prevención, investigación y sanción de los responsables de violaciones a derechos sindicales y el deber de adoptar medidas específicas para su plena vigencia.[26]

El Tribunal reconoció que

> el derecho a la huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras.[27]

El criterio de legalidad de la huelga es un elemento central respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho a la huelga. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible realizar una huelga legal.[28] Por este motivo, una tasa de participación muy alta vuelve en la práctica imposible un movimiento de huelga legal, por lo que su imposición implica una restricción arbitraria al derecho a la huelga, de la libertad de asociación y de la libertad sindical.[29]

Los Estados pueden establecer el cumplimiento de ciertas condiciones previas en el marco de la negociación colectiva antes de optar por el mecanismo

26. *Ibíd*., nota 21, párr. 106.

27. Corte IDH. *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C No. 445, párr. 109.

28. *Ibíd*., nota 21, párr. 100.

29. *Ibíd*., nota 27, párr. 126.

de la huelga en defensa de los trabajadores y las trabajadoras. Sin embargo, "estas condiciones deben ser razonables y en ningún momento deben afectar el contenido esencial del derecho a la huelga o la autonomía de las organizaciones sindicales".[30]

2. El principio de legalidad y el debido proceso en las relaciones laborales

Al analizar casos en los que se despidieron trabajadores/as, el Tribunal regional destacó la necesidad de respetar el principio de legalidad, tanto en lo que hace a los procedimientos a aplicar como a la interpretación de las causales que habilitan un despido.

En "Baena Ricardo y otros" expuso la importancia de

> distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.[31]

En virtud de ello, señaló que la normativa que se había aplicado retroactivamente en aquel caso contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, por lo que violaba el principio de legalidad.[32] Por ende, el Estado debía restablecer en sus cargos a las víctimas que se encontraban con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respetaran las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidas.[33]

El Tribunal interamericano también se pronunció en distintos casos sobre los numerosos ceses irregulares en el sector público llevados a cabo en Perú. En "Acevedo Jaramillo" tuvo que analizar la efectividad de la revisión judi-

30. *Ibíd*., nota 27, párr. 118.

31. *Ibíd*., nota 2, párr. 131.

32. *Ibíd*., nota 2, párrs. 108 y 113.

33. *Ibíd*., nota 2, párr. 203.

cial de procesos de cesación por causal de excedencia en la Municipalidad de Lima, en función de programas de evaluación de personal implementados. A resultas de los despidos, el Sindicato de Trabajadores Municipales llevó adelante una huelga, que tuvo como consecuencia el despido de quienes participaron de aquella. Muchos consiguieron sentencias judiciales favorables que ordenaban su reincorporación, pero no fueron cumplidas por el Estado.

Para la Corte IDH, a fines de satisfacer el derecho de acceso a un recurso efectivo,

> no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados.[34]

En el caso en análisis consideró que las violaciones por el incumplimiento de sentencias fueron particularmente graves, ya que implicaron que durante muchos años se afectaran derechos laborales amparados en ellas, no pudiendo el Estado justificar la demora del cumplimiento de las sentencias en la falta de presupuesto.[35]

En "Trabajadores Cesados del Congreso" se discutió la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República. El Tribunal concluyó que existían impedimentos normativos y prácticos que limitaban la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las víctimas, en el marco de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar este tipo de demandas. Por eso, señaló que "no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo".[36]

---

34. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 220.

35. *Ibíd*., nota 34, párrs. 225 y 278.

36. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 129.

Sin embargo, no condenó al Estado a que reincorporara a quienes fueron despedidos/as, sino a que garantizara sus derechos a acceder a un recurso sencillo, rápido y eficaz ante un órgano independiente e imparcial, para que decida, en forma vinculante y definitiva, si esas personas habían sido cesadas regular y justificadamente o, en caso contrario, fijara las consecuencias jurídicas correspondientes.[37]

Nueve años después de dicha sentencia, al momento de resolver el *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú,* la Corte IDH modificó este criterio y tomó una decisión definitiva sobre las reparaciones que correspondían sin hacer una remisión al ámbito interno, en virtud de las controversias que aún existían para ejecutar el fallo internacional.

Luego de veintitrés años de ocurridos los hechos del caso, consideró que "la reincorporación o reposición de las víctimas en sus antiguos cargos o en otros análogos enfrenta diversos niveles de complejidad y operatividad, en particular, por la modificación de la planta de personal en el Congreso". Por ende, no ordenó el reintegro de las víctimas a sus cargos, sino que se les pagara una indemnización compensatoria.[38]

Respecto de Venezuela, al analizar la rescisión de los contratos de servicios profesionales con el Consejo Nacional de Fronteras –órgano adscripto al Ministerio de Relaciones Exteriores– de tres víctimas como consecuencia de haber firmado una solicitud de convocatoria al referendo revocatorio del mandato del entonces presidente Chávez, la Corte IDH entendió que

> ante alegatos de persecución o discriminación política, represalia encubierta o restricciones arbitrarias indirectas al ejercicio de una serie de derechos, los jueces estaban en posición y obligación, por control de convencionalidad, de garantizar una protección judicial con las debidas garantías a las presuntas víctimas, analizando la motivación o finalidad real del acto impugnado más allá de las razones formales invocadas por la autoridad recurrida, así como los elementos contextuales e indiciarios relevantes. Lo anterior por cuanto, si bien no "puede exigirse al empleador la prueba diabólica del hecho negativo de la discriminación", en ese tipo de casos es prácticamente imposible para el

37. *Ibíd*., nota 36, párr. 148.

38. Cf. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, párr. 149.

> recurrente demostrar "fehacientemente" un nexo causal, con pruebas directas, entre un trato discriminatorio y la decisión formal de terminar los contratos, tal como exigió el juzgado que resolvió el amparo.[39]

En otro contexto, pero también vinculado con el principio de legalidad, en "Abrill Alosilla y otros" se discutía un sistema de reajuste automático de remuneración denominado "ratios salariales" establecido en una empresa pública. El incremento no fue ejecutado, lo que motivó a que un grupo de trabajadores judicializaran tal medida y consiguieran que un juez les diera la razón, aunque dicha sentencia no se ejecutó inmediatamente.

La Corte IDH señaló que "el sistema de reajuste que tenían las 223 víctimas […] había generado un aumento en las remuneraciones que ingresó a su patrimonio, lo cual implicó que pasara a ser un derecho adquirido".[40] Como este derecho se vio afectado por la aplicación retroactiva de un decreto que derogaba el sistema de "ratios salariales", el Tribunal declaró que el Estado había violado los derechos de los peticionarios.

3. El derecho del trabajo como derecho social

La aplicación del Protocolo de San Salvador por la Corte IDH ha sido aislada y fallida.[41]

El artículo 8 del tratado reconoce

> el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este

39. 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, párr. 192.

40. Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011, Serie C No. 223, párr. 84.

41. En "Baena Ricardo y otros", el Tribunal destacó que el Protocolo de San Salvador recoge la idea de que la libertad de asociación, en materia laboral, comprende un derecho a formar asociaciones y una libertad de toda persona de no ser obligada a asociarse. Sin embargo, como al momento de los hechos del caso Panamá todavía no había ratificado el referido tratado, no analizó su posible violación. *Ibíd*., nota 2, párr. 99.

> derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

Recién en la Opinión Consultiva OC-22/16 la Corte IDH interpretó el contenido de esta norma. En efecto, al referirse a los sindicatos señaló que

> estas organizaciones colectivas tienen la capacidad de, por ejemplo, crear sus propios estatutos, elegir a sus representantes o manejar sus finanzas. Asimismo, asociarse y formar otras organizaciones colectivas también supone que tienen la capacidad para llevar a cabo esos actos. La capacidad de obrar implica la existencia de la personalidad jurídica de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Ello conlleva a la Corte a concluir que el uso del término "permitir" en el marco del artículo 8 del Protocolo presupone entonces que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones constituyen personas jurídicas distintas a sus asociados con capacidad diferente a las de ellos para contraer obligaciones, y adquirir y ejercer derechos, tales como, al libre funcionamiento.[42]

Lo más importante de dicha Opinión Consultiva es que para la Corte IDH la protección del SIDH abarca no solo los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, sino también de los sindicatos, toda vez que

> la protección de los derechos de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones es indispensable para salvaguardar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección [...] una desprotección de sus derechos se traduciría en un impacto de mayor intensidad en sus asociados ya que se generaría una afectación o limitación del goce efectivo de los trabajadores a organizarse colectivamente.[43]

42. Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 91.

43. *Ibíd*., nota 42, párr. 96.

Por otra parte, hasta el año 2017, en su jurisprudencia constante,[44] la Corte IDH se había negado a analizar el derecho del trabajo a partir del artículo 26 de la CADH. La única referencia importante se encontraba en el voto conjunto concurrente de los jueces Figueiredo Caldas y Ferrer Mac-Gregor Poisot en "Canales Huapaya y otros", quienes sustentaron la justiciabilidad directa del derecho al trabajo a partir de una interpretación evolutiva respecto del alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la CADH.[45]

Esta postura encontró acogida dentro de la Corte IDH a partir de "Lagos del Campo", en el que cinco de los siete integrantes del Tribunal argumentaron que la víctima había realizado manifestaciones en su calidad de representante de los trabajadores y en el marco del ejercicio de sus competencias como presidente del Comité Electoral, por lo que poseían un interés público y contaban con un nivel reforzado de protección.

Es más, para la Corte IDH

> en principio, las manifestaciones orientadas a promover el correcto funcionamiento y mejoramiento de las condiciones de trabajo o reivindicación de los trabajadores, representa en sí mismo un objetivo legítimo y coherente en el marco de las organizaciones de trabajadores. Asimismo, las declaraciones vertidas en el marco de un proceso de elección interna contribuyen al debate durante el proceso como herramienta esencial del interés colectivo y de sus electores.[46]

En virtud de ello, el Tribunal, por primera vez en su historia, declaró la violación del artículo 26 de la CADH, en relación con los artículos 1.1, 8, 13 y 16 del mismo instrumento.

La nueva mayoría de la Corte IDH entendió que la Carta de la OEA –a la que hace referencia el artículo 26 de la CADH– expresamente hace referencia al derecho del trabajo en los artículos 34, 45 y 46.[47]

---

44. Entre otros, Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo Vs. Perú*, nota 34, párr. 285, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, nota 36, párr. 136.

45. *Ibíd*., nota 38, voto conjunto concurrente de los jueces Figueiredo Caldas y Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 18.

46. *Ibíd*., nota 18, párr. 113.

47. Artículo 34: Los Estados miembros [...] convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: […] g) Salarios justos, oportuni-

Asimismo, señaló que el artículo XIV de la DADH dispone que "[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación". Tal disposición resultaría relevante para definir el alcance del artículo 26 de la CADH, puesto que el artículo 29.d del tratado establece que ninguna disposición del tratado puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la DADH y otros actos internacionales de la misma naturaleza.[48]

Finalmente, destacó que el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como en un vasto *corpus iuris* internacional, en el que se destaca el PIDESC.[49]

Una vez convencida de que el derecho al trabajo tiene protección como derecho autónomo en el ámbito de la CADH, la Corte IDH realizó algunas precisiones sobre su contenido.

---

dades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; Artículo 45: "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: b) El 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; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; […] g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo; y Artículo 46: "Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad".

48. *Ibíd*., nota 18, párr. 144.

49. *Ibíd*., nota 18, párrs. 145-147.

Al respecto, sostuvo que

> las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.[50]

Si bien la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, el trabajador o la trabajadora tiene derecho a recurrir la decisión de quien lo/a emplea de despedirlo/a bajo causas justificadas, con las debidas garantías, lo cual implica que se debe verificar que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.[51]

Es que "el derecho a la estabilidad laboral protege al trabajador de no ser privado de su trabajo por interferencias directas o indirectas del poder público, pues esto afecta la libertad de las personas de ganarse la vida mediante el trabajo que elijan y su derecho a la permanencia en el empleo, mientras no existan causas justificadas para su terminación".[52]

---

50. *Ibíd*., nota 18, párr. 149. Estos mismos argumentos fueron utilizados en Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344, párr. 193.

51. Cf. Corte IDH. *Caso Benites Cabrera y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de octubre de 2022. Serie C No. 465, párr. 114. Para el Tribunal, la estabilidad laboral también se aplica a los fiscales y las fiscalas y demás funcionarios/as estatales (como policías). Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 107; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, nota 39, párr. 221, y *Caso Mina Cuero Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2022. Serie C No. 464, párr. 134.

52. Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446, párr. 155, y *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 88.

Toda vez que en "Lagos del Campo", frente al despido arbitrario por parte de la empresa, el Estado no había adoptado las medidas adecuadas para proteger el derecho al trabajo de la víctima por parte de terceros –no lo reinstaló en su puesto de trabajo, ni le otorgó indemnización alguna–, la Corte IDH concluyó que el Estado había violado el derecho al trabajo de la víctima, quien no solo había perdido su empleo y la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación, sino también se vio impedida de ejercer sus derechos como representante de los trabajadores.

Este criterio adoptado por el Tribunal ha recibido sólidas críticas por parte de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto.

El primero sostuvo que el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo no integran la categoría de derechos "reconocidos" en la CADH, por lo que la Corte IDH únicamente puede analizarlos cuando se los invoca en virtud de lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador, con sus ya referidas limitaciones.[53]

Por su parte, el juez Sierra Porto advirtió que la obligación general del artículo 26 de la CADH solo le permite a la Corte IDH supervisar el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, lo que no se cuestionaba en "Lagos del Campo".[54] Además, consideró que la mayoría había declarado violado un derecho no previsto por la CADH, remitiéndose a la Carta de la OEA –tratado sobre el cual la Corte IDH no tiene competencia para conocer sobre peticiones individuales–, y que el derecho a un recurso judicial efectivo frente a un despido improcedente se inspira en el Convenio Nº 158 de la OIT, que el Estado demandado no había ratificado.[55]

Mientras en "San Miguel Sosa y otras" el Tribunal regional declaró la violación del derecho al trabajo, en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación, como consecuencia del despido arbitrario de

53. *Ibíd*., nota 18, voto parcialmente disidente juez Vio Grossi, párr. a.

54. *Ibíd*., nota 18, voto parcialmente disidente juez Sierra Porto, párr. 11.

55. *Ibíd*., nota 54, párr. 23.

las víctimas,[56] en "Spoltore" declaró la violación al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud de la persona trabajadora como componente y parte del derecho al trabajo contenido en el artículo 26 de la CADH, a raíz de la falta de protección judicial de la víctima en el contexto de un proceso laboral que duró doce años.[57]

El Tribunal hizo referencia al contenido del artículo 7 del Protocolo de San Salvador para reconocer que el derecho al trabajo supone que toda persona lo goce en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, debiendo los Estados garantizar en sus legislaciones nacionales, de manera particular, la seguridad e higiene en el trabajo.[58] De este modo, afirmó que "la prevención de accidentes de trabajo, como parte del derecho al trabajo en condiciones satisfactorias y equitativas, que aseguren la salud del trabajador, está reconocido ampliamente en el *corpus iuris* internacional".[59]

La naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud de la persona trabajadora incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. En relación con los primeros, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las salvaguardas reconocidas para el derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud de la persona trabajadora, entre las que se encuentra poner a disposición mecanismos adecuados y efectivos para que en caso de accidente o enfermedad profesional pueda solicitar una indemnización. En cuanto a los segundos, los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de "no regresividad" frente a la realización de los derechos alcanzados.[60]

---

56. *Ibíd*., nota 39, párrs. 221 y 222.

57. Cf. Corte IDH. *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 83.

58. *Ibíd*., nota 57, párr. 90.

59. *Ibíd*., nota 57, párr. 95.

60. *Ibíd*., nota 57, párr. 97.

El Tribunal ha declarado la violación de este derecho cuando las víctimas trabajaban en condiciones de precariedad, insalubridad, inseguridad y hacinamiento, a bordo de embarcaciones que no reunían los estándares de seguridad para la realización de una actividad peligrosa y que no reunían condiciones que permitieran evitar o prevenir accidentes de trabajo. Asimismo, no habían recibido entrenamiento por parte del empleador sobre las medidas de seguridad en el ejercicio de la actividad de pesca submarina, los equipos que utilizaban para la realización de dicha actividad eran deficientes, no tuvieron una alimentación adecuada mientras se encontraban en las embarcaciones y sufrieron amenazas por parte de los capitanes de los barcos.[61]

Al referirse a la fabricación de fuegos artificiales, ha señalado que los Estados tienen el deber de "regular, supervisar y fiscalizar las condiciones de seguridad en el trabajo, con el objeto de prevenir accidentes laborales ocasionados por la manipulación de sustancias peligrosas".[62] El referido deber incluye verificar que en la fábrica no se encuentran menores de edad trabajando.[63]

Con relación a la razonabilidad del plazo de duración de los procesos por accidentes de trabajo e infracciones a los derechos laborales, cuestionó la lentitud del Estado en lograr la ejecución de sentencias favorables luego de dieciocho años de que se iniciaran los juicios, lo cual afectó especialmente la situación jurídica de las víctimas.[64]

Asimismo, destacó, en particular, el impacto diferenciado que producen las demoras en el cobro de salarios adeudados en los adultos mayores, quienes gozan de una protección reforzada y, por ende, exigen la adopción de medidas diferenciadas.

61. Cf. Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 76.

62. Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 149.

63. *Ibíd*., nota 62, párr. 152.

64. *Ibíd*., nota 62, párr. 240.

El Tribunal advirtió que

> el pago de salarios posee una naturaleza alimentaria y de supervivencia, pues está destinado a satisfacer las necesidades básicas del trabajador, lo cual implica que toda perturbación generada en el cobro puede tener un impacto en el goce de otros derechos de la Convención y, particularmente, del ya señalado artículo 26 de la CADH.[65]

Para concluir, merece una referencia el *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*, en el que la Corte IDH vinculó el derecho al trabajo con el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad (artículos 24 y 1.1 del tratado).[66]

Al respecto, manifestó que

> los Estados deben abstenerse de realizar conductas que vulneren el derecho al trabajo como resultado de actos de discriminación y deben adoptar medidas positivas dirigidas a lograr su mayor protección atendiendo a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad.[67]

Para la Corte IDH,

> existe una obligación reforzada para los Estados de respetar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el ámbito público. Esta obligación se traduce, en primer lugar, en la prohibición de realizar cualquier acto de discriminación por motivos de discapacidad relativas al goce de sus derechos laborales,

65. Corte IDH. *Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de febrero de 2022. Serie C No. 448, párr. 111.

66. En el caso se cuestionaba que durante un concurso existió una diferencia de trato hacia la víctima basada en su discapacidad intelectual. El Tribunal destaca que podría resultar razonable y admisible la decisión de no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad en caso de que esta sea incompatible con las funciones esenciales que se van a desempeñar. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para decidir no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Corte IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, párr. 80.

67. *Ibíd*., nota 66, párr. 61.

> en particular respecto a la selección y contratación en el empleo, así como en la permanencia en el puesto o ascenso, y en las condiciones laborales; y, en segundo lugar, derivado del mandato de igualdad real o material, en la obligación de adoptar medidas positivas de inclusión laboral de las personas con discapacidad, las cuales deben dirigirse a remover progresivamente las barreras que impiden el pleno ejercicio de sus derechos laborales. De esta forma, los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas para que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los concursos públicos mediante la formación profesional y la educación, así como la adopción de ajustes especiales en los mecanismos de evaluación que permitan la participación en condiciones de igualdad, y a emplear personas con discapacidad en el sector público.[68]

Esta obligación reforzada "exige una diligencia rigurosa en la garantía y respeto de los derechos de las personas con discapacidad en el marco de recursos administrativos y judiciales que analicen violaciones al derecho al trabajo".[69]

Las autoridades deberán abstenerse de que sus decisiones se fundamenten en razonamientos discriminatorios y deberán analizar con mayor rigurosidad si el derecho al trabajo de personas con discapacidad se pudo ver afectado por actos discriminatorios. Por último, se deberá demostrar suficientemente que una diferencia de trato a una persona con discapacidad es justificada, tomando en especial consideración su situación de vulnerabilidad.

68. *Ibíd*., nota 66, párr. 73.

69. *Ibíd*., nota 66, párr. 74.

Capítulo 15

Derecho a la igualdad y no discriminación

Julia Ben Ishai y Sebastián A. Rey

1. Igualdad formal e igualdad sustancial

Pese a que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación se encuentran consagrados en los primeros artículos de la gran mayoría de los tratados de derechos humanos, lo que demuestra un orden prioritario y axiológicamente superior, recién en los últimos años los órganos de aplicación de estos han comenzado a relacionarlos.

En palabras de la CIDH, tanto la DADH como la CADH fueron inspiradas en el ideal de que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".[1] El principio de igualdad ocupa un lugar central en todo el *corpus iuris* internacional, dado que se trata de un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de los restantes derechos humanos.[2]

En la Opinión Consultiva OC-18/03, la Corte IDH afirmó que el principio de no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos y que el elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación.[3]

1. CIDH, *Compendio: igualdad y no discriminación estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.171 Doc. 31, 12 de febrero de 2019, p. 11.

2. *Ibíd*., nota 1, p. 24.

3. Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 83.

También sostuvo que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación y, por ello, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos le genera responsabilidad internacional.[4]

Para el Tribunal,

> [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[5]

Una de las conclusiones más sobresalientes de la Opinión Consultiva OC-18/03 es, sin duda, que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens* internacional,

> puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general.[6]

4. *Ibíd*., nota 3, párr. 85.

5. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N°. 17, párr. 45, y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N°. 4, párr. 55.

6. *Ibíd*., nota 3, párr. 101.

Esta relevante declaración en el ámbito de su competencia consultiva fue luego reiterada en el ejercicio de su competencia contenciosa a partir del *Caso Yatama Vs. Nicaragua.*[7]

Como consecuencia de ello, todos los Estados americanos, independientemente de si han ratificado tratados de derechos humanos, tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.[8]

En este sentido, el Tribunal regional ha establecido que "los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas".[9]

Siguiendo a Bidart Campos,[10] podemos señalar que la igualdad presupone : a) que el Estado remueva los obstáculos sociales, culturales, políticos y económicos que limitan la igualdad y libertad; b) que de esta remoción se desprenda un orden social y económico justo, en el que se igualen las posibilidades para el desarrollo integral de la personalidad de todas las personas; y c) que, como consecuencia, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos por parte de todos los sectores sociales.

Si bien hay quienes reducen la igualdad y no discriminación a la igualdad de trato entre quienes se encuentren en situaciones asimilables –igualdad de circunstancias–, la conceptualización de Bidart Campos va más allá y plantea un programa político dedicado a la garantía interseccional de derechos a partir de un Estado que se ocupe y preocupe por la situación social y de la economía con instituciones republicanas que ejecuten políticas públicas basadas en

7. Cf. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 184.

8. *Ibíd*., nota 3, párr. 88.

9. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

10. Cf. Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución reformada*, tomo I. Buenos Aires: Ediar, p. 530.

los derechos humanos y dando prioridad a la intervención estatal en pos de la equiparación de oportunidades.

Esto puede comprenderse en una idea más cercana a la justicia social que la equidad o igualdad formal; es decir, no dar a todas las personas lo mismo, sin distinción de las necesidades previas de cada una, sino pensar las acciones públicas a partir de las situaciones concretas de cada grupo social.

La prohibición de la discriminación compromete tres dimensiones de la igualdad: a) una liberal, pues afecta a la creación razonable y a la aplicación no arbitraria del derecho; b) una democrática, al impedir que ciertas minorías o grupos étnicos o sociales queden aislados y sin voz; y c) una social, ya que exige la adopción de medidas positivas.[11]

Las diferencias pueden considerarse deseables e indeseables, siendo las primeras necesariamente promovidas y las segundas neutralizadas. De ello se deriva un concepto de la igualdad y no discriminación que protege el derecho a la diferencia, vinculado desde una mirada contemporánea con el derecho a la personalidad y a la identidad.[12] Ferrajoli agrega que igualdad y diferencia no solo no son antinómicas, sino que se implican recíprocamente. El disvalor proviene de los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de las personas.[13]

De acuerdo con Alexy, "lo esencialmente igual no debe ser tratado en forma desigual", lo que es equivalente a decir que "están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales". Además, "una diferenciación es arbitraria cuando no es posible encontrar una razón suficiente que la justifique", por lo que, si no hay razón suficiente para permitir un tratamiento desigual, entonces, está ordenado un tratamiento igual. En síntesis, la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones suficientemente importantes.[14]

11. Cf. Rey Martínez, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo*. Madrid: Mac Graw Hill, p. 42.

12. Cf. Amorós, C. (2000). Elogio de la vindicación. En A. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, p. 53.

13. Cf. Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, p. 906.

14. Cf. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 394-398.

En función de lo expuesto, el derecho a la igualdad tiene dos significados: a) igualdad formal o igualdad ante la ley, y b) igualdad sustancial, igualdad de hecho o igualdad de oportunidades. La formal se identifica con el constitucionalismo liberal burgués y se encuentra reconocida en el artículo 16 de la CN, en tanto que la sustancial se vincula con el constitucionalismo social y fue expresamente reconocida en la reforma de 1994. Como señala Rodríguez, "[l]a doctrina de igualdad formal no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que los individuos no están similarmente situados".[15]

En este sentido, Dubet sostiene que las trayectorias y rendimientos escolares de los/as estudiantes depende demasiado de los recursos culturales de sus padres y madres para que la igualdad de oportunidades no sea una ficción. Por ello, es sumamente injusta la crítica moral del mérito, según la cual las víctimas de las desigualdades más flagrantes son presuntamente responsables de su suerte.[16]

A nivel jurisprudencial, la CSJN sostuvo que la discriminación está permitida siempre y cuando pueda comprobarse que no es arbitraria, ni responde a propósitos de hostilidad contra individuos o clases de personas o encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo.[17]

Por lo tanto, a los fines de evitar la arbitrariedad, a la hora de evaluar la validez de una distinción normativa el Tribunal la somete a un "test de razonabilidad" –que se explicó en el capítulo 1 de este *Manual*–. Si bien Gelli sostiene

15. Rodríguez, M. V. (1999). Igualdad, democracia y acciones positivas. En A. Facio y L. Fries, *Género y derecho*. Santiago de Chile: LOM, p. 251. En el mismo sentido, Saba sostiene que existen dos concepciones de la igualdad: como no discriminación y como no sometimiento, por lo que las categorías irrazonables se corresponden con el primer concepto, mientras que las sospechosas con el segundo. La primera nos protege del capricho y el prejuicio, mientras que la segunda pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación. Cf. 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 Editores, pp. 79 y 90.

16. Cf. Dubet, F. (2015). *¿Por qué preferimos la desigualdad? (aunque digamos lo contrario)*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 30 y 37.

17. Entre otros, CSJN, "Valdez Cora, Ramón", *Fallos* 182:355, y "Arabi Katbi, Munira c/Pacheco Santamarina, Carlos Juan", *Fallos* 300:1049.

que la CSJN ha aplicado estándares de razonabilidad diversos en función de los derechos en cuestión, se puede afirmar que el test relativo a la razonabilidad de una norma se reduce a determinar si el medio resulta desproporcionado; es decir, si, aunque obtiene el fin perseguido, lo excede y si guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquel no sea el único con el que se lo pueda alcanzar.[18]

Este criterio también encuentra asidero en el derecho internacional. Así, la Corte IDH destacó que

> el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados […] tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la CADH, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.[19]

El Tribunal regional reconoció que no toda distinción constituye una vulneración de los derechos humanos y, siguiendo a su par europeo, consideró que solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable; es decir, "cuando se establece de manera clara que no hay

18. Cf. Gelli, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, tercera edición. Buenos Aires: La Ley, pp. 329-333.

19. Corte IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, párr. 49. En términos similares, el TEDH entendió que el reconocimiento del avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para los Estados europeos, por lo que se tienen que brindar muy buenas razones para establecer una diferencia de trato en función del sexo que sea compatible con el derecho internacional. En este contexto, referencias a las tradiciones o las percepciones de la mayoría de la población de un país resultan insuficientes. TEDH, *Case of Konstantin Markin v. Russia*, Application N° 30078/06, Court (Grand Chamber), 22 March 2012, Reports 2012-III, párr. 127.

una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo".[20]

En ciertas situaciones es necesario establecer algunas diferencias de trato, siempre que se trate de distinciones objetivas y razonables que se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y teniendo en cuenta el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.[21]

Para la Corte IDH, "[e]s un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria".[22]

Por su parte, la CIDH ha expresado que para poder abordar las acciones que referencian la igualdad material se puede distinguir la situación de discriminación estructural a partir de los indicadores de acceso a vivienda, créditos y préstamos, salud y educación de calidad, índice de expectativa de vida, tasa de nutrición y en las dificultades para el uso del espacio público o el acceso a determinados lugares de recreación. También se puede observar en cómo se reproduce en el imaginario colectivo y en la continuidad de estereotipos y aplicación de calificativos peyorativos e irrespetuosos a la dignidad humana.[23]

También ha señalado que "una vez que se ha determinado que el Estado confiere un trato diferenciado a dos personas o grupo de personas que se encuentran en condiciones similares, la pregunta que debe resolverse es si existen razones suficientes para justificar o mantener dicho trato".[24]

Existen ciertos grupos o sectores de la sociedad que sufren tratos discriminatorios debido a una particular condición o situación de discriminación histórica. Algunos de ellos son los pueblos indígenas, las mujeres, las personas migrantes, las víctimas de trata de personas, los NNyA, los/as defensores/as

20. *Ibíd*., nota 3, párrs. 89 y 90.

21. *Ibíd*., nota 3, párr. 105.

22. 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, párr. 103.

23. Cf. CIDH (2011). *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, OEA Ser.L/V/II. Doc.62, párrs. 46 y 57.

24. CIDH, Informe No. 73/99. Caso 11.784. *Marcelino Hanríquez y otros*. Argentina, 3 de octubre de 2000, párr. 65.

de derechos humanos, las personas afrodescendientes, las personas privadas de la libertad, las personas LGTTBIQ+, las personas con discapacidad y las personas adultas mayores.[25]

Cuando aparezca alguna de las mencionadas categorías –que se presumen sospechosas de inconstitucionalidad– deberá realizarse un escrutinio estricto, mediante el cual se deberá demostrar un interés particularmente importante –interés estatal urgente–, una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, así como que la medida utilizada es la menos restrictiva posible –en el sentido de que el daño provocado sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria–.[26]

En este sentido, la Corte IDH estimó que,

> cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, se debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.[27]

25. *Ibíd*., nota 1, p. 43.

26. CIDH, Informe No. 48/16, Caso 12.799. *Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka)*. Chile, 29 de noviembre de 2016, párr. 67.

27. Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

2. Las acciones positivas

Podemos definir a las acciones positivas o afirmativas como medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de hecho, mediante el otorgamiento de ventajas a determinados grupos para corregir una desigualdad precedente.

Como ya hemos señalado, para la CIDH la configuración de políticas públicas desde una mirada de igualdad material requiere que los Estados reconozcan que existen sectores que se encuentran en desventaja en el ejercicio de los derechos sociales y adopten políticas y acciones positivas para garantizar sus derechos.[28]

Por su parte, la Corte IDH ha expresado que el derecho a la igualdad y no discriminación permite identificar distintas conceptualizaciones, tanto como prohibición de un trato diferencial arbitrario, así como en pos de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.[29]

Podríamos mencionar tres fundamentos filosóficos a partir de los cuales justificar las acciones positivas: a) justicia compensatoria: su objetivo es ubicar a aquellos/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que hubieran ocupado de no haber sido por dichas injusticias; b) justicia distributiva: su objetivo es revocar los efectos presentes de las injusticias pasadas; y c) utilidad social: pretende que no haya un sacrificio de algunos en provecho de otros, destacando la solidaridad comunitaria como valor jurídico.[30]

Para evaluar los programas de acciones positivas se pueden utilizar dos criterios constitucionales fundamentales. El primero implica que dicho programa debe tener un fin, un propósito de reparación legítimo y debe haber suficiente base fáctica –o *quantum* de evidencia– para creer que esta acción reparadora es requerida. El segundo se concentra en la relación causal entre

28. Cf. CIDH (2008). *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1, párr. 48.

29. Cf. Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 92.

30. Cf. Rey, S. A. (2004). El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género, *La Ley, tomo 2004-A*, 624.

el programa de acción positiva y sus fines, para averiguar si tal programa es el mejor instrumento posible a los efectos de cumplir tales fines.[31]

El artículo 4, inciso 1 de la CEDAW específicamente las reconoce cuando afirma que "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considera discriminación" y que "estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

En función de ello, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que la práctica de los órganos encargados de la aplicación de los tratados de derechos humanos –entre ellos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité DH– demuestra que consideran que la aplicación de medidas especiales de carácter temporal es obligatoria para alcanzar los propósitos de los respectivos tratados, por lo que recomendó que los Estados Partes "hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo".[32]

Para el Comité, la finalidad de estas medidas es lograr el objetivo de una distribución entre los géneros del 50% en todas las categorías y, en particular, en las más altas.[33]

El Comité aseveró que

> [e]l alcance y el significado del párrafo 1 del artículo 4 deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos.[34]

31. *Ibíd*., nota 30.

32. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 5, *Medidas especiales temporales*, 7° período de sesiones (1988).

33. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 25, *Medidas especiales de carácter temporal*, 30° período de sesiones (2004), nota al pie 3.

34. *Ibíd*., nota 33, párr. 4.

En cuanto al contenido de las medidas que los Estados deben adoptar se encuentra comprendida una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo, la asignación o reasignación de recursos, el trato preferencial, la determinación de metas en materia de contratación y promoción, los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados y los sistemas de cuotas.[35]

En este sentido, el Comité remarcó que la aplicación de estas medidas no constituye una excepción a la regla de no discriminación, sino una forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados Partes tienen la obligación, en virtud de la CEDAW, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad *de facto* con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. Por ello, consideró que los Estados Partes que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención no discriminan al hombre.[36]

Además, tuvo en cuenta que las acciones positivas están dirigidas a dar una solución específica a una cuestión particular en un determinado período de tiempo, por lo que señaló que "[e]l establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal",[37] puesto que deben ser adoptadas de manera permanente.

35. *Ibíd*., nota 33, párr. 22.

36. *Ibíd*., nota 33, párr. 18.

37. *Ibíd*., nota 33, párr. 19.

En cuanto a los requisitos que deben reunir las acciones positivas, indicó que

> [l]os Estados Partes deberán explicar las razones de la elección de un tipo de medida u otro. La justificación de la aplicación de dichas medidas deberá incluir una descripción de la situación real de la vida de la mujer, incluidas las condiciones e influencias que conforman su vida y sus oportunidades, o de un grupo específico de mujeres que sean objeto de formas múltiples de discriminación, cuya situación trata de mejorar el Estado Parte de manera acelerada con la aplicación de dichas medidas especiales de carácter temporal. Asimismo, deberá aclararse la relación que haya entre dichas medidas y las medidas y los esfuerzos generales que se lleven a cabo para mejorar la situación de la mujer.[38]

Finalmente, mencionó que no debe considerarse que esas medidas son necesarias para siempre, aun cuando se apliquen durante un período largo: "[l]a duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado".[39]

Del mismo modo, el Comité DH consideró que

> los Estados Partes deberán cerciorarse de que la ley garantice a la mujer los derechos contenidos en el artículo 25 en pie de igualdad con el hombre y adoptar medidas eficaces y positivas, incluida las medidas necesarias de discriminación inversa, para promover y asegurar la participación de la mujer en los asuntos públicos y en el ejercicio de cargos públicos.[40]

En este sentido, podemos mencionar, como claro ejemplo de acción positiva, la Ley de Cupo Femenino. Luego del retorno de la democracia en 1983, el porcentaje de diputadas alcanzó el 4,33% y en el año 1991 se constató que su participación en los cargos electivos había disminuido considerablemente, llegando a los porcentajes más bajos en 1989 cuando se comprobó que si bien

38. *Ibíd*., nota 33, párr. 28.

39. *Ibíd*., nota 33, párr. 20.

40. Comité DH, Observación General Nº 28, *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 68º período de sesiones (2000), párr. 29.

las mujeres componían el 60% del padrón electoral, solo se encontraban representadas en el Congreso en un 3%.[41]

Ante esta situación, se sancionó la Ley N° 24.012, que modificó el Código Electoral Nacional al establecer que "las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas".[42]

En el año 2017 se sancionó la Ley N° 27.412 de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política, que dispuso que las listas deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

A nivel jurisprudencial, vale la pena nombrar el caso "Sisnero", en el que a la actora se le impedía trabajar como chofer de colectivo por su género. La Corte de Justicia de la provincia de Salta rechazó el amparo que se había presentado, pero exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir las normas necesarias para modificar los patrones socioculturales de discriminación.

En su dictamen, la Procuradora General de la Nación señaló que

> es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación

41. Cf. Palacio de Caeiro, S. B. (1998). El siglo de las reivindicaciones femeninas - Evolución de los derechos civiles y políticos de la mujer en la República Argentina, *La Ley*, *tomo 1998-E*, 1034.

42. Mediante el Decreto N° 1246/00 se dispuso que el cupo abarcara la totalidad de los cargos electivos de diputados, senadores y constituyentes nacionales. En "Merciadri de Morini" la CIDH sostuvo que "la consecución de la participación libre y plena de la mujer en la vida política es una prioridad para nuestro hemisferio. En este sentido, la Ley Nº 24.012 tiene el propósito de lograr la integración efectiva de la mujer en la actividad política y el Decreto Nº 1246 dictado como producto de la solución lograda tiene el objetivo complementario de garantizar el cumplimiento eficaz de dicha Ley". CIDH, Informe No. 103/01, Caso 11.307, *María Merciadri de Morini*, Argentina, 11 de octubre de 2001, párr. 16.

> de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles.

La CSJN revocó dicho fallo porque no respetaba los criterios en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación y advirtió que la discriminación asume en muchas ocasiones un carácter oculto y encubierto, de lo que se desprende la dificultad de probarla, al mismo tiempo que destacó que en la propia sentencia recurrida se mencionaba la ausencia de mujeres entre quienes tienen a su cargo la conducción de colectivos.[43]

Con motivo de una nueva intervención de la justicia provincial, se dispuso el cese inmediato de la actitud discriminatoria y se ordenaron diversas medidas de acción positiva tendientes a revertir la situación y asegurar el efectivo cumplimiento de las normas constitucionales y la igualdad real de oportunidades para las mujeres, entre las que se destaca el establecimiento de un cupo del 30% para garantizar una "participación proporcional mínima" de mujeres en el transporte de ómnibus.

43. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva S. R. L. y otros s/amparo", *Fallos* 337:611.

Capítulo 16

Discriminación por motivo del sexo y del género

Julia Ben Ishai y Sebastián A. Rey

1. Sexo, género y diversidades

Entendemos que la desigualdad en torno a las diversidades sexuales se origina en el patriarcado, que puede definirse como un

> sistema que se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres.[1]

El patriarcado ordena nuestra vida basándose en la supremacía, jerarquía y privilegio de los valores asociados a las masculinidades[2] respecto de otras identidades sexo-genéricas, configurando relaciones asimétricas de poder que benefician a un grupo sobre otro y generando una situación de injus-

1. Facio Montejo, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD, p. 28.

2. Cf. Amorós, C. (2001). *Feminismo: igualdad y diferencia*. México: PUEG-UNAM, p. 57. Entendemos por masculinidades a los valores, acciones, procesos, desempeños y trayectorias asociadas a un ejercicio del "ser varón" desde una perspectiva hegemónica, que se instala en el imaginario social como mandato o estereotipo clásico. La masculinidad se encuentra en el horizonte de lo obvio y de lo que se da por descontado, de forma que aparece unívoca e internamente coherente. Cf. Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos.* Madrid: Trotta, p. 251.

ticia y desigualdad que está en la base de las diferentes formas de violencia. Ejemplos de dichos valores son el hombre como proveedor –especialmente en lo económico a nivel familiar–, protector, valiente, fuerte, potente, viril y heterosexual.[3]

Desde hace muchísimos años los movimientos feministas han intentado desarmar los conceptos de sexo y género con la intención de quitar de la esfera de lo natural y biológico las conceptualizaciones relativas a las identidades sexuales, ya que las personas no somos únicamente producto de la biología y tenemos deseos e intereses atravesados por la vida social.

Como señalaba Simone de Beauvoir,

> en la colectividad humana, nada es natural, y la mujer es un producto elaborado por la civilización [...] La mujer no es definida ni por sus hormonas ni por sus misteriosos instintos, sino por el modo en que, a través de conciencias extrañas, recupera su cuerpo y sus relaciones con el mundo.[4]

El sexo ha sido entendido históricamente como aquel que se asigna a la persona al momento de nacer en base a sus genitales. La sexualidad de los seres humanos se ha organizado de modo esencialista, a partir de una estructura binaria que solo contempla dos opciones de existencia valida: a) el varón, que tiene pene, expresa el género masculino y debe tener un deseo sexual y afectivo hacia una mujer, y b) la mujer, que tiene vulva, expresa el género femenino y debe tener un deseo sexual y afectivo hacia un varón.[5]

3. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación (2020). *Cuaderno de participación y formación. Registro de Promotorxs Territoriales de Género y Diversidad a Nivel Comunitario. Tejiendo Matria*, pp. 15-20.

4. Cf. de Beauvoir, S. (1999). *El segundo sexo*. Buenos Aires: Sudamericana, pp. 718 y 719, citado en García Muñoz, S. (2001). La Progresiva Generización de la Protección Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2), 3. Wittig destaca que la categoría de sexo funciona haciendo pasar por natural e inmutable una relación de poder que es siempre y, ante todo, social y construida. No existen desigualdades que puedan anclarse en las condiciones biológicas, sino que siempre poseen orígenes sociales, por lo que es una obligación estatal desarmarlas. *Ibíd*., nota 3, p. 16.

5. *Ibíd*., nota 3, p. 16.

En esta asociación, que es jerárquica y colonial, las mujeres son definidas en relación con los hombres, que representan la norma. Las mujeres son quienes no poseen un pene, no tienen poder y no pueden participar en la arena pública.[6]

Existen identidades que cuestionan esta forma de concebir su deseo sexual, de autopercepción y de transitar su cotidianidad basada en una concepción determinista a partir de la genitalidad con la que han nacido. Así, nos encontramos con identidades no heteronormadas que plantean tantas posibilidades existentes como cuerpos y sexualidades, como las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgéneros, intersexuales, no binaries, géneros fluidos, géneros neutros y otras tantas.[7]

Facio y Fries explican que "el concepto de género alude tanto al conjunto de características y comportamientos como a los roles, funciones y valoraciones impuestos dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales".[8]

Lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo, por lo que la asignación del rol es más determinante en la consolidación de la identidad sexual que la carga genética, hormonal y biológica.[9]

En este sentido, el género es lo que nos hace varones, mujeres, trans u otres; son las diversas prácticas, roles y capacidades promovidas y esperadas de for-

---

6. Cf. Lugones, M. (2008). Colonialidad y Género. *Revista Tabula Rasa*, (9), 87. Al respecto, se ha reconocido que "se han asignado a la mujer funciones en la esfera privada o doméstica vinculadas con la procreación y la crianza de los hijos mientras que en todas las sociedades estas actividades se han tratado como inferiores. En cambio, la vida pública, que goza de respeto y prestigio, abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica. Históricamente, el hombre ha dominado la vida pública y a la vez ha ejercido el poder de circunscribir y subordinar a la mujer al ámbito privado". Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 23, *Vida política y pública*, 16º período de sesiones (1997), párr. 8.

7. *Ibíd*., nota 3, p. 21.

8. Facio, A. y Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio y L. Fries (eds.), *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM, p. 34.

9. *Ibíd*., nota 1, pp. 39 y 40.

ma diferencial a partir del sexo que nos es asignado al nacer. Abarca desde la ropa que usamos y el largo del cabello hasta cómo nos relacionamos con nuestras parejas, amistades o familias. Esto quiere decir que aprendemos a ser varones y mujeres según lo que las sociedades van definiendo como lo propio de lo femenino y lo masculino.[10]

Butler plantea que no existe sexo biológico antes del género, en tanto el binarismo está tan arraigado que nadie puede observar ningún cuerpo y sus diferencias sin pensar que deberían adaptarse a formas masculinas o femeninas.[11] Esto se desarrolla y profundiza en la vida de los niños y las niñas, en tanto la manera de comportarse como varones o mujeres está predeterminada a partir de ciertos estereotipos de género que restringen las posibilidades de expresión de la diversidad reproduciendo estructuras de poder y opresión. Estos estereotipos se imponen como mandatos y generan representaciones de "cómo debería ser" nuestra vida, atravesando todos sus planos a partir de la cultura, el lenguaje y la vida afectiva.[12]

Por ello, la Corte IDH ha destacado que

> el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de

10. *Ibíd*., nota 3, p. 14.

11. *Ibíd*., nota 3, p. 16.

12. *Ibíd*., nota 3, p. 17.

> la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad.[13]

Lo expuesto en los párrafos anteriores obliga a las ciencias sociales a tener en cuenta la perspectiva de género, ya que

> permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias […] analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen.[14]

Queremos destacar que la igualdad de género es un objetivo de desarrollo general y a largo plazo, mientras que la incorporación de una perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos, así como procesos técnicos e institucionales, que se adoptan para alcanzar ese objetivo. La incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas, en políticas centrales o locales y en programas de servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias.[15]

---

13. Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 95.

14. *Ibíd*., nota 4. La CSJN ha tenido en cuenta la perspectiva de género, por ejemplo, en "Leiva, María Cecilia s/homicidio simple", *Fallos* 334:1204, y "Martel, Osvaldo Benito y otros s/averiguación de delito", *Fallos* 345:298.

15. Cf. ONU Mujer (2020). *Gender Mainstreaming: A Global Strategy for Achieving Gender Equality & the Empowerment of Women and Girls,* pp. 5 y 6.

La mirada en clave de género o perspectiva de género nos permite reconocer a través de un examen rápido si existe en un caso específico una diferenciación en el trato, referencia, visibilización, instrumentación, uso, demanda, otorgamiento de oportunidades o clasificación, que esté basada en estereotipos respecto de aquello históricamente asociado a lo femenino y a lo masculino. Resulta aplicable al analizar frases, situaciones, bibliografía, expresiones artísticas, políticas públicas, publicidades, etc.[16]

A los fines de poder pensar los conflictos jurídicos en clave de género es necesario analizar las desigualdades desde una óptica interseccional, lo que permite observar cómo operan en pos de acortar o agrandar las brechas sociales. Esto implica que el análisis de las desigualdades no se centrará únicamente en las cuestiones relativas al sexo-género, sino que debe tener en cuenta otros factores de incidencia, que son diversos, eclécticos, cambiantes y en constante resignificación.

En "González Lluy y otros" la Corte IDH introdujo, por primera vez, la dimensión interseccional de factores de vulnerabilidad y discriminación, comprendiendo a las diferentes vicisitudes que pueden orientarse sobre una subjetividad como una forma específica de discriminación que resulta de la intersección de los factores que conviven ante un sujeto o situación.

En palabras del Tribunal, en el caso concreto

> confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el conta-

16. Las normas jurídicas son construidas sobre la base de estereotipos de género, por lo que el Poder Judicial debe interpretarlas evaluando el impacto diferencial que producen en varones y mujeres y compensando las desigualdades en caso de ser necesario. Cf. Alonso, A. (2021). Juzgar con perspectiva de género. En P. Fernández Andreani y G. Boquin. *Igualdad real de las mujeres.* Buenos Aires: Astrea, pp. 167 y 184.

gio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda.[17]

No se trata de una competencia por sumar desigualdades a ver quién está en peores condiciones, sino de hacer más certera la aplicación del derecho según las particularidades de cada caso.

Un ejemplo interesante y de fácil comprensión es la diferente situación en la que se encuentran las mujeres afrodescendientes y las mujeres blancas. Si bien ambas están en peores condiciones de acceso a derechos que sus pares varones, las facilidades de acceso de una mujer blanca son infinitamente mayores que las de una afrodescendiente.

Por último, la transversalización de la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicancias que cualquier acción que se planifique para conseguir la igualdad de los géneros tiene para las personas, ya sea que se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles.[18]

2. La lucha por la igualdad de los géneros y el reconocimiento de derechos

La lucha por los derechos de las mujeres comenzó hace muchísimos años, siendo posteriormente receptada por el derecho internacional de los derechos humanos y por los Estados como una prioridad en la agenda de políticas públicas.

17. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador***.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290. El concepto de discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Reconoce las vivencias y experiencias de agravamiento de la situación de desventaja de las personas a causa de formas de discriminación múltiples e interseccionales, que requieren la adopción de medidas específicas con respecto a la recopilación de datos desglosados, la consulta, la formulación de políticas, la ejecutabilidad de las políticas de no discriminación y la provisión de recursos eficaces. Cf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 3. *Mujeres y niñas con discapacidad*, 16º período de sesiones (2016), párr. 16.

18. *Ibíd*., nota 15.

Podemos remontarnos a fines del siglo XIX con los movimientos sufragistas que buscaban que las mujeres pudiesen participar de las elecciones. Esta primera etapa u "ola sufragista"[19] fue impulsada desde los nortes globales y tuvo diferentes repercusiones en cada continente. En la Argentina, la Ley N° 13.010 de voto femenino recién se sancionó en el año 1947. Sin embargo, el activismo de mujeres provenientes de sectores anarquistas y socialistas logró dos décadas antes que se aprobase la Ley N° 11.357 sobre derechos civiles de las mujeres, mediante la cual adquirieron capacidad civil plena.[20]

En la década de 1950 van a aparecer, primero en Europa y Estados Unidos y posteriormente en los países en vías de desarrollo, corrientes que van a poner en común ciertas complejidades que atraviesan las feminidades en sus vidas cotidianas hacia el interior del hogar. Esta "segunda ola" se va a caracterizar por destacar que lo personal es político y cuestionar las dificultades que atraviesan las feminidades en sus hogares en relación con la violencia doméstica, el uso del tiempo, las tareas de cuidado (aunque esta terminología sea propia de nuestra etapa intelectual) y el relego de las mujeres a la vida intramuros y del hombre a la vida productiva.

Recién a fines de la década de 1980 surgen expresiones públicas y militancias explícitas que reclamaban por los derechos de las diversidades sexuales, para quienes la atracción sexual, erótica, amorosa o emocional que sentimos no es estática y puede ser hacia personas del mismo género (lesbianas, gays), de otro género (heterosexual), de ambos géneros (bisexuales) o con independencia de su identidad o expresión de género (pansexual).[21]

---

19. Cf. González Hernández, M. J. (2009). Las sufragistas británicas y la conquista del espacio público: integración, recreación y subversión. *Arenal: Revista de Historia de las Mujeres*, *16*(1) 53-84.

20. Si bien no recibieron tanto interés mediático o fueron tan masivos como la generación Ni una Menos, los movimientos feministas argentinos se remontan a fines del siglo XIX, lo que demuestra que el debate siempre estuvo presente, a diferencia de lo que se propugna desde algunas usinas de pensamiento, que comúnmente sostienen que antes no se hablaba de los derechos de las mujeres.

21. *Ibíd*., nota 3, p. 27. Una muestra de la poca atención que el SIDH les dedicó a las mujeres es que desde 1960 hasta 1995 jamás un informe de algún país hecho por la Comisión nombró a las mujeres. Cf. Medina Quiroga, C. (2008). Género y Acceso a la Justicia. En AA.VV., *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia.* Buenos Aires: Defensoría General

En nuestro país, con el retorno de la democracia se sancionaron numerosas leyes de gran trascendencia, como la Ley N° 23.364 que equiparó a mujeres y varones en el ejercicio de la patria potestad y la Ley N° 23.515 de divorcio vincular, que habilitó la posibilidad de que las mujeres casadas conservaran su apellido y eliminó el viejo resabio de autoridad del marido en la elección del domicilio conyugal.

Más cerca en el tiempo, en el año 2012 se sancionó la Ley N° 26.743, que establece el derecho a la identidad de género de las personas, que es un ejemplo en el mundo. La norma permite modificar el nombre e identidad de una persona en documentos públicos a partir de la identidad autopercibida, la cual puede no corresponder con el sexo asignado al nacer, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar o no la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole e incluye la vestimenta, el modo de hablar y los modales –artículo 2–.

Asimismo, el artículo 11 autoriza a todas las personas mayores de 18 años, a fin de garantizar el goce de su salud integral, a acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. Todas las prestaciones de salud contempladas en este artículo quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio, por lo que todos los efectores del sistema de salud, estatales, privados u obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que la ley reconoce.[22]

---

de la Nación, p. 244. En el ámbito local, a comienzos de la década de 1990, la CSJN seguía utilizando estereotipos en sus sentencias, como cuando confirmó el rechazo del pedido de otorgamiento de personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina, invocando, entre otros motivos, que la Academia Nacional de Medicina "dictaminó que la homosexualidad es considerada como una desviación del instinto sexual normal". CSJN, "Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas", *Fallos* 314:1531, considerando 9. Este criterio fue modificado recién en el año 2006. CSJN, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/Inspección General de Justicia y otro s/recurso contencioso administrativo", *Fallos* 329:5266.

22. En igual sentido, la Corte IDH sostuvo que "los tratamientos médicos que reafirman la identidad de género de las personas trans, incluyendo los procedimientos quirúrgicos y el

Cuando una persona corresponde su identidad de género con su sexo asignado al nacer se trata de una persona cis-género. Por el contrario, quienes se identifican con un género distinto al asignado al nacer son personas trans, travestis, transgéneros, transexuales, no binaries o intersexuales.

A partir de estas categorías, se ha luchado por el reconocimiento de los derechos de las personas LGTTBIQ+ (sigla que comprende a lesbianas, gays, travestis, transexuales, bisexuales, intersexuales, *queers* y otras denominaciones que no se expresan, pero están incluidas).

En este sentido, en la Opinión Consultiva OC-24/17 la Corte IDH consideró que los criterios específicos por los cuales está prohibido discriminar, de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH, no constituyen un listado taxativo o limitativo, sino que también abarcan a un colectivo especialmente vulnerable como es el LGTTBIQ+.[23]

Otra conquista lograda ha sido el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo, toda vez que muchos Estados han buscado evitar otorgar la misma denominación a esta unión y le asignaron un estatus jurídico inferior, ya sea como uniones civiles o concubinatos, sin que se equiparen los derechos derivados del vínculo contraído.[24]

---

tratamiento hormonal, siempre y cuando sean libremente escogidos, permiten el adecuado desarrollo de la personalidad y contribuyen al bienestar físico y emocional de las personas trans. Por sobre todo, contribuyen a reafirmar la identidad de género auto-percibida. Consecuentemente, en cumplimiento de su obligación internacional de reconocer la identidad de género de toda persona, los Estados deben garantizar aquellos tratamientos médicos que sean necesarios para que las personas trans puedan adecuar su corporalidad, incluyendo su genitalidad, a su identidad de género auto-percibida, en la medida que dichos servicios se encuentren disponibles para la comunidad". Corte IDH. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 268.

23. *Ibíd*., nota 13, párr. 90.

24. Por ejemplo, se ha señalado que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas. Cf. Comité DH, Communication No. 941/2000,

En la Argentina en el año 2010 se sancionó la Ley N° 26.618 de Matrimonio Civil o Igualitario, que permite que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en equidad de condiciones que las parejas heterosexuales, siendo el primer país de América Latina, el segundo de América y el décimo a nivel mundial en reconocerlo.

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que

> existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares. Estos aspectos incluyen –entre otros– impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos. Todo ello, a juicio del Tribunal, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo.[25]

Con relación al principio de autonomía, para el Tribunal regional,

> un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones […] el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona,

---

Edward Young v. Australia, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 September 2003. En el ámbito americano, la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social establecían una diferencia de trato entre, por un lado, las parejas heterosexuales, que podían formar una unión marital de hecho, y las parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo, que no podían formar dicha unión. El Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación era el único método para alcanzar la pretendida finalidad. Cf. Corte IDH, *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párrs. 103 y 107.

25. *Ibíd*., nota 13, párr. 197.

> es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida.[26]

En función de lo expuesto, al analizar el contenido del derecho a la protección de la vida privada, consideró que

> engloba aspectos de la identidad física y social, 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. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.[27]

Por lo tanto, los Estados deben asegurar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto.[28] Ello tiene como correlato que, por ejemplo, los cambios de documentación se realicen con el consentimiento pleno, libre e informado de las personas demandantes y que no se requiera ningún tipo de intervención quirúrgica ni trámites judiciales, sino que pueda otorgarse con la mera declaración de la persona solicitante.[29]

---

26. *Ibíd*., nota 13, párr. 88. El Comité DH sostuvo que la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH/SIDA y que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre personas adultas queda incluida en el concepto de "vida privada". Comité DH, Communication N° 488/1992, *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992, 31 March 1994, párrs. 8.2 y 8.5.

27. *Ibíd*., nota 13, párr. 203.

28. *Ibíd*., nota 13, párr. 93.

29. *Ibíd*., nota 13, párr. 146. Si bien durante mucho tiempo el TEDH consideró que la negativa del Estado a modificar el certificado de nacimiento de una persona para adecuarlo a su identidad de género no viola el derecho a la vida privada –por ejemplo, TEDH, *Case of Chapman v. The United Kingdom*, Application N° 27238/95, Court (Grand Chamber), 18 January 2001, Reports 2001-I, párr. 70– ha reconocido que cuando los Estados autorizan los tratamientos y cirugías para reasignar su género, resulta razonable exigirles que reconozcan las implicancias legales que el resultado de dichos tratamientos acarrean. Además, no se de-

Uno de los casos más emblemáticos de la Corte IDH en materia de discriminación por motivo del género es "Atala Riffo y Niñas", en el que expuso la necesidad de observar con especial atención las formas subrepticias en las que los prejuicios hacia el colectivo LGTTBIQ+ pueden aparecer en las normativas, políticas y actos públicos.

La Sra. Atala Riffo es una jueza que decidió finalizar su matrimonio con el padre de sus tres hijas y de mutuo acuerdo mantuvo la tutela y cuidado de las niñas. Luego de que comenzara un vínculo sentimental y de convivencia con otra mujer, el padre de las niñas solicitó la custodia con el argumento de la mala influencia que era para las niñas convivir con una pareja de mujeres. Esta solicitud fue concedida por la justicia chilena. Además, se le inició un proceso disciplinario por las publicaciones que aparecieron en la prensa sobre su relación con otra mujer –en el que se destacó el hecho de que "su peculiar relación" afectiva trascendió el ámbito de lo privado, lo que "claramente daña la imagen del Poder Judicial"–.

A criterio del Tribunal regional,

> para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar[la].[30]

La Corte IDH consideró que, el hecho de incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario la orientación sexual y la relación con una persona del mismo sexo, significó un trato diferenciado en perjuicio de la Sra. Atala Riffo. La alegada protección de la imagen del Poder Judicial no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual, más allá de

---

mostró de qué modo la modificación de los registros públicos iría en contra del interés público. Cf. TEDH, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Application N° 29957/95, Court (Grand Chamber), 11 July 2002, Reports 2002-VI, párrs. 78 y 93.

30. 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. 94.

que no existe la más mínima conexión entre el correcto desempeño de la labor profesional de una persona y su orientación sexual.

Asimismo, ha cuestionado los estereotipos basados en la heteronorma en torno al concepto de familia. La CADH no protege solo un modelo "tradicional" de familia, reducido únicamente al matrimonio, sino que abarca otros lazos familiares de hecho en los que las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.[31]

Pese a los avances mencionados en cuanto a la equiparación de derechos, en la actualidad el colectivo LGTTBIQ+ sigue sufriendo situaciones de desigualdad injustificada en el trato, discriminaciones y violencias.[32]

En la Argentina, si bien con cifras menores que en otros países de Latinoamérica,[33] se cometen con una habitualidad que preocupa numerosos "crímenes de odio" contra personas travestis-trans; es decir, delitos motivados en la homofobia o transfobia de sus perpetradores. Se calcula que tienen una esperanza de vida de alrededor de 45 años; es decir, dos décadas menos

31. *Ibíd*., nota 30, párr. 142. El TEDH consideró que la restricción de los derechos parentales de una mujer y la privación de contacto con sus niños en base a su transición de género y el presunto efecto negativo que la comunicación con ellos y la información sobre su transición de género podría tener en la salud psicológica y el desarrollo de los niños era violatoria del derecho a la vida privada y familiar y de la prohibición de discriminación. Cf. TEDH. *Case of A.M. and others v. Russia*, Application N° 47220/19, Court (Third Section), 6 July 2021. En similar sentido, *Case of P.V. v. Spain*, Application N° 35159/09, Court (Third Section), 30 November 2010.

32. Un ejemplo que explica lo aquí señalado es la condena a la pena de un año de prisión en suspenso a Marian Gómez por besarse con su esposa en una estación de trenes en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2017. Afortunadamente, cuatro años después la condena fue revocada. De modo similar, en "Olivera Fuentes" se produjo un trato desigual en razón de la orientación sexual de la víctima, a quienes se lo había intimado a cesar de darse "besos, caricias y abrazos" con su pareja del mismo sexo dentro de un supermercado y, luego, se les impidió el ingreso. En aras de eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias y alcanzar la igualdad material, la Corte IDH consideró "necesaria la implicación de toda la comunidad y, muy particularmente, del sector empresarial [...] [que debe] asumir su responsabilidad de respetar los derechos de personas LGBTIQ+, no sólo en el contexto laboral, sino también en sus relaciones comerciales a través de la oferta de productos o servicios". Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484, párr. 102.

33. Cf. Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT (2022). Informe 2021, p. 3.

que el resto de las personas y, en general, a edades muy tempranas quedan por fuera del sistema de salud, educativo y suelen carecer de documentación y vivienda.[34]

En el ámbito penitenciario se replica y exacerba la violencia sufrida por las personas trans detenidas, en particular las mujeres trans, ya que se enfrentan a una exposición única a la violencia, especialmente de carácter sexual.[35]

34. La Corte IDH reconoció que "las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales", a lo que agregó que "[l]a violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación [...] la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio". Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 90 y 93. En sentido similar, ver TEDH, *Case of Sabalic v. Croatia*, Application N° 50231/13, Court (First Section), 14 January 2021. Por su parte, la CIDH ha señalado que "[l]a violencia por prejuicio es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, en contraposición con la violencia entendida como un hecho aislado. Los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. Tal violencia requiere de un contexto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico. Incluso cuando este tipo de violencia es dirigida contra una persona o grupo de personas, se envía un fuerte mensaje social contra toda la comunidad LGBT [...] el concepto de violencia por prejuicio resulta útil para comprender que la violencia contra las personas LGBT es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas a las 'nuestras'". Asimismo, caracterizó a la violencia contra las personas LGBT "como una forma de violencia que es social y contextualizada, respecto de la cual la motivación del perpetrador debe ser comprendida como compleja y multifacética y no sólo como un hecho individual o aislado". CIDH (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, párrs. 44 y 47.

35. *Ibid.*, nota 22, párr. 230.

3. Violencia contra la mujer y violencia de género[36]

La violencia contra las mujeres constituye un problema mundial con proporciones de epidemia. Las estadísticas demuestran que, en todo el mundo, una de cada tres mujeres ha vivido o vivirá algún tipo de violencia a lo largo de su vida.[37]

En América Latina al menos una mujer muere cada dos horas a causa del flagelo del femicidio, razón por la cual las políticas de prevención, protección, investigación y sanción deben ser prioritarias.

A modo de ejemplo, la Oficina de la Mujer de la CSJN informó que durante el año 2021 la cantidad de víctimas letales por violencia de género ascendió a 251, mientras que 231 fueron víctimas directas de femicidio.[38]

Uno de los femicidios más aberrantes y con más repercusión de los últimos años dejó como resultado la sanción en el año 2020 de la Ley N° 27.499 de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado –"Ley Micaela"–.[39]

36. Debemos advertir que, si bien existen diferencias sustanciales entre la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que es toda aquella situación que se genera en los hogares y/o entre personas convivientes, en muchos casos se utilizan como sinónimos. Lo mismo ocurre con términos como violencia machista y violencia de género, entre otros.

37. Cf. PNUD Argentina (2009). *Podemos vivir sin violencia. La acción del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo contra la violencia hacia las mujeres en Argentina*, Buenos Aires, p. 3.

38. Los datos recabados por el Máximo Tribunal señalan que "el 93% de los imputados incluidos en las causas judiciales de todo el país eran varones con quienes las víctimas tenían un vínculo o conocimiento previo. Casi en el 60% de los casos eran sus parejas y ex parejas". Además, "existieron al menos 64 hechos previos de violencia entre víctimas e imputados/sindicados. En 33 casos se realizó una denuncia formal y en 31 se verificó por otro tipo de actuaciones presentes en las causas judiciales". Pese a ello, el Tribunal advierte que "es imprescindible tomar con cautela este porcentaje que seguramente sub-registra este fenómeno en atención al bajo número de respuestas obtenidas respecto del total de femicidios". CSJN (2021). Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA). Recuperado de https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html

39. La Corte IDH explicó que la falta de formación y de conocimiento en materia de género por parte de los operadores estatales encargados de llevar adelante las investigaciones y de administrar justicia opera negativamente, reproduciendo estereotipos que restan credibili-

Es importante resaltar que el ejercicio de la violencia debido al género no solo está dirigido hacia las mujeres, sino hacia las feminidades y diversidades, como se desprende del *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras,* en el que la víctima era una mujer trans.[40]

---

dad a las declaraciones de las mujeres víctimas, generando en muchos casos una revictimización. Cf. Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362. De modo similar, entendió que las omisiones investigativas relacionadas con la falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación fueron una consecuencia directa de una práctica común de las autoridades encargadas de la investigación, orientadas hacia una valoración estereotipada de la víctima, que afectó la objetividad de dichas autoridades. Cf. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 177. El Tribunal ha cuestionado la desvalorización de la víctima durante la investigación y el proceso penal, en el que su comportamiento y sexualidad fueron objeto de ataques vejatorios para favorecer el desvío del foco de las investigaciones, precisamente por el uso de estereotipos de género. Corte IDH. *Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirmó que "los estereotipos pueden manifestarse en cualquier etapa del proceso, pues los jueces, magistrados y árbitros no son los únicos agentes del sistema de justicia que aplican, refuerzan y perpetúan los estereotipos. Los fiscales, los encargados de hacer cumplir la ley y otros agentes suelen permitir que los estereotipos influyan en las investigaciones y los juicios, especialmente en casos de violencia basados en el género, y dejar que los estereotipos socaven las denuncias de las víctimas y los supervivientes y, al mismo tiempo, apoyan las defensas presentadas por el supuesto perpetrador. Por consiguiente, los estereotipos están presentes en todas las fases de la investigación y del juicio, y por último influyen en la sentencia. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015). Recomendación General Nº 33. *Acceso de las mujeres a la justicia*, CEDAW/C/GC/33, párr. 27.

40. Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422. La utilización de la Convención de Belém do Pará a un caso de violación de derechos humanos de una mujer trans por su condición de genero expuso un debate en la Corte IDH sobre el alcance de los conceptos de sexo, género e identidad de género. Así, la jueza Odio Benito entendió que la violencia de la cual fue víctima Vicky Hernández no se debió a su condición de mujer, sino a su identidad de género diversa a las normas y roles patriarcales. Para la magistrada, el sexo femenino es el origen de la violencia contra las mujeres –es decir, la mujer en sentido biológico–, mientras que la violencia y discriminación contra las personas LGTTBIQ+ trasciende al sexo con el que nacieron y se origina en que desafían los parámetros de heterosexualidad. En otra oportunidad, la jueza agregó que "La teoría *queer* quiere imponernos que sexo y género son

Para la Corte IDH, en ocasiones

> puede ser difícil distinguir entre la discriminación por orientación sexual y la discriminación por expresión de género. La discriminación por orientación sexual puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida, por lo que incluye casos en los cuales una persona es discriminada con motivo de la percepción que otros tengan acerca de su orientación sexual. Esta percepción puede estar influenciada, por ejemplo, por el modo de vestir, peinado, manerismos, o forma de comportarse que no corresponde a las normas tradicionales o estereotipos de género, o constituye una expresión de género no normativa.[41]

La violencia contra la mujer basada en el género; es decir, dirigida contra una mujer por ser mujer o que afecta a la mujer de manera desproporcionada es una forma de discriminación en contra de la mujer.[42]

Sobre esta temática, en el ámbito universal se aprobaron la CEDAW[43] en 1979 y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en

---

lo mismo, pero no lo son, ni lo serán jamás […] El sexo no es un deseo ni una autopercepción […] Las personas trans –mujeres y hombres–, enfrentan problemas muy graves en su búsqueda de respeto y reconocimiento como grupo humano. Sus derechos merecen ser protegidos y, además de todos los instrumentos internacionales (DUDH, convenciones, pactos, resoluciones, etc.), sus luchas deben ampararse en instrumentos específicos. Pero no pueden pretender que los instrumentos que contienen y amparan los derechos de las mujeres (CEDAW, Belém do Pará, y etc.) se les apliquen bajo categorías de dudosa epistemología". *Ibid.*, nota 22, voto parcialmente disidente de la jueza Odio Benito. No obstante, hay quienes señalan que el "sexo" no es un fenómeno biológico, sino también una construcción social. Cf. Ribeiro Mieres, S. (2022). Derechos de las personas LGBTI. Convención de Belém do Pará. *Debates sobre Derechos Humanos*, año 2021 (5), 230-233.

41. *Ibíd.*, nota 32, párr. 94.

42. Cf. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 207.

43. En el artículo 1 del tratado se define a la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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". Esta definición es importante porque una ley será discriminatoria si tiene por resultado la discriminación de la mujer, aunque no se haya sancionado con la intención o con el objeto de discriminarla. Es más, una ley podría ser discriminatoria, aun-

1993. Recién en 1994 se utilizó el término género y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing de 1995 se adoptó un enfoque de género, de modo que se reconoció que toda la estructura de la sociedad y todas las relaciones entre los hombres y las mujeres en el interior de esa estructura tenían que ser reevaluadas. Este cambio representó una reafirmación firme de que los derechos de las mujeres eran derechos humanos y de que la igualdad entre los géneros era una cuestión de interés universal y de beneficio para todos.

Además, se introdujo una perspectiva transversal: la perspectiva del "*mainstreaming* de género"; es decir, los gobiernos se comprometieron a incluir de manera efectiva una dimensión de género en todas sus políticas, instituciones, procesos de planificación y de toma de decisiones. Esto significó que, antes de que se aprueben decisiones o se ejecuten planes, se debe hacer un análisis de sus efectos sobre los hombres y las mujeres y de sus necesidades.[44]

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la CEDAW obligan a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social. Por ello, recomendó a los Estados Partes incluir en los informes periódicos que presentan al Comité información sobre: a) la legislación vigente para protegerla de la frecuencia de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.), y b) otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia.[45]

---

que se haya promulgado con la intención de "proteger" a la mujer o de "elevarla" a la condición del hombre. Así, una ley que trate a hombres y mujeres exactamente igual pero que tiene resultados que menoscaban o anulan el goce o ejercicio por la mujer de sus derechos humanos será una ley discriminatoria. Además, no plantea una división entre la discriminación que se produce en el ámbito público y en el privado, sino que comprende ambos. Por último, la definición no dice que se debe tratar a la mujer igual que al hombre para eliminar la discriminación. Todo lo contrario, dice que es discriminatorio todo trato que tenga por resultado la desigualdad, lo que quiere decir que si a una mujer se le da un trato idéntico al del hombre y ese trato la deja en una posición inferior, ese trato en sí es discriminatorio aunque su objetivo haya sido la igualdad. *Ibíd*., nota 1, pp. 17-20.

44. Cf. Radl Philipp, R. (2010). Human rights and gender. *Cadernos CEDES*, (30), 81 y ss.

45. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 12. *La violencia contra la mujer*, 8º período de sesiones (1989).

El Comité fue explícito al señalar que la definición de la discriminación contra la mujer

> incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.[46]

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer define a la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada –artículo 1–.

Esta definición abarca la violencia física, sexual y psicológica tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra, y la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la "familia", incluidos los malos tratos y la violación por el marido.

El artículo 4 señala que los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y procurar eliminarla por todos los medios apropiados y sin demora, para lo cual deberán abstenerse de practicar la violencia contra la mujer; proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares; y adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará–, adoptada en 1994, es la norma pionera en el tema. En su Preámbulo

46. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19. *La violencia contra la mujer*, 11° período de sesiones (1992), párr. 6.

señala que la violencia contra la mujer es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

La normativa en cuestión define a la violencia contra la mujer como "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" –artículo 1–.

Esta definición incluye –al igual que la de la Declaración ya citada– la violación y abuso sexual que tenga lugar en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, o la que sea tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurran –artículo 2–. En este sentido, el artículo 3 consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

En "Ríos y otros" y "Perozo y otros" los representantes de las víctimas habían solicitado que se condenase al Estado por la violación de la Convención de Belém do Pará en función de que algunas de las periodistas que fueron víctimas de agresiones y ataques eran mujeres.

La Corte IDH afirmó que

> no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Aunque las periodistas mujeres hayan sido agredidas en los hechos de este caso, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres. Los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron "especialmente dirigid[as] contra las mujeres", ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque "por su condición [de mujer]".[47]

47. Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 279, y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 295.

En sentido contrario, en "Campo Algodonero" concluyó que las jóvenes habían sido víctimas de violencia contra la mujer, toda vez que sus homicidios fueron por razones de género y estaban enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez.[48]

El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará contiene una enfática condena de todas las formas de violencia contra la mujer y pone a cargo de los Estados Partes la asunción de "políticas" orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. En virtud de ello, se obligan a determinadas acciones y abstenciones, entre las que se encuentran:

> a) abstenerse de cualquier acción práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; […] g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La Corte IDH ha afirmado que

> la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.[49]

48. Cf. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 231.

49. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 176.

Si bien es imprescindible el castigo de los agresores para erradicar la violencia contra las mujeres, entendemos que no debe olvidarse que la obligación del Estado no se agota allí, puesto que la sanción penal de una persona no pone fin a la inequidad de la sociedad y la desigualdad entre hombres y mujeres, que constituye el germen del cual se nutre la violencia machista.

A lo largo de su jurisprudencia constante la Corte IDH ha reconocido que el deber de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos comprende la obligación estatal de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos".[50]

Además, ha señalado que "el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno".[51]

Cuando la violación de un derecho humano es realizada por particulares, lo decisivo a los fines de evaluar si el Estado pudo prevenirla es dilucidar si "ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente".[52]

Al momento de analizar la obligación de los Estados de prevenir los casos de violencia contra la mujer, el Tribunal regional ha interpretado la CADH a la luz del tratado interamericano específico –la Convención de Belém do Pará[53]–, dado que complementa el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la CADH.[54]

---

50. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

51. *Ibíd*., nota 49, párr. 170.

52. *Ibíd*., nota 47, párr. 236.

53. Cf. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215, párr. 193, y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 177.

54. Cf. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

A nivel nacional, se ha sancionado la Ley Nº 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y la Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

Esta última reconoce que la eliminación de la violencia contra las mujeres es una condición indispensable para el ejercicio de sus derechos, el desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

Así, en su artículo 4 dispone que

> [s]e entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.
> Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Especialmente incluye en la definición: a) cualquier forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física; b) la violencia psicológica, que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento e incluye la explotación; c) cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, así como la prostitución; d) la violencia económica y patrimonial, que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer; y e) la violencia simbólica, que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

A su vez, el artículo 2 establece que la ley tiene por objeto

> promover y garantizar: a) la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos…

Los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos pueden adoptar diferentes modalidades, quedando especialmente comprendidas por la norma:

a) Violencia doméstica: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

b) Violencia institucional: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

c) Violencia laboral: 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 estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de prueba de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos.

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.

f) Violencia mediática: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

Una forma paradigmática de violencia contra las mujeres, cuyas consecuencias incluso trascienden a la persona de la víctima, son la violación, el abuso y el acoso sexual.

En el *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* la Corte IDH señaló que durante el conflicto armado que vivió ese país las mujeres habían sido particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual, dirigidas a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual; las mujeres embarazadas fueron víctimas de abortos inducidos, torturas ejemplificantes y violaciones sexuales, no habiendo el Estado investigado y sancionado estos crímenes, de conformidad con la CADH y la Convención de Belém do Pará.[55]

En caso de actos graves contra la integridad sexual, los Estados deben sancionar leyes de naturaleza penal para castigarlos, aplicarlas en la práctica

55. Cf. Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 139 y 140.

a través de una investigación y enjuiciamiento efectivos, y garantizar que la pena condenatoria se ejecute.[56]

Al referirse a la violación sexual, la Corte IDH destacó que "es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima 'humillada física y emocionalmente', situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas",[57] por lo que constituye una forma específica de tortura.[58]

El Tribunal regional agregó que "es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales".[59]

Cuando la víctima de violencia sexual es una niña corresponde entender como violencia sexual

> no solo actos de naturaleza sexual que se ejerzan por medio de la violencia física, sino también otros de esa naturaleza que, cometiéndose por otros medios, resulten igualmente lesivos de los derechos de la mujer o la niña o le causen daño o sufrimiento. Sin perjuicio de lo anterior, la violencia sexual contra la mujer puede presentar diversos grados, de acuerdo a las circunstancias del caso y diversos factores, entre los que pueden encontrarse las características de los actos cometidos, su reiteración o continuidad y la vinculación personal preexistente entre la mujer y su agresor, o la subordinación de ella a éste a partir de una re-

56. Cf. TEDH, *Affaire E. G. c. République de Moldova*, Requête N° 37882/13, Cour (Deuxième Section), 13 Avril 2021, párrs. 39-41, y *Case of M. C. v. Bulgaria*, Application N° 39272/98, Court (First Section), 4 March 2004, párr. 166.

57. *Ibíd*., nota 52, párr. 124.

58. Cf. Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 252, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 198.

59. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 193.

> lación de poder. También pueden resultar relevantes, de acuerdo al caso, condiciones personales de la víctima, como ser una niña. Lo anterior, sin perjuicio de la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, que no los priva de su derecho a medidas de protección.[60]

A los fines de considerar a una violación sexual como un acto de tortura es irrelevante si consiste en un solo hecho o más o si ocurre fuera de instalaciones estatales, en función de que "los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto".[61]

Adicionalmente, la Corte IDH afirmó que "en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores […] [por lo que] no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho".[62]

En este sentido, "la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes [ni se vea] reflejada la ocurrencia de los mismos en un examen médico".[63]

El Tribunal regional destacó que las normas penales relacionadas con la violencia sexual deben tener como eje central el consentimiento, siendo su-

60. 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. 124. El Tribunal regional ha determinado la responsabilidad del Estado al incumplir su deber de actuar con la "debida diligencia reforzada", incorporando un enfoque interseccional, para investigar con celeridad los actos de violencia sexual intrafamiliar sufridos por una niña, la revictimización de ella y sus familiares durante el proceso penal y la carencia de una perspectiva de género y de niñez en la actuación judicial. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475, párrs. 95 y ss.

61. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, nota 47, párr. 118, y CCT, *V. L. v. Switzerland*, Comunication Nº 262/2005, CAT/C/37/D/262/2005, 22 January 2007, párr. 8.

62. *Ibíd*., nota 58, párr. 248.

63. *Ibíd*., nota 58, párr. 249.

ficiente demostrar, mediante cualquier medio probatorio, que la víctima no consintió los hechos de violencia sexual.[64]

Además, los Estados deben incluir en la normativa penal algunos elementos para determinar la ausencia del consentimiento en un acto sexual como, por ejemplo, el uso de la fuerza o la amenaza de usarla; la coacción o el temor a la violencia o a las consecuencias; la intimidación; la detención y/o privación de la libertad; la opresión psicológica; el abuso de poder; y la incapacidad de entender la violencia sexual. No se podrá inferir el consentimiento cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual; y cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción. De este modo, el consentimiento no puede ser inferido, sino que siempre debe ser ofrecido de manera expresa, libre y de manera previa al acto y puede ser reversible.[65]

Un punto siempre controversial en este tipo de casos es la procedencia de un peritaje ginecológico a la víctima, dado que con frecuencia ha transcurrido mucho tiempo entre la formulación de la denuncia y el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual.

---

64. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, nota 60, párr. 145.

65. *Ibíd*., nota 60, párrs. 147-149. En un caso en el que la víctima era una mujer sordomuda, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer destacó que el proceso penal estuvo atravesado por estereotipos de género a partir de los cuales colocó a la víctima en posición de ser ella quien debía garantizar su seguridad frente a la violencia ejercida, en un primer momento, por el denunciado y, con posterioridad durante el proceso, por quienes debían hacer efectivo el goce de sus derechos. En particular, se cuestionaron afirmaciones de la justicia filipina respecto de que la víctima debía haber utilizado todos los medios imaginables para evadir los avances del perpetrador y su resistencia debía quedar demostrada y que "solo la fuerza física o el uso de un arma mortífera puede negar el consentimiento de la víctima". Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Communication N° 34/2011, *R. P. B. v. Philippines*, CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 March 2014.

El Tribunal regional consideró que debe analizarse caso a caso y la necesidad de dicho peritaje

> debe ser motivada detalladamente y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditarla y/o impedir una investigación.[66]

La utilización de fuerza para proceder al examen ante la negativa de la víctima constituye un acto de violencia institucional de índole sexual.

En virtud de lo señalado, los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en los casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Además, la estrategia de prevención debe ser integral; es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva. Por último, deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.[67]

Relacionado con lo expresado en los párrafos anteriores, la Corte IDH ha precisado que el artículo 11 de la CADH cuando protege la vida privada comprende, entre otros ámbitos, la vida sexual. Por ende, la violencia sexual de la cual es víctima una mujer supone una intromisión en los aspectos más personales e íntimos de su vida privada.[68]

Otras formas de violencia de género que se encuentran extendidas y cuentan con cierto grado de aceptación social son el ciberacoso y el *hackeo* de mails, teléfonos móviles y otros dispositivos electrónicos, con el objetivo de desacreditar y/o incitar a otras violaciones y abusos contra mujeres y niñas.

66. Corte IDH. *Caso V. R. P., V. P. C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 169.

67. *Ibíd*., nota 58, párr. 243.

68. Cf. Corte IDH. *Caso J Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 367.

El TEDH señaló que el ciberacoso es una forma particular de violencia contra mujeres y niñas, que puede adoptar una multiplicidad de supuestos como, por ejemplo, las violaciones cibernéticas a la privacidad, la intrusión en la computadora de la víctima, la captura de información, el intercambio y manipulación de datos e imágenes, entre otros. En el marco de episodios de violencia doméstica, la cibervigilancia a menudo la realizan las parejas íntimas de la víctima.[69]

Justamente, muchos instrumentos internacionales señalan la vulnerabilidad particular de las víctimas de violencia doméstica, que se agrava cuando el agresor pertenece a las fuerzas de seguridad.[70]

No hay duda de que en un caso de violencia doméstica el riesgo de una amenaza real e inmediata debe evaluarse teniendo en cuenta el contexto particular en el que se produce. En tal situación, no se trata únicamente de una obligación de brindar protección general a la sociedad, sino de tener en cuenta la recurrencia de sucesivos episodios de violencia dentro de la unidad familiar.[71]

En ciertas circunstancias las autoridades pueden tener razones para saber que existe un riesgo de que una persona sea víctima de violencia doméstica como, por ejemplo, ante el retiro de una denuncia, lo cual puede reflejar una situación de amenazas de parte del agresor que, como mínimo, el Estado debe investigar[72] y, en ocasiones, genera la obligación de adoptar medidas especiales de protección, como la prohibición de acercamiento, el desalojo del agresor del hogar familiar,[73] los botones antipánico y las custodias policiales, entre otras.[74]

---

69. Cf. TEDH, *Case of Buturuga v. Romania*, Application N° 56867/15, Court (Fourth Section), 11 February 2020, párr. 74.

70. Cf. TEDH, *Case of Eremia v. The Republic of Moldova*, Application N° 3564/11, Court (Third Section), 28 May 2013, párr. 63, y *Case of A and B v. Georgia*, Application N° 73975/16, Court (Fifth Section), 10 February 2022, párrs. 43-45.

71. Cf. TEDH, *Case of Talpis v. Italy*, Application N° 41237/14, Court (First Section), 2 March 2017, párr. 122.

72. Cf. TEDH, *Case of Opuz v. Turkey*, Application N° 33401/02, Court (Third Section), 9 June 2009, Reports 2009-III, párrs. 180, 191 y 200.

73. Cf. TEDH, *Case of B. v. The Republic of Moldova*, Application N° 61382/09, Court (Third Section), 16 July 2013, y *Case of Levchuk v. Ukraine*, Application N° 17496/19, Court (Fifth Section), 3 September 2020, párr. 87.

74. Cf. TEDH, *Case of Volodina v. Russia*, Application N° 41261/17, Court (Third Section), 9 July 2019.

Adicionalmente, el TEDH ha expresado la necesidad de que los Estados se impliquen activamente en la protección de las víctimas de violencia doméstica, lo que incluye el deber de adoptar y poner en práctica un marco legal que permita la protección contra los actos de violencia entre los particulares, así como de tomar las medidas necesarias para que las autoridades a cargo de la investigación evalúen la credibilidad de las denuncias y aclaren las circunstancias de cada caso.[75]

Para estar en condiciones de saber si existe un riesgo real e inmediato para la vida de una víctima de violencia intrafamiliar, las autoridades tienen el deber de realizar una evaluación del riesgo de letalidad que sea autónoma, proactiva y completa. Los términos "autónomo" y "proactivo" se refieren al requisito de que las autoridades no se basen únicamente en la percepción del riesgo por parte de la víctima, sino que lo complementen con su propia evaluación. Tanto la naturaleza como la intensidad del riesgo pueden variar en relación con los diferentes miembros de una familia.[76]

Por su parte, la CIDH en "Maria da Penha" entendió que el Estado había fracasado en el ejercicio de su deber de prevenir e investigar la denuncia realizada por la víctima, violando no solo la CADH sino también la Convención de Belém do Pará, debido a que después de diecisiete años no se había llegado a condenar al responsable de las violaciones de derechos humanos alegadas.

75. Cf. TEDH, *Case of Hajduová v. Slovakia*, Application N° 2660/03, Court (Fourth Section), 30 November 2010, párr. 46, y *Affaire E. M. c. Roumanie*, Requête N° 43994/05, Cour (Troisième Section), 30 Octobre 2012.

76. Cf. TEDH, *Case of Kurt v. Austria*, Application N° 62903/15, Court (Grand Chamber), 15 June 2021, párr. 190. Debido a la excepcional situación psicológica en la que se encuentran las víctimas de violencia intrafamiliar, las autoridades que examinan el caso tienen el deber de realizar las preguntas adecuadas para obtener toda la información pertinente, incluso de otros organismos estatales, en lugar de confiar en que la víctima dé todos los detalles relevantes. Entre los factores de riesgo que se deben tener en cuenta podemos mencionar el hecho de que la víctima hubiera solicitado la separación o la ruptura de la relación, actos de violencia previos, problemas psicológicos del perpetrador, la emisión previa de una medida restrictiva, adicciones, desempleo, amenazas de llevarse hijos comunes, actos de violencia sexual, amenazas de muerte a la víctima y a sus hijos, amenazas de suicidio y conductas coercitivas y controladoras. Cf. Ortiz, D. O. (2023). Violencia doméstica. Detección oportuna del riesgo. *Debates sobre Derechos Humanos*, *año 2022,* (6), 206.

Para la Comisión,

> [l]a impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex marido sufridas por la señora Maria da Penha.[77]

Dado que la violación contra Maria da Penha formaba parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad de Brasil para juzgar y condenar a los agresores en casos de violencia doméstica, el Estado no solo violó la obligación de investigar y sancionar, sino también la de prevenir la violencia contra la mujer.[78]

En el ámbito nacional, la CSJN dejó sin efecto una sentencia que condenaba a una mujer por lesiones graves a su ex pareja, pues no se había considerado el contexto de violencia por razones de género que rodeaba al hecho, eludiendo que ella se había defendido de un ataque. Esta elusión fue posible por la aplicación de estereotipos de género (mujer mendaz y mala víctima) que operaron en la valoración de la prueba y en el razonamiento judicial. El Tribunal destacó que la condición de víctima de violencia no mengua *per se* el valor del testimonio.[79]

Asimismo, mencionó que

> el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados Parte ha recomendado, en el marco de la alegación de legítima defensa en un contexto de violencia contra la mujer, la adopción de los estándares que la Corte IDH ha desarrollado para otro grupo

77. CIDH, Informe No. 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes*, Brasil, 16 de abril 2001, párr. 55.

78. *Ibíd*., nota 77, párr. 56.

79. CSJN, "R., C. E. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", *Fallos* 342:1827.

> de casos, en lo que aquí interesa, entender que la declaración de la víctima es crucial, y que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados y tampoco la falta de señales físicas implica que no se ha producido la violencia.

En igual sentido, en "Rivero" se cuestionó que se había puesto en duda la confiabilidad del testimonio de la víctima –en particular, sobre la cantidad de veces que fue obligada a practicar sexo oral–, sin tomar en cuenta que no existieron discrepancias en cuanto a las veces en que fue sometida carnalmente.

El Procurador General consideró que la sentencia cuestionada había sido construida a partir de un estereotipo según el cual una mujer que fuese desenfadada en sus expresiones o comportamientos sexuales con alguna persona en particular no podría proceder con timidez al referirse a hechos de violencia sexual de los que fuese víctima.[80]

En otro precedente, extendió la indemnización en virtud de un despido con causa en el matrimonio a un trabajador varón, ya que el objetivo del artículo 181 de la Ley de Contrato de Trabajo es la protección de la familia y no de las mujeres, en razón de su sexo-género. Por ello, se debe tener en cuenta "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".[81]

Por último, en "Góngora" la CSJN consideró que no resulta válida la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género, puesto que el Estado asumió el compromiso de sancionar y erradicar dicha violencia.[82]

80. CSJN, "Rivero, Alberto y otro s/abuso sexual - art. 119 3° párrafo y violación según párrafo 4to art. 19 inc. e)", *Fallos* 345:140, del dictamen del Procurador General de la Nación interino.

81. CSJN, "Puig, Fernando Rodolfo c/Minera Santa Cruz S. A. s/despido", *Fallos* 343:1037, considerando 8.

82. CSJN, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092", *Fallos* 336:392.

Capítulo 17

Derecho de las personas con discapacidad

Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey

El 15% de la población mundial –1.000 millones de personas– experimenta algún tipo de discapacidad y la prevalencia de la discapacidad es mayor en los países en desarrollo. Entre 110 y 190 millones de personas –la quinta parte de la población mundial– se ven afectadas por discapacidades importantes. Además, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos adversos, como acceder a menos educación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza.[1]

A efectos de lograr una mejor aproximación a los derechos de las personas con discapacidad describiremos brevemente los distintos modelos que tienen por objeto el abordaje de las discapacidades, haciendo hincapié en cómo se trasladan al aspecto normativo y las consecuencias que la incorporación de cada uno conlleva.

Tradicionalmente, el marco para el tratamiento de las discapacidades han sido el modelo de prescindencia, el modelo médico-rehabilitador (o asistencial) y el modelo social.[2] Cada uno significa un paradigma diferente y tiene distintas consecuencias en materia de inclusión de las personas con discapacidad y reconocimiento de los derechos de este grupo que históricamente ha estado en una situación de vulnerabilidad.

1. Cf. Banco Mundial (2022). *La inclusión de la discapacidad*. Recuperado de https://www.bancomundial.org/es/topic/disability

2. Cf. Toboso, M. y Arnau Ripollés, M. S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 10,* (20), 2-4.

Es importante señalar que la discapacidad no implica, *per se*, una vulnerabilidad. Sin embargo, razones históricas y socioeconómicas han causado que las personas con discapacidad se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Aunque en los últimos años ocurrieron cambios notorios en el abordaje y tratamiento de las discapacidades, lo cierto es que estos modelos conviven actualmente con mayor o menor incidencia de cada uno de ellos según la sociedad de la cual se trate. Y pese a que, en términos normativos, la Argentina adhiere al modelo social de la discapacidad, en la práctica aún resta mucho por hacer. Por esta razón, consideramos necesario destacar que los y las operadores/as jurídicos/as debemos incorporar la perspectiva de la discapacidad en cada una de nuestras acciones.

Con relación a los modelos de la discapacidad, el denominado de prescindencia consideraba que la discapacidad tenía su origen en causas religiosas y, consecuentemente, las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, puesto que no tenían nada para aportar a la comunidad. Este modelo contiene dos submodelos que, si bien coinciden en lo que respecta al origen de la discapacidad, no lo hacen en cuanto a la respuesta social hacia aquella: por un lado, el submodelo eugenésico y, por el otro, el de marginación.

El submodelo eugenésico consideraba inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños y niñas con discapacidad. La causa de la discapacidad era un pecado cometido por las madres y/o padres –en el caso de Grecia– o una advertencia de que la alianza con los dioses se encontraba rota –en el caso de Roma–. Ello, unido a la idea de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida, más la consideración acerca de su condición de carga (para sus progenitores y para la sociedad) llevaba a prescindir de estas personas mediante prácticas como el infanticidio.

Por su parte, el submodelo de marginación tiene características definitorias que son una constante histórica: la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión o a raíz del temor y el rechazo que generan por considerarlas objeto de maleficios y advertencias de un peligro inminente. Ejemplo de ello es la inclusión de las personas con discapacidad durante la Edad Media dentro del grupo de los pobres y los marginados.

A diferencia del submodelo eugenésico, ya no se cometía infanticidio, aunque gran parte de los niños y las niñas con discapacidad morían como consecuencia de omisiones básicas. Para quienes sobrevivían, la apelación a la caridad, el ejercicio de la mendicidad y ser objeto de burla y diversión eran los medios de subsistencia obligados.[3]

La Primera Guerra Mundial tuvo, entre sus múltiples consecuencias, el hecho de haber dejado millares de soldados mutilados. Esta situación generó que sus identidades se vieran ligadas a la discapacidad.

Desde entonces, las causas de la discapacidad ya no serían vistas desde una cosmovisión mística, sino desde el saber científico. La discapacidad comenzará a ser nombrada en términos de salud/enfermedad. Emerge, entonces, el modelo de la rehabilitación; es decir, la discapacidad es considerada una situación reversible, impulsando a la normalización como único camino de inserción social. La capacidad de la persona de ser rehabilitada o no determinaría su valor en la sociedad.

En forma concomitante surge la institucionalización de las personas con discapacidad para lograr su eventual rehabilitación. Inmerso en un contexto capitalista, este modelo supuso la creación en torno a la discapacidad de la "industria médica", vinculada a la producción y consumo de fármacos, prótesis, ortopedia, etc.

A partir del rechazo a los dos modelos anteriores, surgió el modelo social de la discapacidad, cuyos presupuestos fundamentales son dos.

En primer lugar, las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino sociales. Las limitaciones individuales de las personas con discapacidad no son la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para garantizar que las necesidades de esas personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Este modelo no implica negar el aspecto individual de la discapacidad, sino que pretende enmarcarlo dentro del contexto social.[4]

3. *Ibíd*., nota 1, p. 3.

4. Cf. Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 103-201). Madrid: Ediciones Cinca.

En segundo lugar, se considera que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en la misma medida que el resto de las personas. Así, partiendo de la premisa fundamental de que toda vida humana es igualmente digna, se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación plena de su diferencia.

Estos presupuestos tienen importantes consecuencias, entre las que se destacan sus repercusiones en las políticas sociales a ser implementadas. Si se considera que las causas que originan las discapacidades son sociales, las soluciones no deben dirigirse individualmente a las personas que se encuentran en dicha situación, sino hacia la sociedad en su conjunto. Es la sociedad la que debe adaptarse a las necesidades de cada una de las personas que la integran.[5]

El paradigma de la rehabilitación fue cuestionado por un grupo de personas con discapacidad denominado "Movimiento de Vida Independiente", que en Inglaterra y Estados Unidos en la década de 1970 se vieron impulsados por las reivindicaciones de los derechos civiles de las mujeres, de las personas afrodescendientes y del colectivo LGTTBIQ+. Desde una perspectiva de derechos humanos, propusieron una nueva forma de pensar la discapacidad, bajo el lema "Nada de nosotros sin nosotros".[6]

Consideramos esta referencia de vital importancia a la hora de problematizar los derechos de las personas con discapacidad, en tanto las similitudes con otros grupos que históricamente estuvieron en una situación de vulnerabilidad torna urgente el diseño y la aplicación de políticas públicas destinadas a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Uno de los pilares de este movimiento consiste en respetar la autonomía de las personas para decidir sobre sus propias vidas y persigue como horizonte suprimir las barreras físicas, comunicacionales y actitudinales derivadas de

5. *Ibíd*., nota 2, p. 3.

6. Cf. COPIDIS (2017). *Manual de inclusión laboral de personas con discapacidad*. Recuperado de https://buenosaires.gob.ar/copidis/publicaciones/manual-de-inclusion-laboral-de-personas-con-discapacidad

los prejuicios y preconceptos. Estos pilares, precisamente, están plasmados en la CDPD.[7]

Desde el paradigma del modelo social se sugiere reemplazar el término "integración" por "inclusión", por lo que el problema de la exclusión/inclusión ya no recae en el déficit de la persona, sino en la inaccesibilidad del entorno y en la provisión de los apoyos necesarios en la comunidad.

Este modelo no debería ocultar una realidad médica que es innegable en muchos casos de personas con discapacidad, sino que debería reducir al ámbito médico lo estrictamente sanitario y no mezclarlo con la problemática social derivada de la discapacidad.

Para concluir con la presentación de los diferentes paradigmas, nos parece relevante señalar que actualmente existe un cuarto modelo, el de la diversidad, que considera que es fundamental aceptar definitivamente el hecho de la diversidad humana, incluida la discapacidad, o la "diversidad funcional", como defienden Palacios y Romañach, quienes plantean la necesidad de superar la dicotomía conceptual capacidades / discapacidades.[8]

---

7. La Argentina lo aprobó mediante la Ley N° 26.378, la ratificó el 2 de septiembre de 2008 y le otorgó jerarquía constitucional a partir de la sanción de la Ley N° 27.044.

8. *Ibíd*., nota 2, p. 4.res dimensiones complementarias de la discapacidad: la condición de discapacidad, que es la dimensión personal de la discapacidad (que podemos definir desde un diagnóstico –deficiencia– o desde otra mirada –diversidad funcional–); la situación de discapacidad, que es la dimensión interrelacional, situacional y dinámica, cuando entran en juego las barreras sociales (convivir con el VIH no es por sí mismo una situación de discapacidad, pero en algunas ocasiones, las barreras actitudinales y sociales que enfrenta una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno la coloquen en una situación de discapacidad. Cf. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 238, y TEDH, *Case of Kiyutin v. Russia*, Application N° 2700/10, Court (First Section), 10 March 2011, Reports 2011-II); y la posición de discapacidad, cuyo origen está en la estructura social, en nuestras representaciones, valoraciones y cultura. La posición de discapacidad se construye cada vez que se le niega a una persona con discapacidad el reconocimiento de su condición de "ser persona", de decidir sobre su propia vida, de participar. El modelo de la diversidad pretende deconstruir –desde ámbitos diferentes a los que originan los diagnósticos médicos– aquellas condiciones que son inherentes a la vida humana y que se refieren al hecho de que hay personas que realizan alguna o varias de sus funciones de manera diferente a la media estándar. De este modo, concibe a la diversidad funcional como una más de las diversidades que conforman la condición humana (género, etnia, orientación sexual, etc.).

Cada uno de los modelos mencionados puede ser visualizado a lo largo de la historia, a partir de las denominaciones utilizadas a nivel normativo para nombrar a las personas con discapacidad: "minusválido", "discapacitado", "retrasado", "impedido", "enfermo mental", etc.[9] Incluso en la actualidad comúnmente se utilizan denominaciones que deben ser rechazadas, como "persona con capacidades diferentes" o "persona discapacitada", expresión que podía interpretarse como que se ha perdido la capacidad de funcionar como persona.[10]

La CDPD se aleja del modelo rehabilitador y de la concepción paternalista del Estado y tiene en cuenta los siguientes principios: respeto de la dignidad inherente, autonomía individual –que incluye la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas–, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, igualdad de oportunidades, accesibilidad, igualdad entre el hombre y la mujer y respeto a la evolución de las facultades de los NNyA con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en 1999,[11] deja en evidencia la existencia de obstáculos arquitectónicos, sociales y educativos. En su artículo 1 define a la discapacidad como

> una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

9. Cf. Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas; AG, Resolución 2856 (XXVI), Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, 2027ª sesión plenaria; AG, Resolución 3447 (XXX), Declaración de los Derechos de los Impedidos, 2433ª sesión plenaria, y AG, Resolución 119 (XLVI), La protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, 75ª sesión plenaria, Anexo.

10. Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 5. *Las personas con discapacidad*, 11° período de sesiones (1994), párr. 4.

11. La Argentina la aprobó mediante la Ley N° 25.280 y la ratificó el 10 de enero de 2001.

A continuación, caracteriza a la discriminación contra las personas con discapacidad como

> toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Un ejemplo sencillo de esto sería exigir que un trámite se realice únicamente mediante el pedido de un turno telefónico, sin contemplar a las personas que tienen una discapacidad auditiva o visual.

A los fines del tratado, que tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad,

> no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que […] no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.

De modo similar, la CDPD en su artículo 1 establece como propósito

> promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En su trabajo, en particular en sus observaciones finales, comentarios generales, dictámenes sobre comunicaciones individuales y conclusiones de investigaciones, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha determinado cómo los Estados deben entender y aplicar el modelo de derechos humanos de la discapacidad.

La igualdad de oportunidades, principio general reconocido en el artículo 3 del tratado universal, constituye un paso importante en la transición de un modelo de igualdad formal a un modelo de igualdad sustantiva.

La igualdad formal lucha contra la discriminación directa tratando de manera similar a las personas que están en una situación comparable. Puede ayudar a combatir los estereotipos negativos y los prejuicios (como cuando los testimonios de las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial que han sido víctimas de violencia se desestiman en procedimientos judiciales a causa de la capacidad jurídica), pero no puede ofrecer soluciones al "dilema de la diferencia", ya que no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos.

En cambio, la igualdad sustantiva aborda también la discriminación indirecta (se refiere a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionadamente negativa en las mujeres con discapacidad, por ejemplo, la ausencia de camillas accesibles para los exámenes ginecológicos), la discriminación por asociación (es la discriminación contra personas a causa de su asociación con una persona con discapacidad, por ejemplo, la madre de un niño con discapacidad puede ser discriminada por un posible empleador que teme que sea una trabajadora que esté menos disponible a causa de su hijo) y la discriminación estructural o sistémica (se manifiesta a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatorias estrechamente vinculadas a las relaciones de poder creadas por la sociedad, por ejemplo, la incredulidad y la desestimación de los testimonios de las mujeres con discapacidad que denuncian hechos de violencia por la policía y la administración de justicia en base a estereotipos). Admite que el "dilema de la diferencia" entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas a fin de lograr la igualdad.[12]

Debemos agregar que el tratado incorpora un nuevo modelo, el de la igualdad inclusiva, que amplía el modelo de igualdad sustantiva, al incluir: a) una

12. Cf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6. *Igualdad y no discriminación*, 19º período de sesiones (2018), párr. 10, y Observación General N° 3. *Mujeres y niñas con discapacidad*, 16º período de sesiones (2016), párr. 17.

dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad;[13] c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana.[14]

Uno de los conceptos más revolucionarios y disruptivos que consagra la CDPD es la obligación de realizar ajustes razonables, y consta de dos aspectos –cf. artículos 2 y 5–. En primer término, realizar la modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derechos de una persona con discapacidad y, en segundo, asegurar que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos.

El Comité ha señalado que "[p]ara garantizar que las personas con discapacidad no sean objeto de discriminación, deben realizarse los ajustes que sean razonables",[15] que pueden adoptar diferentes formas (materiales e inmateriales).

Para el Comité, "se considera 'razonable' el resultado de una prueba contextual que entrañe un análisis de la relevancia y la eficacia del ajuste y el objetivo esperado de combatir la discriminación", por lo que "no existe un enfoque

13. Vale la pena recordar que el concepto de "discriminación múltiple" hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada, mientras que la "discriminación interseccional" hace referencia a una situación en la que varios motivos (como la edad, la discapacidad, la identidad de género, la condición de migrante, la orientación sexual, etc.) interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Cf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 3, nota 12, párr. 4.c.

14. Cf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 3, nota 12, párr. 11.

15. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 4. *Derecho a la educación inclusiva,* 16º período de sesiones (2016), párr. 38. En igual sentido, TEDH, *Affaire Enver Sahin c. Turquie*, Requête N° 23065/12, Cour (Deuxième Section), 30 Janvier 2018.

único para los ajustes razonables, ya que diferentes [personas] con la misma deficiencia pueden requerir ajustes diferentes".[16]

En este sentido, sostuvo que

> la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad.[17]

La solicitud de ajustes razonables tendrá como límite una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla. Para determinar si ello ocurre, "hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión", debiendo tenerse en cuenta "los costos financieros, los recursos disponibles […], el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes […], los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros […] los activos globales, y no solo los recursos de una determinada unidad o dependencia de una estructura orgánica".[18]

Mientras la obligación de realizar ajustes razonables debe cumplirse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos, la obligación de proporcionar accesibilidad mediante el diseño universal o tecnologías de apoyo es una obligación *ex ante*.

En efecto, el artículo 9 de la CDPD establece que la accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso al entorno físico, el transporte, la información, las comunicaciones y los servicios e instalaciones abiertos al público o de uso

16. *Ibíd*., nota 15, párrs. 28-30.

17. *Ibíd*., nota 1, párr. 25.

18. Cf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 3, nota 12, párrs. 26.d y e. Un ejemplo de denegación de ajustes razonables a una mujer con discapacidad para realizase estudios médicos es la inaccesibilidad física de los edificios de los centros de salud.

público las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades.[19]

Las medidas que los Estados deben adoptar incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso a los edificios, las vías públicas, el transporte, las escuelas, las viviendas, las instalaciones médicas y los lugares de trabajo, así como a los servicios de información, electrónicos y de emergencia.

La accesibilidad debe considerarse no solo en el contexto de la igualdad y la no discriminación, sino también como un modo de invertir en la sociedad y como parte integrante de la agenda para el desarrollo sostenible.[20]

El grado de aplicación de las normativas sobre accesibilidad sigue siendo reducido en muchos países y las personas con discapacidad a menudo ven afectado su derecho a la libertad de expresión debido a la inaccesibilidad a la información y la comunicación. Incluso en los países en que existen servicios de interpretación en la lengua de señas para las personas sordas, el número de intérpretes cualificados/as suele ser demasiado escaso para satisfacer la creciente demanda de esos servicios y el hecho de que tengan que desplazarse para llegar a sus clientes hace que el uso de sus servicios sea excesivamente caro.

Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, así como las personas sordociegas, se enfrentan con barreras cuando intentan acceder a la información y la comunicación debido a la falta de formatos fáciles de leer y de modos de comunicación aumentativos y alternativos. También encuentran barreras al tratar de acceder a los servicios, debido a los prejuicios y a la falta de capacitación adecuada del personal que los presta.[21]

También es importante destacar que

> [e]n la medida en que los bienes, productos y servicios están abiertos al público o son de uso público, deben ser accesibles a todas las personas, independientemente de que la entidad que los posea u ofrezca sea una autoridad pública o una empresa privada. Las personas con discapacidad deben tener igualdad de acceso

19. Cf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 2. *Accesibilidad*, 11º período de sesiones (2014), párr. 1.

20. *Ibíd*., nota 15, párr. 4.

21. *Ibíd*., nota 15, párr. 7.

> a todos los bienes, productos y servicios abiertos al público o de uso público de una manera que garantice su acceso efectivo y en condiciones de igualdad y respete su dignidad. Este enfoque se basa en la prohibición de la discriminación; la denegación de acceso debe considerarse un acto discriminatorio, independientemente de que quien lo cometa sea una entidad pública o privada. Debe asegurarse la accesibilidad a todas las personas con discapacidad, con independencia del tipo de deficiencia, sin distinción de ninguna clase por motivos tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, el patrimonio, el nacimiento u otra condición, la situación jurídica o social, el género o la edad. La accesibilidad debe tener especialmente en cuenta las perspectivas del género y la edad de las personas con discapacidad.[22]

Finalmente, es necesario diferenciar entre

> la obligación de garantizar el acceso a todos los nuevos objetos, infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan y la obligación de eliminar las barreras y asegurar el acceso al entorno físico y el transporte, la información y la comunicación y los servicios abiertos al público que ya existan.[23]

Los Estados Partes tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todas las personas con discapacidad a la igualdad y la no discriminación. En ese sentido, deben abstenerse de toda acción que discrimine a las personas con discapacidad. En particular, deberán modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra esas personas.[24]

Los sistemas regionales de protección de derecho humanos han emitido sentencias sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El TEDH ha destacado que una persona con una enfermedad mental se considera privada de su libertad si es recluida en una institución sin su consentimiento válido, aun cuando la internación haya sido solicitada por

22. *Ibíd*., nota 15, párr. 13.

23. *Ibíd*., nota 15, párr. 24.

24. Cf. Mouratian, P. (dir.) (2011). *En el camino de la igualdad.* Buenos Aires: INADI.

su curadora, pese a que reconoció que existen situaciones en que los deseos de las personas privadas de sus facultades mentales pueden ser válidamente remplazadas por las decisiones de otros para su protección.[25] Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando existe un riesgo cierto e inminente, más allá del riesgo potencial que puedan presentar las personas con padecimiento subjetivo.[26]

Asimismo, sostuvo que las personas con discapacidad mental tienen derecho a presentar un recurso ante un tribunal para que se pronuncie sobre la legalidad de su internación, independientemente de sus familiares y/o sus curadores. Del mismo modo, advirtió la importancia del derecho a recurrir ante un tribunal para revisar una declaración de incapacidad.[27] En otro fallo, hizo referencia a la importancia de la capacitación del personal médico y de seguridad para interactuar con personas con problemas psiquiátricos.[28]

Para el TEDH, el deber de supervisión del Estado de los actos de las instituciones psiquiátricas privadas implica que debe controlar de forma competente y regular que la internación y el tratamiento de una persona estén justificados, especialmente cuando la persona no puede irse de modo voluntario, no ha prestado su consentimiento al momento de la internación y se opone constantemente al tratamiento.[29]

Por último, reconoció el deber de las autoridades de determinar las necesidades reales de una persona con discapacidad y las soluciones para responder a ellas a fin de permitir su asistencia a la escuela en condiciones de igualdad, de modo de garantizar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles.[30]

---

25. Cf. TEDH, *Case of Stanev v. Bulgaria*, Application N° 36760/06, Court (Grand Chamber), 17 January 2012, Reports 2012-I, párrs. 117 y 130.

26. Cf. TEDH, *Case of Fernandes de Oliveira v. Portugal*, Application N° 78103/14, Court (Fourth Section), 28 March 2017, párrs. 71 y ss.

27. *Ibíd*., nota 26, párrs. 174, 176 y 241.

28. Cf. TEDH, *Affaire Tekin et Arslan c. Belgique*, Requête N° 78103/14, Cour (Deuxième Section), 5 Septembre 2017, párrs. 87-106.

29. Cf. TEDH, *Case of Storck v. Germany*, Application N° 61603/00, Court (Third Section), 16 June 2005, Reports 2005-V, párrs. 63, 65 y 93. En igual sentido, Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 90 y 102.

30. TEDH. *Affaire G.L. c. Italie*, Requête N° 59751/15, Cour (Première Section), 10 Septembre 2020. Los apoyos son un componente esencial de la educación inclusiva y comprenden

En el ámbito interamericano, la discapacidad es una categoría protegida en términos del artículo 1.1 de la CADH, por lo que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la discapacidad real o percibida de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir de manera discriminatoria los derechos de una persona a partir de su discapacidad.[31]

Adicionalmente, el Protocolo de San Salvador en su artículo 18 señala que "[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad". Con tal fin, los Estados se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y, en particular, a ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a las personas con discapacidad los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, "incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso".

A nivel jurisprudencial se destaca el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, que trata sobre el accidente de un adolescente en una instalación abandonada del Ejército, que le dejó secuelas neurológicas y físicas de carácter irreversible. Su padre inició una acción por daños y perjuicios contra el Estado, que fue

---

todas aquellas modificaciones que los establecimientos educativos realizan para asegurar la plena participación y aprendizaje de estudiantes con discapacidad. Sin apoyos no podríamos hablar de inclusión, sino que estaríamos en presencia de un sistema educativo integrador. Los apoyos deben considerar las necesidades individuales y deben ser adecuados, continuos y personalizados. 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/os 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. Cf. Fernández, M. C. (2022). Derecho a la educación. Personas con discapacidad. *Revista Debates sobre Derechos Humanos,* año 2021, (5), 349 y 350.

31. Cf. 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. 79.

resuelta favorablemente una década después. En el contexto de la crisis inflacionaria del año 2001, el monto de la indemnización se redujo considerablemente y la víctima recibió $38.300 en lugar de los $130.000 que había ganado en el juicio, lo que motivó que presentaran una petición ante la CIDH.[32]

La Corte IDH destacó que el proceso civil en lugar de demorar los nueve meses que indica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación duró doce años y tres meses y que Sebastián Furlan nunca tuvo la posibilidad de ser oído.[33]

El caso muestra con claridad cómo la prolongación del proceso incidió de manera relevante y cierta en la víctima y su efecto fue irreversible. Dado que su familia no podía afrontar los gastos que requería una terapia integral para que pudiera rehabilitarse, el retraso en el pago de la indemnización le impidió recibir los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida.[34]

Asimismo, fue una de las primeras ocasiones en las cuales el Tribunal determinó que para entender a la discapacidad debe utilizarse el "modelo social de la discapacidad", lo cual implica que

> la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.[35]

---

32. Rey, S. A. (2021). *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos*. Buenos Aires: Colihue, p. 307.

33. Cf. Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 172. El Tribunal destacó que el proceso no revestía mayor complejidad y llamó la atención de que el traslado de la demanda se hubiera demorado casi cuatro años por la imposibilidad de identificar al propietario del bien inmueble, y que al joven le realizaron una resonancia magnética un año y siete meses después de que el perito médico la hubiera solicitado. Ello evidenció que la autoridad judicial no hizo uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, pese a tratarse de un asunto relacionado con una indemnización por incapacidad física de un menor de edad. *Ibíd*., párr. 186.

34. *Ibíd*., nota 32, p. 311.

35. *Ibíd*., nota 33, párr. 133.

Para la Corte IDH, los Estados deben promover prácticas de inclusión social y adoptar medidas de diferenciación positiva para remover las citadas barreras,[36] jugando el debido acceso a la justicia un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación.[37]

Pese a lo expuesto, la Corte IDH perdió la oportunidad de sentar precedentes más claros en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, dado que priorizó los estándares vinculados a la niñez, aun cuando más de la mitad del proceso transcurrió mientras la víctima ya era adulta.[38]

No obstante, lo resuelto en "Furlan y Familiares" ha sido invocado por la CSJN en numerosas sentencias al referirse a la existencia de "un deber de tutela reforzado, pues se encuentran involucradas personas en situación de vulnerabilidad y, por lo tanto, titulares de un amparo especial",[39] a la necesidad de contar con un defensor para menores y personas con discapacidad,[40] y al deber de los Estados de "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".[41]

La Corte IDH también ha señalado que la discapacidad mental de una persona no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de este tipo de discapacidad son capaces de expresar su voluntad, que debe ser respetada por el personal de salud y sus familiares.[42]

En "Guachalá Chimbo y otros" el Tribunal regional analizó la desaparición de una persona con discapacidad mental de un hospital público psiquiátrico,

36. *Ibíd*., nota 33, párr. 134.

37. *Ibíd*., nota 33, párr. 135.

38. Rey, S. A. (dir.) (2021). *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea, pp. 25 y 26.

39. CSJN, "T., R. A. s/internacion-22127", *Fallos* 328:4832, y "R., M. J. s/insania", *Fallos* 331:211.

40. CSJN, "E., M. D. c/P., P. F. s/restitución del menor C. D., E. P.", *Fallos* 338:477.

41. CSJN, "A., V. M. c/O. S. F. G. P. I. C. y D. s/amparo ley 16.986", *Fallos* 339:1683.

42. Cf. Corte IDH, nota 29, párr. 130.

así como con la ausencia de su consentimiento informado para la internación y el tratamiento recibido.

El Tribunal afirmó 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 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.[43]

A partir del modelo social para abordar las discapacidades basado en derechos humanos que "implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas",[44] la Corte IDH sostuvo que

> incluso en situaciones de crisis, se debe prestar apoyo a las personas con discapacidad, proporcionándose información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y ofreciéndose alternativas no médicas. Solo en caso de ausencia de medidas de planeación anticipada, y que después de realizar "un esfuerzo considerable" por obtener el consentimiento no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, es permisible la determinación de la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Este último recurso "implica determinar lo que la persona habría deseado", tomando en "las preferencias, los valores, las actitudes, los argumentos y los hechos anteriores, incluidas las formas de comunicación verbales o no verbales, de la persona concernida".[45]

43. *Ibíd*., nota 31, párr. 90.

44. *Ibíd*., nota 31, párr. 116.

45. *Ibíd*., nota 31, párr. 134.

Adicionalmente, destacó que

> [e]n cumplimiento de los deberes de protección especiales del Estado respecto de toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones normativas o de facto sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras […] las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.[46]

Finalmente, la Corte IDH reconoció que

> existe una obligación reforzada para los Estados de respetar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el ámbito público. Esta obligación se traduce, en primer lugar, en la prohibición de realizar cualquier acto de discriminación por motivos de discapacidad relativas al goce de sus derechos laborales, en particular respecto a la selección y contratación en el empleo, así como en la permanencia en el puesto o ascenso, y en las condiciones laborales; y, en segundo lugar, derivado del mandato de igualdad real o material, en la obligación de adoptar medidas positivas de inclusión laboral de las personas con discapacidad, las cuales deben dirigirse a remover progresivamente las barreras que impiden el pleno ejercicio de sus derechos laborales. De esta forma, los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas para que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los concursos públicos mediante la formación profesional y la educación, así como la adopción de ajustes espe-

46. *Ibíd*., nota 31, párrs. 86 y 87.

> ciales en los mecanismos de evaluación que permitan la participación en condiciones de igualdad, y a emplear personas con discapacidad en el sector público.[47]

En función de ello, las autoridades deben abstenerse de que sus decisiones se fundamenten en razonamientos discriminatorios; deberán analizar con mayor rigurosidad si el derecho al trabajo de personas con discapacidad se pudo ver afectado por actos discriminatorios de las autoridades o de terceros; y deberán demostrar suficientemente que una diferencia de trato de una persona con discapacidad es justificada, tomando especial consideración su situación de vulnerabilidad.[48]

A nivel nacional, el artículo 75, inciso 23 establece que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos respecto de las personas con discapacidad.

Más allá de la normativa que fue analizada en el capítulo 7, en materia de salud mental en particular la Argentina ha realizado profundas modificaciones a partir del año 2010, con la sanción de la Ley N° 26.657, cuyo objeto consiste en asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental.

Esta norma implica un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el Código Civil de Vélez Sarsfield.[49] Pone énfasis en el rol de la familia, la comunidad y la figura del equipo interdisciplinario de profesionales y técnicos/as para la

47. Corte IDH. *Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, párr. 73.

48. *Ibíd*., nota 47, párr. 74. En relación con lo anterior, el Tribunal destaca que "podría resultar razonable y admisible la decisión de no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad en caso de que ésta sea incompatible con las funciones esenciales que se van a desempeñar. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para decidir no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Esto obliga a una fundamentación más rigurosa que determine las razones objetivas por las que se adopta dicha decisión". *Ibíd*., nota 47, párr. 80.

49. Cf. Kraut, A. J. y Diana, N. (2011). Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria. *La Ley*, *8 de junio de 2011*, 1 y ss.

tutela y atención de las personas con padecimientos mentales. Además, coloca al Estado como el principal garante de la salud mental, no solo a través de políticas y acciones positivas, sino también por vía presupuestaria.

Por cuestiones de espacio, no ahondaremos en profundidad en el análisis de la norma, aunque consideramos importante destacar la modificación que impuso en materia de internaciones. En efecto, el artículo 20 dispone que

> [l]a internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra; b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento; c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.

Por último, aunque no plantea el cierre de los hospitales neuropsiquiátricos, establece que no se pueden crear nuevos y los que actualmente funcionan deberán ser transformados gradualmente. A fin de que el "manicomio" tienda a desaparecer, promueve distintos dispositivos alternativos como "casas de convivencia y hospitales de día" –artículo 11–.

Capítulo 18

Derechos de niños, niñas y adolescentes

Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey

1. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Autonomía progresiva e interés superior del niño

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989 marcó un punto de quiebre en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Ratificada a la fecha por todos los países menos por los Estados Unidos de América, es el tratado cuyos principios e instituciones gozan de mayor consenso a nivel mundial.[1]

En su artículo 1 define al niño como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

El uso de los términos "niño" o "menor" entraña una discusión ideológica en sí misma. En el paradigma clásico, "menor" es quien "no ingresa al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después"[2] y que habilita a una respuesta estatal represiva y/o asistencialista, pudiendo ser apartado de su familia sin mayores fundamentos, mediante categorías vagas,

1. Cf. 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. 29.

2. Beloff, M. (2004). Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. En M. Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 14.

ambiguas, supuestos sujetos a la discrecionalidad del Estado que no se enumeraban taxativamente en una ley.

En tal sentido, la CDN cristalizó un nuevo paradigma, el pasaje de un sistema tutelar o de "situación irregular" a un sistema de "protección integral". Esta evolución en cuanto al tratamiento de la niñez responde, en primer lugar, a un cambio de concepción de los niños, niñas y adolescentes (NNyA) –no ya "menores"– que no se definen en función de sus carencias, de lo que les falta para ser adultos, sino como personas que tienen atributos distintos y que se encuentran en otra etapa de la vida.[3]

Los NNyA son considerados, pues, sujetos de derecho, titulares de los derechos y garantías que podrán ejercer por sí en función de su grado de desarrollo y autonomía. Surge entonces el concepto de autonomía progresiva y se privilegia a la familia como ámbito de formación y desarrollo del NNyA, siendo la separación del grupo familiar una excepción. La familia, cuyo contenido va a ampliarse de modo de incluir a referentes afectivos, va a ocupar un rol preponderante, como principal responsable de la garantía de los derechos de las infancias, contando con la corresponsabilidad del Estado.

En otras palabras, con la adopción de la CDN "se limita la intervención tutelar del Estado a una última instancia, que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales"[4] y se abre "la era de la ciudadanía de la infancia".[5]

Es importante destacar que

> la característica principal del concepto de niñez es la variabilidad de su contenido según el tiempo y espacio sociocultural del que se trate. Cada cultura ha definido esta etapa del ciclo vital de distintas formas en coordenadas de tiempo y espacio determinado, adjudicándole rasgos, roles y representaciones distintas […] la característica general de la categoría niñez es ante todo la diversidad.[6]

3. Cf. Cillero Bruñol, M. (1999). Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios. *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el Grupo familiar*, (10), 84.

4. *Ibíd*., nota 3.

5. *Ibíd*., nota 2, p. 19.

6. Noceti, M. B. (2008). *Niñez en riesgo social y políticas públicas en la Argentina. Aportes antropológicos al análisis institucional*. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, p. 39.

La Argentina ratificó la CDN en 1990, dotándola de jerarquía constitucional cuatro años después. Lentamente fueron adecuándose las leyes internas para compatibilizar nuestro sistema jurídico con el régimen internacional. En ese camino, la Ciudad de Buenos Aires fue pionera con la sanción en 1998 de la Ley N° 114. A nivel nacional, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes fue sancionada en el año 2005. Allí se receptan los principios fundamentales de este nuevo paradigma, como el interés superior del niño, el derecho a ser oído/a y la obligación de los Estados de garantizar la unidad familiar, entre otros.

La entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 también introdujo cambios centrales sobre esta materia. En concordancia con la CDN la mayoría de edad pasó a adquirirse al cumplir los 18 años –en lugar de los 21 que establecía el Código Civil–, siendo adolescentes las personas que tienen entre 13 y 18 años de edad (cf. artículo 25 del CCCN).

Al tiempo de intervenir en casos en los que NNyA habían sido víctimas de violaciones de derechos humanos, la Corte IDH advirtió que el artículo 19 de la CADH, que solo hace referencia a medidas especiales de protección de la niñez y adolescencia, resultaba insuficiente. El Tribunal destacó

> la existencia de un muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños (del cual forman parte la CDN y la CADH), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer "el contenido y los alcances" de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la CADH, en particular al precisar las "medidas de protección" a las que se hace referencia en el mencionado precepto.[7]

Este *corpus iuris* también se integra con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que debe ser utilizada para llenar de contenido las obligaciones que tienen los Estados para proteger a las niñas y adolescentes de toda forma de violencia.[8]

7. *Ibíd*., nota 1, párr. 24, y *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. 194.

8. Cf. Corte IDH. *Caso V. R. P., V. P. C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 171.

La Corte IDH ha expresado que los NNyA, además de ser titulares de los mismos derechos que los adultos, gozan de algunos derechos especiales derivados de su condición de tales.[9]

En tal sentido, se ha considerado que la CDN es un instrumento que viene a agregar, determinar y clarificar cómo algunos derechos deben interpretarse y aplicarse en relación con una categoría de sujetos específica que se encuentra en una situación de vulnerabilidad: los NNyA.

Las obligaciones estatales se potencian, además, cuando confluyen otros factores de vulnerabilidad que operan interseccionalmente, como el desplazamiento forzoso,[10] encontrarse en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional[11] o la situación de pobreza.[12]

Un artículo fundamental de la CDN es el 5, que dispone:

> Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Así, acuña el concepto de autonomía progresiva de las infancias. Como se desprende del texto, el NNyA recibirá dirección y orientación a fin de ejercer los derechos de los cuales es titular, en consonancia con la evolución de sus facultades.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño afirmó que "hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy tem-

9. *Ibíd*., nota 1, párr. 54.

10. Cf. Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párrs. 329 y 330.

11. Cf. 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. 71.

12. Cf. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

prana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente"[13] y consideró que "[l]os niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica […] [por lo que] las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso".[14]

Ello implica analizar el grado de madurez y desarrollo de cada NNyA –cf. artículo 5 de la CDN–. Sin embargo, también se han establecido clasificaciones construidas a partir de criterios cronológicos –por ejemplo, la distinción entre niño y adolescente– que "facilitan la precisión de los conceptos y la reducción de la discrecionalidad".[15]

La Corte IDH ha explicado que

> los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal […] En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.[16]

Este ha sido el modelo seguido por nuestro ordenamiento interno, pues el CCyCN introduce la noción de capacidad progresiva. De este modo, por ejemplo, el artículo 26 presume que la persona adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física y a partir de los 16 años es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. A mayor autonomía o grado de madurez, menor lugar tienen las decisiones de quienes ejerzan la responsabilidad parental.

13. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 51º período de sesiones (2009), párr. 21.

14. *Ibíd*., nota 13, párr. 29.

15. *Ibíd*., nota 3.

16. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199.

Otro artículo de la CDN imprescindible de estudiar es el 3, cuyo párrafo 1 establece que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño".

Mucho se ha discutido –doctrinaria y jurisprudencialmente– respecto de este concepto. Freedman entiende que el interés superior del niño en la CDN "cumple dos funciones normativas: en el artículo 3 es un principio jurídico garantista y en los demás artículos actúa como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos del niño".[17]

Como principio jurídico garantista consiste en un deber del Estado frente a los NNyA en aras de efectivizar sus derechos subjetivos, mas no cualquier derecho, sino aquellos que no admiten limitación alguna, por lo cual deben prevalecer siempre frente a intereses colectivos y a derechos individuales de terceros –por ejemplo, el derecho a la vida, a la nacionalidad, a la identidad–.[18]

Como pauta interpretativa, el citado autor considera que

> cuando la CDN establece que un derecho del niño cede ante el interés superior del niño se está disponiendo que determinados derechos pueden ser restringidos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado.[19]

Minyersky y Herrera consideran que representa la mirada del adulto, en contraposición al derecho a ser oído/a que implica la mirada del NNyA. En función de ello, argumentan que

> mientras el niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior (mirada del adulto) deberá ser la pauta predominante. Pero si se trata

17. Freedman, D. (2006). Funciones normativas del interés superior del niño. *Revista "Más Derecho"*, (4), 511.

18. En este sentido se ha señalado que el interés superior del niño sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona o instituciones, debiendo primar los intereses del primero. Cf. O'Donnell, D. (2001). *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido. Derechos de la niñez y la adolescencia, Antología*. San José: UNICEF, p. 380.

19. *Ibíd*., nota 17, p. 511.

> de un adolescente o niños con madurez suficiente, aquella pauta se ve desplazada por el efectivo derecho de éstos a ser oídos, y en especial, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.[20]

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado que el interés superior del niño es un concepto triple que comprende:

> Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general […], b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.[21]

Debemos advertir que este concepto ha recibido también sus críticas. Freedman considera que es

> una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para

20. Minyersky, N. y Herrera, M. (2006). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la Ley 26.061. En E. García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 2.

21. *Ibíd*., nota 13, párr. 6.

> tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico […] amparados en el interés superior se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.[22]

Beloff, por su parte, advierte que

> la falta de claridad de este concepto ha funcionado como un cheque en blanco que permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño involucrado obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos de funcionarios estatales.[23]

Ello implica que en ocasiones se adopten posiciones tutelares invocando el interés superior del niño.

La Ley N° 26.061 define este principio en su artículo 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Ello comprende la obligación de respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho a ser oído/a y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de los NNyA y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida –el lugar donde ha transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia–.

Este principio también rige en materia de patria potestad, filiación, restitución internacional de menores, adopción y emancipación.

La Corte IDH, por su parte, tiene dicho que el interés superior del niño "se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades".[24]

22. *Ibíd*., nota 17, p. 511.

23. Beloff, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano.* Buenos Aires: Editores Del Puerto, pp. 15 y 16.

24. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152.

La prevalencia de este principio "debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad",[25] siendo un principio regulador de la normativa relativa a los derechos de la niñez.[26]

Al procurar darle un contenido más concreto a este principio, la Corte IDH afirmó que

> [e]n toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber: i) la no discriminación; ii) el interés superior del niño; iii) el derecho a ser oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.[27]

De tal forma, lo que resulte en el mejor interés del NNyA deberá analizarse en el caso concreto, debiendo quien juzga consignar ese razonamiento lógico en la decisión que adopte, que nunca puede estar teñida de presunciones infundadas o estereotipadas, como ha ocurrido en "Fornerón", como se explicará más adelante.

En este sentido, la CSJN ha afirmado que el "interés superior del niño" tiene rango de principio[28] y que es el aspecto más relevante que debe ponderarse y reviste notorio carácter federal.[29] Además, solo puede ser aprehendido

25. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 257.

26. Cf. Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 105.

27. Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 152.

28. Entre otros, CSJN, "D. de P. V., A. c/O., C. H. s/impugnación de paternidad", *Fallos* 322:2701.

29. CSJN, "A. F. s/protección de persona", *Fallos* 330:642, y "G., M. G. s/protección de persona –causa N° 73154/05–", *Fallos* 331:2047. La Corte Suprema ha destacado que "los tribunales están obligados a atender primordialmente al citado interés superior". CSJN, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa n° 7537", *Fallos* 331:2691, y "V., D. L. (nacionalidad

y entenderse satisfecho en la medida de las circunstancias particulares del caso, debiendo orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los infantes en todas las instancias.[30]

En caso de "conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes [en tanto sujetos de tutela preferente] debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aún frente al de sus progenitores".[31]

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño advirtió que

> fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño […] Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones".[32]

---

francesa) s/restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera", *Fallos* 334:913.

30. CSJN, "B., E. M. s/reservado s/adopción s/casación", *Fallos* 344:2901, y "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional s/amparo y sumarísimos", *Fallos* 327:2413.

31. CSJN, "S., C. s/adopción", *Fallos* 328:2870, y "S., M. A. s/art. 19 de la C. I. D. N.", *Fallos* 341:1733.

32. *Ibíd*., nota 13, párr. 97.

2. Alcance de algunas garantías judiciales en procesos en los que participen NNyA

2.1. Derecho a ser oídos/as

El derecho a ser oído/a de un/a adolescente en todo evento que los/as ataña constituye un deber para la administración de justicia en lugar de una facultad, puesto que se vincula con el ejercicio del derecho de defensa.[33]

La Corte IDH resaltó que las condiciones en las que participa un NNyA en un proceso no son las mismas en las que lo hace una persona adulta. Si se sostuviera lo contrario se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los NNyA, lo que les produciría un grave perjuicio.

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los NNyA supone, por las condiciones especiales en que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de los derechos y garantías.[34]

El artículo 12 de la CDN dispone que

> se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

33. *Ibíd*., nota 20, pp. 63 y 64.

34. *Ibíd*., nota 1, párrs. 95, 96 y 98. Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a NNyA, que trascienden en la vida de estos, la Corte IDH entendió que "procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura". *Ibíd*., nota 1, párr. 134.

Para que se dé cabal cumplimiento a este derecho, siempre y cuando la edad y la madurez del NNyA lo permitan, con anterioridad a la adopción de una decisión definitiva debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un/a funcionario/a competente.[35]

El tipo de medidas específicas de protección de la niñez son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del niño.[36]

El Comité de los Derechos del Niño ha reconocido en múltiples oportunidades la posibilidad de emisión de opiniones por parte de los NNyA en los procesos donde se afectan sus derechos.[37] Ello, toda vez que

> [l]as opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas […] no basta con escuchar al niño; las opi-

35. Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 39º período de sesiones (2005), párr. 71.

36. Cf. Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 242. La actuación del Ministerio Público representa una garantía en el sistema argentino, como consecuencia lógica de la necesidad de que no se violen las formas sustanciales que afectan el derecho a la defensa en juicio y al debido proceso de las personas representadas. Cf. Videtta, C. A. (2017). Los niños, niñas y adolescentes como sujetos del proceso. A propósito de un precedente que cierra la brecha entre el discurso que emerge del *corpus iuris* de la niñez y la adolescencia y la práctica cotidiana. *Revista de Derecho de Familia, 2017-III*, 124. Lo resuelto en "Furlan" se reflejó rápidamente en el Código Civil y Comercial de la Nación en lo relativo al rol funcional y la legitimación del Defensor de Menores –artículo 103–. Asimismo, ha sido invocado por la CSJN en numerosas sentencias al referirse a la necesidad de contar con un defensor para menores y personas con discapacidad. CSJN, "E., M. D. c/P., P. F. s/restitución del menor C. D. E. P.", *Fallos* 338:477. En este sentido, la Corte Suprema ha expresado que la intervención del asesor de menores satisface la obligación que impone el artículo 12 de la CDN a los Estados de garantizarle el derecho a ser oído. CSJN, "Wilner, Eduardo Mario c/Osswald, María Gabriela", *Fallos* 318:1269.

37. Entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Paraguay (2001); Guatemala (2001); Surinam (2000); Granada (2000); Honduras (1999); Ecuador (1999), y Bolivia (1998).

> niones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.[38]

Al respecto, la CSJN ha dicho que, en virtud de la Ley N° 26.061 y del artículo 707 del CCyCN, que receptan el contenido del artículo 12 de la CDN,

> [l]a exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés. Empero, cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria. Máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo.[39]

En "V. R. P., V. P. C. y otro" se aborda la participación de una niña en un proceso de investigación que la tiene por víctima, por lo que la Corte IDH adoptó un enfoque interseccional que tuvo en cuenta tanto su género como su edad. De este modo, la conducción de ese proceso y la forma en que se llevaron a cabo las diligencias propias de una investigación por abuso sexual intrafamiliar son analizadas por la Corte IDH bajo la lupa del *corpus iuris* conformado por la CADH, la CDN y la Convención de Belém do Pará; siguiendo los estándares ya establecidos en casos de violencia y delitos sexuales de mujeres adultas, pero aplicándolo en concreto al supuesto en que la víctima es una niña.[40]

38. *Ibíd*., nota 13, párrs. 12 y 28.

39. CSJN, "P. B., E. G. c/B., K. E. s/medidas precautorias, *Fallos* 344:2669, considerando 18.

40. La Corte IDH ha destacado que "en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, 'particularmente vulnerables a la violencia'. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y

Así, consideró que deben adoptarse medidas que posibiliten la participación en el proceso y su debida representación (en tanto tiene un interés en su resolución) sin que ello implique su revictimización. Ello es particularmente importante cuando NNyA son víctimas y/o testigos de los hechos que se debaten. Se debe garantizar desde el inicio y durante todo el transcurso del proceso que cuenten con la información, asistencia jurídica, psicológica y de salud, entre otras, que les permitan ser parte activa y tomar conocimiento de lo que ocurre. Por ende, no solo debe garantizarse que puedan presentar denuncias, sino también participar con facultades de constituirse en calidad de parte procesal con el acompañamiento y asesoramiento de un abogado o una abogada especialista en niñez. Ello les permitirá oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso, independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de estos últimos.[41]

A los fines de que el proceso no produzca la revictimización de los NNyA su participación se limitará a las diligencias y actuaciones estrictamente necesarias y se evitará la presencia e interacción con la persona agresora en las diligencias que se ordenen.[42]

---

asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia". Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 134.

41. *Ibíd*., nota 8, párr. 161.

42. *Ibíd*., nota 8, párr. 163. Durante las inspecciones oculares debe estar presente una autoridad que pueda velar por los derechos del NNyA, con autoridad para impedir su participación y evitar el efecto revictimizante o experiencias perjudiciales. *Ibíd*., nota 8, párr. 190. En sentido similar, el TEDH consideró que el Estado falló en su deber de proteger a una niña de 12 años que había sido víctima de violencia sexual de una victimización secundaria. En el caso concreto, la niña había sido entrevistada en doce oportunidades, por cuatro investigadores diferentes –tres de los cuales eran hombres– en oficinas sin ningún tipo de adaptación y en el lugar donde habían ocurrido los hechos. Además, algunas entrevistas fueron realizadas frente a los perpetradores del delito y solo una fue grabada, aunque luego se perdió la grabación. Cf. TEDH, *Case of B v. Russia*, Application N° 36328/20, Court (Third Section), 7 February 2023, párrs. 54-62.

Además, deberán grabarse sus declaraciones para no tener que reiterarlas en otras etapas del proceso[43] y documentar adecuadamente los análisis médicos mediante profesionales con experiencia que recaben en un único examen toda la información necesaria, permitiéndose que los NNyA elijan el sexo de quien lo llevará adelante, entre otras medidas.

La debida diligencia del Estado abarca las medidas de protección tendientes a lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social del NNyA, teniendo en cuenta su derecho a la supervivencia y al desarrollo integral. Estas medidas deberán ser extendidas también a los familiares de las víctimas.[44]

La Corte IDH también consideró que se debe garantizar el derecho a ser oído en el marco de un procedimiento en el que se determine el estado de abandono de un NNyA. Ello implica que durante el proceso judicial se lo entreviste sobre las condiciones de vida del grupo familiar, de modo que se valoren sus opiniones sobre el asunto. Del mismo modo, no se puede garantizar el interés superior del niño en un procedimiento de adopción si el NNyA en cuestión no es escuchado, en tanto su opinión es un elemento imprescindible para su determinación.[45]

43. El Tribunal regional destacó que el derecho del NNyA a ser oído/a se debe desarrollar en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a su edad, que le brinde privacidad y confianza y por parte de personal debidamente capacitado en la materia –psicólogos/as especializados/as o profesionales de disciplinas afines debidamente capacitados/as en la toma de este tipo de declaraciones–. *Ibíd*., nota 8, párrs. 166 y 168. En el caso concreto, había ocurrido todo lo contrario, puesto que V. R. P. fue citada al despacho judicial a declarar como si fuera una adulta y la entrevista no se llevó a cabo en un ambiente especialmente acondicionado para este fin y por una profesional específicamente capacitada para interrogar, interactuar y conducir un intercambio con la niña.

44. *Ibíd*., nota 8, párr. 170.

45. *Ibíd*., nota 27, párrs. 173 y 229. El Tribunal destacó que se debía escuchar a un niño que tenía entre uno y dos años, por lo que los Estados deben tomar las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. *Ibíd*., nota 27, párr. 182.

2.2. Plazo razonable de duración del proceso

Como hemos explicado en el capítulo 2, la Corte IDH ha considerado que, para evaluar la razonabilidad de la duración de un proceso, deben ponderarse en cada caso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal de la persona interesada; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.[46] Es decir, la razonabilidad de la duración de un proceso nunca podrá analizarse en forma abstracta, por el contrario, habrá siempre que evaluar las particularidades del caso en concreto.

Al referirse a los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos de NNyA, el Tribunal ha señalado que "deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades", en particular aquellos procesos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia.[47]

Asimismo, consideró que

> el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto.[48]

En "Fornerón", por ejemplo, al analizar los cuatro lineamientos antes citados el Tribunal consideró que, si bien los procesos de guarda y régimen de

46. Corte IDH, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 66.

47. *Ibíd*., nota 46, párr. 51 y Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, considerando 16.

48. *Ibíd*., nota 46, párr. 52.

visitas tratan cuestiones relevantes, "están enmarcados en procesos que no presentan especiales complejidades y que no son inusuales para los Estados".[49]

Además, advirtió que las autoridades "no aceleraron el proceso a su cargo y no tuvieron en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos del Sr. Fornerón y de su hija, ello en consideración del interés superior de la niña",[50] no pudiendo ampararse en "obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional".[51]

Finalmente, en cuanto a la afectación generada por la duración del procedimiento en la persona involucrada, en el caso bajo análisis la guarda fue otorgada a un matrimonio fundada, principalmente, en los vínculos que había desarrollado la niña con ellos con el transcurrir del tiempo. La Corte IDH señaló que esto implicó que

> pese a que el Sr. Fornerón es el padre biológico de la niña –y así lo reconoció ante las autoridades desde poco después de su nacimiento–, no ha podido ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes de padre, ni M ha podido disfrutar de los derechos que le corresponden como niña respecto de su familia biológica […] Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y de su hija.[52]

La propia Corte IDH se vio interpelada por el transcurso del tiempo, en tanto consideró expresamente que, a raíz de las violaciones declaradas, correspondería dejar sin efecto las decisiones internas que dieron lugar a la adopción, pero "no puede obviar lo excepcional de este caso, esto es, la circunstancia que se han desarrollado vínculos de la niña con sus padres adoptivos y con su entorno social en el cual ella se desenvuelve desde hace casi doce años".[53]

---

49. *Ibíd*., nota 46, párr. 67.

50. *Ibíd*., nota 46, párr. 70.

51. Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 137.

52. *Ibíd*., nota 46, párr. 76.

53. *Ibíd*., nota 46, párr. 124.

Esta decisión fue duramente criticada por Graham, ya que el tiempo que se dejó transcurrir "sólo benefició a sus guardadores en detrimento absoluto del derecho a la identidad de Milagros y de la consolidación del vínculo entre ésta y su padre biológico".[54]

Lamentablemente, en su jurisprudencia la CSJN ha convalidado que el paso del tiempo genere derechos, al considerar que

> no puede pasar inadvertido que en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, constituye la excepción la situación de la niña que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores, con quienes vive prácticamente desde su nacimiento –por aproximadamente 10 años– y desea continuar viviendo según lo expresado.[55]

54. Para esta autora, "la referencia de la Corte IDH a lo excepcional de este caso es la misma excusa que ponen los juzgados argentinos en los casos de apropiación de niños. Es increíble. Es obvio que la relación padre-hija no se produjo durante casi doce años, pero fue por culpa del Poder Judicial de Entre Ríos y el matrimonio Bassi-Zucchi". Rey, S. A. (dir.) (2021). *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea, p. 13. Graham reconoce que "la separación de la niña de sus guardadores habiendo transcurrido el tiempo ya mencionado, podría generar un nuevo trauma difícil de superar. Igualmente, nos preguntamos acerca del probable trauma que podría tener una niña o niño cuando años más tarde, ya adolescente o adulta, ejerciendo su derecho a la identidad, toma conocimiento que en sus orígenes fue comprada por los padres que la criaron frente a un padre biológico presente, reconociente y reclamante que ha desplegado un importante activismo judicial, y que nunca dejo de pelear por sus derechos [...] ¿Qué pasará allí con el trauma, con esta presencia-ausencia de su padre biológico? No lo sabemos. Tampoco podemos asegurar que el retorno con su familia de origen, pasado el tiempo podría llegar a traer aparejado el tan nombrado trauma". Graham, M. (2011). El caso Fornerón: Reproche ético. Reproche jurídico. En L. Flah (coord.), *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Derechos humanos, bioética, relaciones familiares, problemáticas infanto-juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky* (pp. 627-644). Buenos Aires: Errepar.

55. CSJN, "S., M. A. s/art. 19 de la C. I. D. N.", *Fallos* 341:1733, considerando 14. De modo similar, la Corte Suprema, en un caso en el que los pretensos guardadores no habían acreditado debidamente el conocimiento sobre las circunstancias personales, sociales y familiares de la madre biológica ni se habían inscripto en el registro de aspirantes a adopción, sostuvo que "no cabe desconocer la importancia y efectos que el paso del tiempo –por motivos que le son ajenos– tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se

Para concluir, la Corte IDH ha señalado que, si un proceso penal involucra a una niña víctima de violencia sexual, la garantía judicial de plazo razonable debe analizarse junto con el deber del Estado de actuar "sin dilaciones" y con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la niña, dispuesto en el artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará.[56]

Ello, pues de la brevedad del proceso depende no solo la posible sanción de la persona responsable de la violencia sexual sufrida por la niña, sino también obtener las terapias necesarias para tramitar los hechos traumáticos vividos por ella.[57]

2.3. La determinación y ejecución de la pena

La Corte IDH también ha analizado las características que deben reunir los procesos penales cuando la persona imputada de la comisión de un delito es un NNyA y, en particular, qué tipo de penas son compatibles con el *corpus iuris* internacional.

Con relación a los NNyA privados de libertad, el artículo 37.b) de la CDN establece que "[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". De modo similar, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing") establecen que "sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible" –Regla 13.1–.

En esta misma dirección, la Corte IDH expresó que "en el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor

encuentra en formación. Ello pues, es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose entonces el tiempo transcurrido, en un factor que –pese a no ser lo deseable y cuya configuración como elemento de ponderación debería procurarse evitar– adquiere una consideración especial a la hora de definir el asunto y determinar 'su interés superior' en el caso en concreto que, como tal, no cabe que sea desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea". CSJN, "G., A. C. y otro s/guarda con fines de adopción", *Fallos* 346:265.

56. *Ibíd*., nota 8, párr. 278.

57. *Ibíd*., nota 8, párr. 284.

rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva",[58] a lo que agregó que "cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la CDN".[59]

La privación de libertad de NNyA por razones exclusivas de índole migratoria

> excede el requisito de necesidad, toda vez que no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación [...] en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior.[60]

El Tribunal regional también señaló que "en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño".[61]

El artículo 40 de la CDN establece diversas sanciones alternativas a la privación de la libertad, que deben estar previstas en la ley y su duración fijada por quien juzga. Tomando como partida las Reglas de Beijing, se mencionaron: el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda y los programas de enseñanza y de formación profesional.[62]

---

58. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 230.

59. *Ibíd*., nota 58, párr. 231.

60. 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. 154.

61. *Ibíd*., nota 1, párr. 55.

62. Cf. Beloff, M.; Deymonnaz, V.; Freedman, D.; Herrera, M. y Terragni, M. (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, pp. 265 y 266.

En "Mendoza y otros" la Corte IDH analizó la convencionalidad de las condenas a la pena de prisión perpetua aplicada a cinco adolescentes. De conformidad con la normativa vigente en ese entonces –Ley N° 22.278–, los jueces podían a disponer discrecionalmente de la persona menor de edad que cometía un delito, durante la investigación y la tramitación del proceso, con independencia de la edad que tuviera y sin limitación temporal. Una vez que el adolescente cumplía 18 años y luego de haber sido sometido a tratamientos tutelares el juez podía imponerle cualquiera de las penas establecidas en el CPNA. Además, vale la pena destacar que una persona condenada a la pena de prisión perpetua no podía obtener ningún tipo de beneficio –libertad condicional o régimen de salidas transitorias– con carácter previo al cumplimiento efectivo de veinte años de su condena (cf. artículo 13 del CPNA).

El Tribunal regional sostuvo que "los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil".[63]

En ese sentido destacó la utilidad del principio de trato diferenciado, que aplicado en el ámbito penal implica que las diferencias de los NNyA y las personas adultas sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil, así como del principio de especialización, que involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil.[64]

Si bien la CADH no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando NNyA han cometido delitos, de manera relevante resulta aplicable el principio de proporcionalidad, conforme al cual "debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena, como en su aplicación judicial".[65]

Cuando la sanción sea una medida o pena privativa de la libertad, la Corte IDH afirmó que se aplican los siguientes principios: último recurso, máxima brevedad, delimitación temporal y revisión periódica, puesto que, si las cir-

63. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 143.

64. *Ibíd*., nota 63, párrs. 145 y 146. En igual sentido, ver artículo 40.3 de la CDN.

65. *Ibíd*., nota 63, párr. 151.

cunstancias han cambiado y ya no es necesaria la reclusión, los Estados deben poner a los NNyA en libertad, aun cuando no hubieran cumplido la pena establecida en el caso concreto, para lo cual deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada.[66]

A la luz del interés superior del niño como principio interpretativo, el Tribunal concluyó que la prisión y reclusión perpetua de NNyA son incompatibles con el art. 7.3 de la CADH, dado que no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible y por un plazo determinado desde el momento de su imposición y no permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad.[67]

Asimismo, advirtió que "la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, implican la máxima exclusión del niño de la sociedad […] Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños",[68] violando el artículo 5.6 de la CADH, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento.

Siguiendo a los/as peritos/as que intervinieron en el litigio internacional, el Tribunal destacó el impacto psicológico que la pena a perpetuidad tenía en las víctimas, pues excedía la cantidad de años que habían vivido. Por ello, en-

66. *Ibíd*., nota 63, párr. 162. Por su parte, la Corte Suprema sostuvo que el castigo de una persona menor de edad (no solo la pena de prisión), además de promover la asunción de responsabilidad por el hecho cometido, debe dirigirse a su reintegración social. CSJN, "Marteau, Alejandro Aramis s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas –causa n° 2570–", *Fallos* 332:512.

67. *Ibíd*., nota 63, párr. 163. En el ámbito nacional, para cuando se resolvió el litigio interamericano la Corte Suprema ya había determinado en "Maldonado" la incompatibilidad de la imposición de la prisión perpetua con los derechos de los NNyA. En el citado fallo, advirtió que la "incuestionada inmadurez emocional [de los NNyA] impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional". CSJN, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado ‑cacusa N°1174‑", *Fallos* 328:4343.

68. *Ibíd*., nota 63, párr. 166.

tendió que la prisión perpetua configuró un trato inhumano en los términos del artículo 5 de la CADH.

Además, en el caso en cuestión uno de los adolescentes había perdido la vista en forma permanente con motivo de la deficiente atención de salud recibida en el centro de reclusión. La Corte IDH recordó la especial posición de garante que tienen los Estados respecto de las personas que se encuentran bajo su custodia, deber que se ve reforzado cuando se trata de NNyA. Los Estados deben garantizar el desarrollo de un nivel de vida digna aun en el contexto de reclusión, particularmente, asegurar el cuidado de salud y atención médica, adoptando las medidas especiales de atención y protección que resulten necesarias en función del interés superior del niño.[69]

Por último, en "López y otros" la Corte IDH determinó la especial afectación que los traslados de sus padres condenados a centros de detención alejados de sus domicilios generan en NNyA. En tal sentido, señaló que es obligación de las autoridades garantizar el vínculo familiar y que la pena no trascienda a la familia de la persona condenada,[70] por lo que era necesario que en las decisiones de traslado y en los recursos judiciales las autoridades estatales expresamente consideraran y justificaran en qué criterios se había basado la decisión y cómo se habían ponderado los intereses de los NNyA frente a otras consideraciones.[71]

69. *Ibíd*., nota 63, párrs. 188 y 193.

70. Corte IDH. *Caso López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párrs. 160-162. De la lectura de los incisos 3 y 6 del artículo 5 de la CADH, la Corte IDH derivó que el Estado debe garantizar visitas en los centros penitenciarios y el mantenimiento de los vínculos familiares. Por ende, debe tener en cuenta los intereses del condenado y de sus familiares cuando establece el régimen de visitas o cuando realiza traslados. *Ibíd*., nota 70, párrs. 93, 94 y 105.

71. *Ibíd*., nota 70, párrs. 171-178.

3. Derecho al nombre y derecho a la identidad

El derecho a la identidad inicialmente no se plasmó de manera expresa, sino a través del reconocimiento de algunas de sus facetas, como ser, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre o a la nacionalidad. En tal sentido, cabe mencionar, por ejemplo, los artículos 6 y 15 de la DUDH, los artículos XVII y XIX de la DADH, los artículos 16, 17 y 24 del PIDCP y los artículos 3, 18 y 20 de la CADH. A la normativa señalada se agregan, en el ámbito nacional, los artículos 33 y 75, inciso 17 de la Constitución Nacional.

La CDN reconoció el derecho de todo NNyA a estar inscripto inmediatamente después de su nacimiento, tener vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos –artículo 7–; a que su identidad sea preservada en las relaciones familiares sin injerencias indebidas –artículo 8–; y a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño –artículo 9–.

La Ley N° 26.061, por su parte, consagra el derecho a la identidad en forma expresa en su artículo 11, asociándolo al derecho de todo NNyA a tener un nombre, una nacionalidad y al conocimiento de quienes son sus padres con la consiguiente preservación de ese vínculo, pero establece un estándar de mayor protección, al incluir el derecho a mantener su lengua de origen, la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia.[72]

En su artículo 13 reconoce el derecho de todo NNyA a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad; es decir, un derecho a la

72. Este derecho también se encuentra protegido por: a) el CCyCN en lo atinente al reconocimiento jurídico de las personas, nacimiento y filiación; b) la Ley Nº 18.248 sobre registro de estado civil; c) la Ley N° 24.540 sobre el régimen de identificación de recién nacidos; d) la Ley Nº 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; e) la Ley Nº 17.671 de Identificación, Registro y Clasificación del Potencial Humano Nacional; f) la Ley Nº 26.743 de Identidad de Género; g) las leyes Nº 346 y 26.774 de Ciudadanía Argentina; h) la Ley N° 24.884 de Identificación para Recién Nacidos; i) los artículos 138, 139 y 139 bis del Código Penal, que tipifican los delitos contra el estado civil.

identificación, debiendo los organismos del Estado garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que las personas recién nacidas sean identificadas en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre.

Por su parte, el Decreto Nº 415/06 establece que, en todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano del niño o la niña conocer su identidad; que declarar quién es el padre le permitirá ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección.

En el ámbito europeo se ha reconocido que "al constituir un medio de identificación personal y una conexión a la familia, el nombre de un individuo concierne a su vida privada y familiar".[73]

El TEDH se ha referido al derecho a la información sobre la verdad biológica en numerosos fallos. A partir de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada ha reconocido el derecho de toda persona a "conocer sus orígenes". Sobre este aspecto, ha señalado que las personas "tienen un interés vital, protegido por el CEDH, en recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano".[74]

La Corte IDH, por su parte, tuvo oportunidad de referirse específicamente a este derecho en varias oportunidades.

En general, lo ha conceptualizado como "el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal

73. Cf. TEDH, *Case of Stjerna v. Finland*, Application N° 18131/91, Court (Chamber), 25 November 1994, Serie A, No. 299-A, párr. 37, y *Case of Burghartz v. Switzerland*, Application N° 16213/90, Court (Chamber), 22 February 1994, Serie A, No. 280-B, párr. 24.

74. TEDH, *Case of Odièvre v. France,* Application N° 42326/98, Court (Grand Chamber), 13 February 2003, Reports 2003-III, párrs. 42 y 44. En función de ello, consideró que los Estados deben organizar sus sistemas jurídicos de forma que sus tribunales garanticen el derecho a obtener una sentencia definitiva en un plazo razonable en casos vinculados a la filiación de una persona. TEDH, *Case of Mikulić v. Croatia,* Application N° 53176/99, Court (First Section), 7 February 2002, Reports 2002-I, párr. 38.

sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso".[75]

En "Niñas Yean y Bosico" destacó que en República Dominicana la nacionalidad se adquiere bajo el criterio *ius soli*. Sin embargo, en tanto la mayoría de las mujeres haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana suelen dar a luz en sus casas por las dificultades económicas que atraviesan para trasladarse a los hospitales y el temor a ser deportadas, se ven obligadas a recurrir al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para poder inscribir a sus hijos nacidos en dicho país. La carencia de documentación dificulta el acceso a la educación, a los servicios de salud y a la asistencia social en República Dominicana.

En ese contexto, el Tribunal entendió que la nacionalidad es un derecho fundamental que representa "la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado";[76] es decir, un derecho que hace nacer un "vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado",[77] permitiendo que "el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos".[78]

Al negársele el reconocimiento de la nacionalidad a una persona se le niega también el reconocimiento de la personalidad jurídica, en tanto esa persona "no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado".[79]

La carencia de ese reconocimiento de la personalidad jurídica, por ende, lesiona en forma directa el derecho a la identidad, ya que priva a la persona de ser registrada en forma inmediata con posterioridad a su nacimiento con el nombre elegido por sus progenitores, desprotegiendo, a su vez, el derecho al

75. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122.

76. Corte IDH. *Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 136.

77. *Ibíd*., nota 76, párr. 137.

78. *Ibíd*., nota 77.

79. *Ibíd*., nota 76, párr. 178.

nombre,[80] que "constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona".[81]

Una vez registrada la persona se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer el nombre y apellido, que son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia.[82]

Por ello, la Corte IDH concluyó que la violación al derecho a la nacionalidad de las niñas tuvo como consecuencia la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el nombre.

En el ya citado caso "Fornerón" declaró la violación del derecho a la identidad de la niña y a la protección familiar, puesto que su "desarrollo personal, familiar y social se llevó a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden".[83]

Al analizar las graves violaciones de derechos humanos cometidas por las dictaduras latinoamericanas, el Tribunal regional consideró que

> [l]a situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Así, el Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del artículo 3 de la Convención.[84]

En otro caso, al analizar las violaciones al derecho a la identidad en el contexto de las desapariciones forzadas por parte de agentes estatales de NNyA

80. *Ibíd*., nota 76, párr. 183.

81. *Ibíd*., nota 76, párr. 182.

82. *Ibíd*., nota 76, párr. 184, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 192.

83. *Ibíd*., nota 46, párr. 123.

84. *Ibíd*., nota 75, parr. 131.

durante el conflicto armado en El Salvador y su posterior apropiación, manifestó que

> la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social […] si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años.[85]

En caso de separación arbitraria de un niño de su familia y un procedimiento de adopción que se llevó a cabo en incumplimiento de las más mínimas garantías materiales y procesales exigibles en esta materia, así como sin que se le garantizara un recurso efectivo que lo amparara ante dichas violaciones, el Tribunal entendió que a la víctima se le cambió el nombre, la identidad y se le separó de su cultura, lo que constituyó una violación al artículo 18 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 y 19 del mismo tratado.[86]

Para concluir, debemos destacar el rol fundamental que el SIDH ha cumplido para el reconocimiento del derecho a la identidad en la Argentina.

En 1996 Estela Barnes de Carlotto, en su calidad de presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, presentó una denuncia ante la CIDH por la apropiación de Emiliano Castro Tortrino, a los fines de que se pronunciara sobre el deber de los Estados de realizar los análisis genéticos para garantizar el derecho a la identidad.

A raíz del litigio internacional, en el año 2002 se creó el Equipo Interdisciplinario Auxiliar de la Justicia de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), integrado por psicólogos/as y abogados/as.

Un año después se presentó una segunda denuncia sobre la temática por el caso de Evelyn Bauer Pegoraro, que culminó en la celebración en 2009 de

85. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 113.

86. *Ibíd*., nota 27, parr. 261.

un Acuerdo de Solución Amistosa.[87] El arreglo entre las partes coincidió con los fallos "Gualtieri Rugnone de Prieto"[88] de la CSJN, que modificó su jurisprudencia al señalar que no solo no está vedado investigar la identidad de un presunto hijo de desaparecidos contra su voluntad, sino que es una obligación del Estado hacerlo.

Como consecuencia del Acuerdo, también se sancionaron la Ley N° 26.548, que modificó la legislación que regula el funcionamiento del Banco Nacional de Datos Genéticos, a fin de adecuarla a los avances de la ciencia en la materia y consagrar el principio de reserva de la información; la Ley N° 26.549, que incorporó el artículo 218 bis al CPPN, donde se establece un procedimiento para la obtención de ADN que resguarda los derechos de los involucrados y resulta eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura; y la Ley N° 26.550, que incorporó el artículo 82 *bis* al CPPN y modificó la redacción de los artículos 83 y 85 del mismo cuerpo normativo, para permitir que las asociaciones o fundaciones puedan constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos.

4. La protección de la vida familiar

El derecho a la protección de la vida familiar tiene reconocimiento a nivel doméstico en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, que se ve complementado por el artículo 16.3 de la DUDH, el artículo VI de la DADH y el artículo 17 de la CADH.

Asimismo, ya desde su preámbulo, la CDN afirma el lugar importante que tiene la familia para el desarrollo y crecimiento de los NNyA. En virtud de

87. CIDH, Informe No. 160/10, Petición 242-03, *Inocencia Luca Pegoraro, Argentina,* 1 de noviembre de 2010.

88. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años -causa n° 46/85 A-", *Fallos* 332:1835 y "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años -inc. de apel. de Prieto, Guillermo Gabriel", *Fallos* 332:1769.

ello, es objeto de protección y asistencia a fin de que pueda desarrollar su rol esencial en la sociedad.

El derecho de los NNyA a la convivencia familiar está protegido a través de la prohibición de injerencias arbitrarias en la familia y el especial deber de protección que sobre dicha institución pesa en cabeza del Estado.

En efecto, en su artículo 5 la CDN limita el ámbito de injerencia del Estado en la familia, reafirmando "el rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños".[89] A ello se suma la protección de la intimidad del NNyA y su familia contra injerencias arbitrarios o ilegales –artículo 16–; el derecho de todo NNyA a conocer a su padre y madre y a ser cuidado por ellos –artículo 7– y a preservar las relaciones familiares en orden a garantizar plenamente el derecho a la identidad –artículo 8–. A su vez, los artículos 10, 11 y 22 protegen la integridad de la familia al reconocer el derecho a la reunificación familiar y la prohibición de traslado y retención ilícitos.

La CDN determina el papel de la familia en la realización de los derechos de los NNyA, establece los límites de la autoridad materna y paterna en relación con la autonomía de los NNyA y define la corresponsabilidad del Estado en tales funciones, como así también la responsabilidad de las autoridades en la tutela de los límites de injerencia de los padres.[90]

Los padres y las madres deben permitir a los NNyA ejercer los derechos reconocidos en la CDN y proporcionarles la "dirección y orientación apropiadas" para poder hacerlo, en forma consonante con la "evolución de las facultades" del NNyA. En caso de que alguno de los derechos reconocidos en la CDN "se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales".[91]

En virtud de ello, el Estado debe prestar asistencia a padres y madres a efectos de garantizar y promover los derechos del niño o la niña (artículo 18). Así, por ejemplo, aun cuando la familia es la primera obligada en brindar

89. *Ibíd*., nota 18, p. 23.

90. *Ibíd*., nota 18, p. 25.

91. *Ibíd*., nota 2, p. 21.

las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de los NNyA, dentro de sus posibilidades y medios económicos, el Estado debe desarrollar medidas apropiadas para colaborar con aquella, especialmente cuando se presenten carencias económicas.

En palabras de Famá y Herrera,

> es sobre el Estado donde recae la obligación de adoptar todas las medidas que estén a su alcance de diversa índole (administrativas, legislativas y/o judiciales), con el fin de brindar a los padres u otras personas referentes de niños y adolescentes las herramientas necesarias para que éstos puedan cumplir con el deber de cuidado que les es propio.[92]

El artículo 9 de la CDN, partiendo del principio general de que ningún NNyA debe ser separado de su familia, determina que así se hará, excepcionalmente, en función del interés superior del niño, por ejemplo, por situaciones de maltrato o descuido. Esta posibilidad está rodeada de una serie de garantías, pues la decisión debe ser tomada por autoridad competente, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables y sujeta a revisión legal. Asimismo, siempre que resulte posible deberán mantenerse las relaciones personales y el contacto con la familia. Como puede notarse, se trata de una medida de *ultima ratio*.

La Ley N° 26.061 y sus decretos reglamentarios se avocan, con mayor nivel de detalle, a prevenir las situaciones que podrían originar la separación de un NNyA de su medio familiar al ubicar a la ejecución de las políticas públicas dirigidas a la infancia y la familia en un rol preponderante, como así también al regular medidas de protección integral que trabajen en la restitución de derechos amenazados o vulnerados con carácter previo a requerirse la separación de un NNyA de su medio familiar.

En los artículos 39 a 41 de la norma se regulan las medidas excepcionales, que se rodean de mayores garantías que las previstas en el texto convencional, como la exigencia de la temporalidad, dado que se dispone un plazo máximo de 90 días luego del cual podrá prorrogarse la medida –nuevamente, tempo-

92. Famá, M. V. y Herrera, M. (2005). Crónica de una ley anunciada y anunciada. *Anales de Legislación Argentina, 2005-E*, p. 5809.

ralmente–, quedando sujeta a revisiones críticas periódicas. El control judicial debe propiciarse dentro de las 24 horas de adoptada la medida a fin de que se efectúe el correspondiente control de legalidad.

Por vía reglamentaria la normativa interna limita los márgenes de discrecionalidad y ambigüedad en la aplicación del interés superior del niño en estos supuestos,[93] al determinarse que

> se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño.[94]

Por ello, se ha señalado que "esta ley vendría a poner en jaque la institucionalización de niños como principio de intervención, siendo ahora necesario (mejor dicho, obligatorio) realizar una cantidad de acciones previas (en primer término, de carácter administrativas) antes de decidir la separación de un niño de su familia de origen".[95]

Esta interpretación ha sido compartida por la Corte IDH, que afirmó que "el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas",[96] siendo "el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos […] un elemento fundamental en la vida de familia", por lo que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".[97]

93. Cf. Lerner, G. (2006). La redefinición de las funciones de los órganos administrativos y judiciales en la protección de los derechos de los niños en la Ley 26.061. *Revista de Derecho de Familia*, (35), 37.

94. Cf. Decreto N° 415/06, Anexo I, artículo 39.

95. *Ibíd*., nota 91.

96. *Ibíd*., nota 46, párr. 46, y nota 1, párrs. 67 y 71.

97. *Ibíd*., nota 46, párr. 47, y nota 1, párrs. 72, 75 y 77. Aun cuando quienes ejercen la patria potestad estén separados, la convivencia familiar debe estar garantizada. Cf. TEDH, *Case*

El Tribunal advirtió que

> el interés superior del niño, así como los derechos de los niños a preservar sus relaciones familiares y a no ser objeto de interferencias arbitrarias en las mismas, exige que la posición económica de una familia solo pueda ser utilizada para la separación de la niña o niño de su familia cuando además se invoca otra razón de más peso que por sí misma justificaría esa medida.[98]

De las obligaciones referidas se desprende, además, que todo NNyA tiene derecho, principalmente, "a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos […] a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos".[99]

En "Fornerón" la Corte IDH agregó que "no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales o la demora o errores en los procedimientos judiciales".[100] En este sentido, destacó que

> pese al reconocimiento legal de paternidad del Sr. Fornerón y a su confirmación biológica por medio de una prueba de ADN, el Juez de Primera Instancia no ordenó la entrega de la niña a su padre, sino que requirió un informe pericial [...] La guarda judicial se otorgó en contra de la voluntad del padre biológico, sin observar lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación argentina, al no consentir el padre y no habiéndose constatado judicialmente que se cumplía alguna de las circunstancias de excepción del requisito de consentimiento previo previstas en el art. 317 del Código Civil.[101]

---

of Gül v. Switzerland, Application N° 23218/94, Court (Chamber), 19 February 1996, Reports 1996-I, párr. 32, y *Case of Berrehab v. The Netherlands*, Application N° 10730/84, Court (Chamber), 21 June 1988, Series A no. 138, párr. 21.

98. *Ibíd*., nota 27, párr. 288.

99. *Ibíd*., nota 46, párr. 119, y nota 27, párr. 163.

100. *Ibíd*., nota 46, párr. 105.

101. *Ibíd*., nota 46, párr. 83. El artículo 611 del CCyCN introdujo cambios sustantivos en relación con el instituto de la adopción, al prohibir expresamente la entrega directa en guarda de NNyA mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares.

El Tribunal regional dedicó un apartado específico a los estereotipos utilizados en la fundamentación de la decisión que otorgó la guarda de la niña. Luego de señalar que se valoraron cuestiones relativas a una relación entre personas adultas, que en nada tienen que ver con el vínculo filial, y que un padre soltero, pese a haber reclamado incansablemente a su hija, no representa el ideal de familia esperado, la Corte IDH observó que las afirmaciones realizadas por el Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos

> responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la "formalidad" de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta.[102]

102. *Ibíd*., nota 46, párr. 94. El juez de primera instancia había manifestado que "entre los padres biológicos de la niña […] no existió un noviazgo formal de más de 12 meses, […] sino encuentros ocasionales, manteniendo la madre de la niña al menos otra relación con otra persona; expreso esto no para juzgar la conducta de la madre sino para resaltar que el fruto de esa relación […] no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia". Asimismo, resaltó la existencia de un conflicto entre los progenitores de la niña y "la ausencia de una familia biológica". Por último, consideró que la niña "no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia […] la presencia maternal", reiterando en su argumentación que el padre biológico "no conoce a la menor y no se encuentra casado", por lo que la niña no contaría con una madre, lo cual "[añadiría] un […] elemento que perjudicaría a su salud mental y seguramente física". El caso también refleja la discriminación por razones económicas sufrida por la víctima, en la medida en que en el informe psicológico elaborado a pedido del Poder Judicial se señaló que los guardadores de la niña "son profesionales, de buena condición socio económica, rodeados de buen entorno familiar que favorece los vínculos afectivos, y un buen continente emocional, que evidentemente colabora positivamente en el desarrollo de la niña". La perita sostuvo que la entrega de la niña a su padre biológico "le podría ocasionar a la niña inestabilidad emocional y trastornos en el carácter, como así también debilidad intelectual". En un sentido similar, el TEDH desestimó el argumento de la especial conexión biológica y psicológica que existiría entre una madre y su hijo –más allá de reconocer que dicha relación

Con gran claridad se señaló que la justicia entrerriana no "indicó qué riesgos reales y probados se derivan del crecimiento de una niña en una familia monoparental o ampliada, ni determinó por qué la ausencia de la madre en el caso concreto perjudicaría [la] salud mental y seguramente física de la niña",[103] condicionándose la "capacidad y posibilidad de ejercer [la] función de padre a la existencia de una esposa".[104]

De modo similar, en "Atala Riffo" la Corte IDH analizó la situación de tres niñas y el ejercicio de la patria potestad de su madre, quien convivía con su pareja del mismo sexo. Los tribunales chilenos le habían negado el ejercicio de este derecho con el argumento de que "su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo […] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad]".[105]

La Corte IDH consideró que los argumentos y el lenguaje utilizado por los jueces chilenos mostraban que le otorgaron relevancia significativa a la orientación sexual de la madre.[106] Aunque las decisiones internas se fundaron en la supuesta protección del interés superior de las niñas y los daños que podrían derivarse para ellas de la orientación sexual de la madre, no se probó el daño ni la alegada afectación del interés superior, pues

---

puede ser distinta a la de un padre con su hijo-, por lo que, en lo concerniente al cuidado de un niño durante el período correspondiente a una licencia por motivos familiares, concluyó que existe una igualdad entre el hombre y la mujer. Por ende, permitir que solo las mujeres obtengan una licencia por motivos familiares únicamente perpetúa los estereotipos de género y sus desventajas. Cf. TEDH, *Case of Konstantin Markin v. Russia*, Application N° 30078/06, Court (Grand Chamber), 22 March 2012, Reports 2012-III, párr. 125. Con respecto a la separación de NNyA que provengan de familias en situación de pobreza, se ha enfatizado que el mero hecho de que podrían ser colocados en un ambiente más favorable para sus crianzas o la mera referencia a la situación de los padres no justifica *per se* una medida obligatoria de separación, ya que la última puede ser abordada con medios menos drásticos que la separación de la familia, tales como la asistencia financiera específica o el asesoramiento social. Cf. TEDH, *Case of Moser v. Austria*, Application N° 12643/02, Court (First Section), 21 September 2006, y *Case of Wallová and Walla v. The Czeck Republic*, Application N° 23848/04, Court (Fifth Section), 26 October 2006.

103. *Ibíd*., nota 46, párr. 95.

104. *Ibíd*., nota 46, párr. 96.

105. *Ibíd*., nota 13, párr. 96.

106. *Ibíd*., nota 13, párr. 97.

> una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño […] que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.[107]

Por último, la Corte IDH ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la protección de la unidad familiar en casos de NNyA migrantes y/o hijos e hijas de personas migrantes. En su Opinión Consultiva N° 21 sostuvo que

> surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible […] A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en la ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática. En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana […] La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar […] Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo […] A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia en el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y

107. *Ibíd*., nota 13, párr. 111.

> (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño.[108]

Es trascendental, además, la definición de familia que utilizó, ya que "en la CADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma […] el término 'familiares' debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano".[109]

Para el Tribunal regional no debe restringirse el concepto de familia a la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues

> también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la (s) persona (s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los "lazos familiares" pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la construcción del núcleo familiar de la niña o del niño.[110]

---

108. *Ibíd*., nota 60, párrs. 275-279. De modo similar, el TEDH sostuvo que el concepto de vida familiar "no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". TEDH, *Case of Keegan v. Ireland*, Application N° 16969/90, Court (Chamber), 26 May 1994, Series A no. 290, párr. 44, y *Case of Kroon and others v. The Netherlands*, Application N° 18535/91, Court (Chamber), 27 October 1994, Series A no. 297-C, párr. 30.

109. *Ibíd*., nota 46, párr. 98.

110. *Ibíd*., nota 60, párr. 272. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que el término 'familia' debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local, de conformidad con el artículo 5 de la CDN, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable "a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha". Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 62º período de sesiones (2013), párr. 60.

Capítulo 19

Derechos de las personas en contextos de movilidad humana

Marcos Filardi y Sebastián A. Rey

A los fines de analizar el contenido de los derechos humanos de las personas en contextos de movilidad humana, resulta necesario definir algunos términos que utilizaremos en este capítulo:

a) migrante: abarca tanto al emigrante (quien deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él) como al inmigrante (quien llega a otro Estado con el propósito de residir en él);[1]

b) estatus migratorio: situación jurídica en la que se encuentra un/a migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado en el que se encuentra;[2]

c) trabajador/a migrante: persona que va a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional;[3]

d) trabajador/a en situación migratoria irregular: persona que no se encuentra autorizada a ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las obligaciones asumidas por dicho Estado, y que, sin embargo, realiza dicha actividad;[4]

---

1. 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. 69.

2. *Ibíd*., nota 1.

3. Cf. OIT, Convenio N° 97 sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) de 1949 y Convenio N° 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975.

4. Cf. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 5.

e) refugiado/a:[5] comprende tanto a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él,[6] como a la persona que ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público;[7]

f) desplazado/a interno/a: persona que se ve obligada a desplazarse desde su lugar de residencia habitual a otro lugar, dentro del territorio del Estado de su nacionalidad o última residencia habitual; y

g) apátrida: persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación.[8]

---

5. Cf. Corte IDH. *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. Este concepto difiere del "asilo diplomático o extraterritorial", que tuvo su origen en el surgimiento de las misiones diplomáticas en el siglo XV y guardaba fuerte identidad con el asilo religioso, en la medida en que era concedido también a acusados de crímenes comunes. Fue el resultado de la instalación de las embajadas y del otorgamiento de privilegios personales a embajadores. En América Latina se consolidó como respuesta a las constantes crisis propias de la independencia de los Estados y la frecuencia inusual de revoluciones y luchas armadas que pusieron en peligro la seguridad y la vida de las personas del bando perdedor. La cuestión volvió a tomar trascendencia cuando Ecuador concedió asilo diplomático a Julián Assange.

6. Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1º, literal a, numeral 2, complementada por el Protocolo del Estatuto de los Refugiados de Nueva York. Esta definición está contenida en el artículo 4, inciso a) de la Ley N° 26.165.

7. Esta definición, que está receptada en el artículo 4, inciso b) de la Ley N° 26.165, se desprende de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, suscripta en 1984.

8. Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, artículo 1.1 y artículo 4 de la Ley N° 27.512.

Desde que la especie humana hizo su aparición en la Tierra ha estado en continuo movimiento para satisfacer sus necesidades vitales. Fuimos cazadores y recolectores (y muchos pueblos aún lo son), recorriendo largas distancias en busca de alimento, agua, refugio o paz y nos fuimos adaptando a climas y ecosistemas de lo más diversos.

La movilidad humana, así, es una característica esencial de nuestra especie, solo ilusoriamente coartada por la invención de la agricultura (hace tan solo 10.000 años): para proteger los excedentes agrícolas nacieron, sucesivamente, la aldea, la tribu y el Estado. A pesar de ello, el ser humano sigue en movimiento, desafiando las fronteras en busca de una vida digna y, muchas veces, perdiéndola en el camino.

Todo ser humano tiene derecho a no migrar; es decir, a gozar de condiciones de existencia digna en el lugar donde nació. Cuando ese proyecto de vida se ve frustrado goza del derecho humano a migrar, lo cual implica buscar condiciones de existencia digna en otro lugar, sea dentro del territorio del Estado en el que nació (migrante o desplazado/a interno/a) o más allá de sus fronteras (migrante internacional o refugiado/a).

Ese desplazamiento suele ser traumático, coloca al ser humano en una situación de mucha vulnerabilidad y, muy frecuentemente, lo arroja a un perpetuo puente imaginario entre su lugar de origen y de destino, poniendo en crisis su identidad, al tiempo que enriquece el tejido social y cultural de los pueblos de uno y otro lado.

Hacia fines de 2020 había en el mundo aproximadamente 281 millones de migrantes internacionales, una cifra equivalente al 3,6% de la población mundial.[9] En la Argentina, ese porcentaje asciende al 6,5% de la población: 3.033.786 personas.[10]

9. Cf. McAuliffe, M. y Triandafyllidou A. (eds.) (2021). *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, p. 4.

10. Cf. Dirección Nacional de Población (2022). *Caracterización de la migración internacional en Argentina a partir de los registros administrativos del RENAPER*, p. 26.

La Constitución Nacional, desde su redacción original, establece en su artículo 20 que

> los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes.

El artículo 25, por su parte, agrega que

> el Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

Entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX nuestro país recibió flujos migratorios muy importantes provenientes de Europa, lo cual alimentó el mito de "la Argentina blanca y europea" y de que los argentinos "descienden de los barcos", deliberada e interesadamente promovido, con visos francamente racistas, para ocultar la presencia indígena, criolla y afrodescendiente en la identidad de nuestros pueblos.[11]

Esto se modificó a partir de la década de 1960 cuando empezó a profundizarse la llegada de migrantes de origen sudamericano, particularmente de los países limítrofes y, en las últimas dos décadas, de migrantes provenientes de otros países latinoamericanos, Europa del Este, Asia y África.

Con la reforma constitucional de 1994, el artículo 75, inciso 22 de la CN le otorgó jerarquía constitucional a distintos instrumentos de derechos humanos que reconocen tanto el principio de igualdad y no discriminación –que incluye el origen nacional y la condición migratoria como categorías protegidas– como el derecho a la movilidad humana.

11. El fenómeno de la migración internacional, aunque importante, suele estar sobredimensionado en el imaginario colectivo debido a diversos factores, como la xenofobia y la utilización del migrante como "chivo expiatorio de todos los males", lo que lo convierte en una cuestión sensible políticamente e incide en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas migratorias.

En particular, la CADH consagra en su artículo 22 el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales (inciso 1). Asimismo, dispone que la expulsión de una persona extranjera que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ordenarse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; prohíbe la expulsión colectiva de personas extranjeras y la expulsión o devolución a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas –principio de no devolución o *non refoulement*– (incisos 6, 8 y 9). Por último, reconoce el derecho de toda persona de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales (inciso 7).

A partir de que el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens* y de que las personas en contextos de movilidad humana constituyen grupos en situación de especial vulnerabilidad, la Corte IDH ha desarrollado una rica jurisprudencia en materia de protección de los derechos de las personas en situación de desplazamiento y en situación de migración o refugio.

Así, en la Opinión Consultiva OC-18/03, explicó que

> [l]os Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio.[12]

12. *Ibíd*., nota 1, párr. 119. En función de ello, ha advertido que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para las personas migrantes en situación irregular. Cf. 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. 108.

Al referirse a los desplazamientos forzados, el Tribunal entendió que la situación que enfrentan las víctimas no puede ser desvinculada de las otras violaciones de derecho que padecieron. La especial y compleja situación de vulnerabilidad que afecta a las personas desplazadas

> incluyen, pero trascienden, el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la CADH […] revela sus efectos en las violaciones a su integridad personal […] y en las consecuencias de las faltas al deber de investigar los hechos, que han derivado en impunidad parcial […] también ha afectado el derecho de los familiares de las víctimas a una vida digna.[13]

Resulta trascendental la afectación que el desplazamiento produce sobre el derecho a la protección de la familia, puesto que en ocasiones se ven fragmentadas o sus miembros son separados, produce condiciones de hacinamiento y falta de privacidad y altera las estructuras familiares.[14]

En el marco del conflicto armado colombiano la Corte IDH ha señalado que la vulnerabilidad acentuada de las personas desplazadas afecta con especial fuerza a las mujeres, quienes son cabezas de hogar. La crisis del desplazamiento interno "provoca, a su vez, una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o

13. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 186. El Tribunal destacó que "[d]urante el tiempo que [las víctimas] estuvieron desplazadas, el derecho de asociación de dichas señoras se vio afectado, ya que no pudieron seguir ejerciendo libremente su labor como defensoras de derechos humanos". Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 275.

14. Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 325; *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 197, y *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, párr. 84.

recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla".[15]

Dentro de los efectos nocivos que provoca el desplazamiento forzado interno ha destacado

> la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social.[16]

Además, la Corte IDH sostuvo que

> el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones *de facto* si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo, por ejemplo, cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales [...] la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado.[17]

La obligación estatal de proteger los derechos de las personas desplazadas "conlleva no solo el deber de adoptar medidas de prevención, sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país.

15. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 212.

16. *Ibíd*., nota 15, párr. 213.

17. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 174, y *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 274.

Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración".[18]

Uno de los aspectos que siempre ha suscitado debates en materia migratoria ha sido el derecho de los Estados de decidir quiénes pueden residir en su territorio. El Tribunal regional ha dejado en claro que los Estados fijan sus políticas migratorias, lo cual incluye la facultad de "iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal", pero al adoptar las medidas que correspondan deben respetar sus derechos humanos, así como garantizar "un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante".[19]

Además, cualquier política migratoria, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de un NNyA, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior del niño afectado.[20]

---

18. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 149, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 345, y nota 16, párr. 175.

19. Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N°. 218, párrs. 99 y 100; nota 12, párr. 175, y nota 1, párr. 168. Asimismo, la Corte IDH consideró que los Estados tienen el deber de asegurar que todas las personas que hayan sufrido abusos o violaciones de los derechos humanos como resultado de las medidas de gobernanza de fronteras tengan un acceso equitativo y efectivo a la justicia, acceso a un recurso efectivo, a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, así como a información pertinente sobre las violaciones de sus derechos y los mecanismos de reparación. Esta obligación incluye el deber de investigar y, cuando proceda, enjuiciar los abusos y violaciones de los derechos humanos cometidos, imponer penas acordes con la gravedad de los delitos y tomar medidas para garantizar que no se repitan. Cf. Corte IDH. *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 91.

20. 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-21/2014, 19 de agosto de 2014, párr. 70. En estrecha conexión con lo anterior, se ha destacado la obligación de respetar plenamente el derecho del NNyA a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.

Para la Corte IDH,

> un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas: i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: a. la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere; ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.[21]

En este sentido, la expulsión de una persona migrante "debe ser proporcionada en el sentido estricto, por lo tanto, debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo".[22] Además, "debe ser necesaria en el sentido que, dentro de las medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa".[23]

Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51º período de sesiones (2009).

21. 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. 133.

22. *Ibíd*., nota 20, párr. 278.

23. *Ibíd*., nota 20, párrs. 153, 275, 279 y 281. En el mismo sentido, CIDH. Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*. Estados Unidos, 12 de julio de 2010, párr. 54. Solo por mencionar un ejemplo, parecería que no es igual, ni produce los mismos efectos, la expulsión de una persona migrante condenada por vender estupefacientes de otra que cometió el mismo delito, pero además tiene un hijo argentino con discapacidad que se encuentra cumpliendo un tratamiento médico. Más complejo aun sería el caso de la expulsión de una persona migrante que es el único familiar de un niño argentino, por lo que de cumplirse la expulsión existe una posibilidad muy concreta de institucionalización o abandono del niño.

Por su parte, el TEDH explicó que, si bien el CEDH no garantiza el derecho de una persona extranjera a entrar o residir en un país determinado y los Estados están facultados para expulsar a una persona extranjera condenada por delitos penales a fin de mantener el orden público, sus decisiones, en la medida en que puedan interferir con el derecho a la vida privada y familiar, deben ser conformes a la ley y necesarias en una sociedad democrática. Ello importa estar justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, guardar proporción con la legítima necesidad invocada.[24]

A los fines de analizar la necesidad y proporcionalidad de una medida de expulsión se han utilizado diferentes criterios, entre los que cabe destacar la existencia de vínculos familiares, para lo cual debe utilizarse un concepto amplio de familia, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, incluidos tíos/as, primos/as y abuelos/as. En función de ello, el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso particular cómo se constituye el núcleo familiar de una persona.[25]

El TEDH agregó que los Estados deben ponderar la cantidad de tiempo que la persona migrante lleva viviendo en el país, su estatus migratorio, su empleo y el hecho de haber formado una familia.[26]

Además, debe tenerse en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por la persona migrante y el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción y su conducta durante ese período.

En cuanto a la situación familiar, se debe analizar la duración del matrimonio u otros factores que expresen la eficacia de la vida familiar de una pareja; si tiene hijos/as y, en caso afirmativo, sus edades;[27] y la gravedad de las dificultades que pueda encontrar el grupo familiar en el país al que vaya a ser

24. Cf. TEDH. *Case of Unuane v. The United Kingdom*, Application Nº 80343/17, Court (Fourth Section), 24 November 2020, párr. 70, y *Case of Bousarra v. France*, Application Nº 25672/07, Court (Fifth Section), 23 September 2010, párr. 41.

25. *Ibíd*., nota 20, párr. 272.

26. Cf. TEDH, *Case of Ozdil and others v. The Republic of Moldova*, Application Nº 42305/18, Court (Second Section), 11 June 2019, párrs. 60 y 62.

27. Cf. TEDH, *Case of Berrehab v. The Netherlands*, Application Nº 10730/84, Court (Chamber), 21 June 1988, párr. 29.

expulsada la persona migrante, en caso de acompañarla.[28] Resulta relevante, también, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares de la persona migrante con el país de acogida y con el país de destino.[29]

La Corte IDH consideró que en casos de NNyA,

> para evaluar los intereses en conflicto es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores [o familiares] prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.[30]

En estos supuestos, los Estados "deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria".[31] De lo contrario, puede llegar a configurarse una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores.[32]

Vale la pena recordar que, en función del interés superior del niño, la separación de su núcleo familiar solo debe ser excepcional, por lo que el bienestar económico del país no puede estar por encima del derecho a la vida familiar y el referido interés superior.[33]

---

28. Cf. TEDH, *Case of Boultif v. Switzerland,* Application Nº 54273/00, Court (Second Section), 2 August 2001, párr. 48; *Case of Zakayev and Safanova v. Russia*, Application Nº 11870/03, Court (First Section), 11 February 2010, párr. 45, y *Case of Lupsa v. Romania*, Application Nº 10337/04, Court (Third Section), 8 June 2006, Reports 2006-VII, párr. 27.

29. Cf. TEDH. *Case of Üner v. The Netherlands*, Application Nº 46410/99, Court (Grand Chamber), 18 October 2006, párr. 58.

30. *Ibíd*., nota 20, párr. 278.

31. *Ibíd*., nota 20, párr. 277.

32. *Ibíd*., nota 20, párr. 265.

33. Cf. TEDH, *Case of Rodrigues da Silva and Hoojkamer v. The Netherlands*, Application Nº 50435/99, Court (Second Section), 31 January 2006, Reports 2006-I.

Esto no implica que los Estados hayan perdido toda potestad de expulsar a una persona migrante que haya generado un vínculo familiar, social o cultural a lo largo de los años, pero realizar un ejercicio de ponderación para analizar la "convencionalidad" de tal decisión será condición necesaria para que pueda realizarse la expulsión. Como sostenía Cançado Trindade, los Estados ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio a personas extranjeras que ya hayan establecido un vínculo genuino allí.[34]

En cuanto al principio de no devolución, "es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado",[35] "cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre".[36] Como se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluye los supuestos de extradición.[37]

34. Cf. Cançado Trindade, A. A. (2004). Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal. En A. A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el siglo XXI*, 3ª edición, San José: ACNUR-Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 46.

35. *Ibíd*., nota 5, párrs. 164-199.

36. *Ibíd*., nota 20, párr. 135. Entre muchos otros, ver Comité DH, *Kindler v. Canada*, Communication N° 470/1991, 5 November 1993, CCPR/C/48/D/470/1991, párr.13.2, y *Judge v. Canada*, Communication N° 1086/2002, 4 August 2003, CCPR/C/78/D/1086/2002, párr. 10.9; y TEDH, *Case of Salah Sheekh v. The Netherlands*, Application Nº 1948/04, Court (Third Section), 11 January 2007, párr. 136; *Case of Chahal v. The United Kingdom*, Application Nº 22414/93, Court (Grand Chamber), 15 November 1996, párr. 74; *Case of Elmuratov v. Russia*, Application Nº 66317/09, Court (First Section), 3 March 2011, párr. 76; *Case of Hilal v. The United Kingdom*, Application Nº 45267/99, Court (Third Section), 6 March 2001, Reports 2001-II, párr. 60; *Case of Saadi v. Italy*, Application Nº 37201/06, Court (Grand Chamber), 28 February 2008, Reports 2008-II, párr. 131, y *Case of Garayev v. Azerbaijan*, Application Nº 53688/08, Court (First Section), 10 June 2010, párr. 69.

37. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 130.

En estos casos, las autoridades competentes deberán, como mínimo,

> entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión [...] [S]i se constata ese riesgo, no debería ser devuelt[a] a su país de origen o donde exista el riesgo.[38]

Durante el análisis de una posible situación de riesgo en el país de destino, para la Corte IDH

> no basta la referencia a las condiciones generales de derechos humanos del respectivo Estado, sino que es necesario demostrar las circunstancias particulares del extraditable que, en virtud de dichas condiciones, lo expondrían a un riesgo real, previsible y personal de ser sometido a tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes en caso de ser extraditado, tales como la pertenencia a un grupo perseguido, la experiencia previa de torturas o malos tratos en el Estado requirente, el tipo de delito por el cual es solicitado, entre otras, dependiendo de las circunstancias particulares del país de destino.[39]

Los Estados deberán además analizar si existe la posibilidad concreta y factible de que una vez puesta bajo la jurisdicción del Estado al cual se pretende devolver, la persona corra el riesgo de ser posteriormente devuelta o expulsada a otro Estado donde efectivamente será objeto de tortura o persecución –*refoulement* indirecto–.[40]

Una cuestión muy discutida ha sido si se puede expulsar a una persona que padece una enfermedad grave a un Estado en el que no podría ser tratada.[41]

---

38. *Ibíd*., nota 21, párr. 136. En igual sentido, Comité DH, *Jonny Rubin Byahuranga v. Denmark*, Communication N° 1222/2003, 9 December 2004, CCPR/C/82/D/1222/2003, y *Jama Warsame v. Canada*, Communication N° 1959/2010, 1 September 2011, CCPR/C/102/D/1959/2010.

39. *Ibíd*., nota 37, párr. 173.

40. Cf. TEDH, *Case of M. S. S. v. Belgium and Greece*, Application Nº 30696/09, Court (Grand Chamber), 21 January 2011, Reports 2011-I, párr. 342, y *Case of T. I. v. The United Kingdom*, Application Nº 43844/98, Court (Third Section), 7 March 2000, Reports 2000-III; y CCT, *Avedes Hamayak Korban v. Sweden*, Communication N° 88/1997, 16 November 1998, CAT/C/21/D/88/1997, párrs. 6.5 y 7.

41. Cf. Comité DH, *C. v. Australia*, Communication N° 990/1999, 28 October 2002, CCPR/C/76/D/990/1999, párr. 8.5.

Al respecto, el TEDH sostuvo que el impedimento solo opera para "casos muy excepcionales", en los que se acrediten motivos humanitarios considerables,[42] independientemente del tipo de enfermedad –tanto físicas o mentales–.[43]

No resulta imprescindible que exista un riesgo inminente de morir, sino que basta con que la persona corra un "riesgo real", debido a la "ausencia de un tratamiento adecuado" en el país receptor o la falta de acceso a dicho tratamiento, de estar expuesta a una "disminución grave, rápida e irreversible" en su estado de salud, que resultaría en un "sufrimiento intenso o una reducción significativa en la esperanza de vida". Si hay dudas sobre el impacto de la expulsión en la persona, el Estado expulsor debe "obtener garantías individuales y suficientes del Estado receptor".[44]

Las autoridades del Estado expulsor deben examinar "caso por caso" si la atención disponible en el Estado receptor es "suficiente y apropiada en la práctica" para el tratamiento de la enfermedad y deben cerciorarse de que la persona tendrá "acceso real" a dicho tratamiento y, a tal fin, deben examinar los costos de la medicación, la existencia de redes familiares o sociales y la distancia que deberá recorrer para acceder y obtener la atención médica.[45]

Con relación a las expulsiones colectivas, el TEDH las ha definido como una medida que conmina a un grupo de personas extranjeras a hacer abandono de un Estado, salvo los casos en los que se pueda constar de que de alguna

42. TEDH, *Case of D. v. The United Kingdom*, Application Nº 30240/96, Court (Chamber), 2 May 1997, Reports 1997-III, párrs. 51-53.

43. TEDH, *Case of Savran v. Denmark*, Application Nº 57467/15, Court (Grand Chamber), 7 December 2021, párr. 137.

44. TEDH, *Case of Paposhvili v. Belgium*, Application Nº 41738/10, Court (Grand Chamber), 13 December 2016. párrs. 183-191. La Corte IDH explicó que las garantías diplomáticas constituyen una práctica común entre los Estados que consisten en promesas o seguridades otorgadas por el Estado requirente al Estado requerido de que la persona solicitada en extradición recibirá un trato o sanción acorde con las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado requerido. En cada caso se debe examinar la calidad de dichas garantías y su confiabilidad. *Ibíd*., nota 37, párr. 180, con referencias a los factores que son relevantes al momento de evaluar la calidad y confiabilidad de las garantías diplomáticas sistematizados en TEDH, *Case of Othman (Abu Qatada), v. The United Kingdom*, Application Nº 8139/09, Court (Fourth Section), 17 January 2012, Reports 2012-I.

45. TEDH, *Case of Savran v. Denmark*, Application Nº 57467/15, Court (Fourth Section), 1 October 2019, párrs. 46-48.

manera ha existido un análisis objetivo y razonable del caso particular de cada miembro de ese grupo.[46]

Una práctica de expulsiones colectivas son las denominadas "devoluciones en caliente", que frecuentemente presenciamos en las fronteras de la Unión Europea, principalmente en España e Italia.

En "*N. D. y N. T.*" el TEDH consideró que no hubo violación de la prohibición de expulsión colectiva debido a que

> 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 […] 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 CEDH, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta.[47]

Con relación a las personas trabajadoras migratorias en situación irregular, es obvio que el Estado y los particulares no están obligados a brindarles trabajo. Sin embargo, si son contratadas para trabajar "inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular".[48]

---

46. Cf. TEDH, *Case of Conka v. Belgium*, Application Nº 51564/99, Court (Third Section), 5 February 2002, Reports 2002-I, párr. 59. El TEDH consideró suficiente, para señalar que hubo un procedimiento individualizado, que las personas hayan sido entrevistadas por el plazo de diez minutos cada una, con preguntas estandarizadas sobre los motivos de salida de su país y las circunstancias de ingreso. Cf. TEDH, *Case of Asady and others v. Slovakia*, Application Nº 24917/15, Court (Third Section), 24 March 2020, párr. 66.

47. TEDH. *Case of N.D. and N. T. v. Spain*, Applications N° 8675/15 and 8697/15, Court (Grand Chamber), 13 February 2020, párr. 231. Para una crítica, ver Ceriani Cernadas, P. (2022). Políticas migratorias. Devoluciones en caliente. *Debates sobre Derechos Humanos*, año 2021, (5), 283-301.

48. *Ibíd*., nota 1, párrs. 135 y 136. Esta obligación estatal encuentra su asidero en el derecho laboral, que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre las partes y que, por lo tanto, protege a la persona trabajadora como la parte más vulnerable que es. *Ibíd*., nota 1, párr. 149.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todas las personas, independientemente de su condición de nacionales o extranjeras, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estas en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares. Por ende, no debe permitir que empleadores/as privados/as violen los derechos de las personas trabajadoras, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.[49]

Con frecuencia se contratan trabajadores/as migratorios/as en situación irregular para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería, se los despide por formar parte de sindicatos y se los amenaza con deportarlos, entre otras situaciones.

Por ello, la Corte IDH sostuvo que se vulneran sus derechos a las garantías y a la protección judicial por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio.[50]

En materia de personas solicitantes de refugio, la Corte IDH ha reconocido que una persona es refugiada

> tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo.[51]

49. *Ibíd*., nota 1, párr. 148. Al fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadoras en determinado sector de producción, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero "deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional". *Ibíd*., nota 1, párr. 169.

50. *Ibíd*., nota 1, párr. 126.

51. *Ibíd*., nota 21, párr. 145.

En función de las prácticas estatales generadas en las últimas décadas –consistentes en otorgar protección internacional como refugiadas a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público– consideró que "las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena",[52] que satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad.

El Tribunal destacó que las personas solicitantes de refugio

> no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada "devolución indirecta").[53]

De conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la CADH, y tomando en cuenta las directivas y criterios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Corte IDH señaló que las personas solicitantes de refugio

> deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la CADH y en otros instrumentos internacionales aplicables, que [...] implican las siguientes obligaciones para los Estados: a) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para

52. *Ibíd*., nota 20, párr. 79.

53. *Ibíd*., nota 21, párr. 153.

> someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa, d) el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.[54]

El Tribunal regional destacó que la protección brindada a través del asilo y la prohibición de extradición en casos de delitos políticos o conexos no pueden ser concebidas con el fin de proteger a personas que buscan eludir su responsabilidad como autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos.[55]

Los Estados pueden establecer "procedimientos acelerados" para resolver solicitudes de refugio que sean "manifiestamente infundadas y abusivas", respecto de las cuales no existe la necesidad de protección internacional. No obstante,

> dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión.[56]

54. *Ibíd*., nota 21, párr. 159.

55. *Ibíd*., nota 5, párr. 91.

56. *Ibíd*., nota 21, párr. 172.

Por último, en el contexto de los procedimientos de asilo el derecho de los NNyA a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante. Sus alcances pueden depender de si es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado o no y/o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado.[57]

Las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de NNyA extranjeros al territorio nacional:

> aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección [...] resulta indispensable que los Estados [les] permitan el acceso al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial.[58]

Si hay dudas acerca de la edad de NNyA, se determinará

> con base no sólo en la apariencia física, sino también en la madurez psicológica del individuo y, en su caso, deberá realizarse una evaluación con criterios científicos, de forma segura, respetando la dignidad humana, que sea culturalmente apropiada y con consideraciones de género. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde.[59]

En cuanto a la apatridia, esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales se encuentra la pérdida de la nacionalidad, la privación de la nacionalidad, la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad y la sucesión de Estados.[60]

---

57. *Ibíd*., nota 21, párr. 223. El Tribunal manifestó que los procesos administrativos o judiciales que involucren a NNyA no acompañados o separados de sus familias no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar. Cf. nota 21, párrs. 132 y 133.

58. *Ibíd*., nota 20, párr. 83.

59. *Ibíd*., nota 20, párr. 88.

60. *Ibíd*., nota 20, párr. 94.

Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, puesto que, entre las consecuencias jurídicas que tal condición genera, se destaca que imposibilita "el goce de los derechos civiles y políticos de una persona" ocasionándole una "condición de extrema vulnerabilidad".[61] Las obligaciones antes señaladas son aplicables también, en lo pertinente, en lo que se refiere a la privación de la nacionalidad.[62]

La observancia de los deberes estatales respecto del derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia, en el marco del derecho internacional, resulta exigible al momento del nacimiento de las personas.[63]

En el *Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana* destacó que las víctimas se vieron inmersas en una situación de discriminación motivada en su origen, que dificulta, para los hijos de familias haitianas migrantes en general, el acceso a la vivienda, educación y servicios de salud.[64] Ello las colocó en una situación permanente de temor a ser expulsadas del Estado en el cual eran nacionales y separadas de sus familias.[65]

Por lo expuesto, la Corte IDH señaló que, si bien

> la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados […] su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional […] en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos,

61. Corte IDH. *Caso de la Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

62. Corte IDH. *Caso Habbal y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 93.

63. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 258.

64. *Ibíd*., nota 61, párr. 169, con cita de Comité de los Derechos del Niño. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.

65. *Ibíd*., nota 61, párr. 173.

> dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.[66]

Asimismo, afirmó que: a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.[67]

Además de los ya señalados, la Argentina también es Parte de otros tratados relevantes sobre la materia: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951,[68] la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954,[69] el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967 y la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.[70]

Este último tratado reconoce un catálogo de derecho de los que gozan las personas trabajadoras migratorias y sus familiares. En particular, el artículo 25 señala que, en el ámbito de las relaciones laborales, gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales en lo tocante a, entre otras cuestiones, remuneración, condiciones de trabajo, vacaciones pagadas.

Otras disposiciones destacadas son el artículo 18.1, que dispone que "[l]os trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia"; el artículo 22, que se refiere a las características que tienen que tener los procesos

66. *Ibíd*., nota 61, párr. 140, y nota 63, párr. 256.

67. *Ibíd*., nota 61, párr. 156.

68. Al que adhirió en el año 1961 mediante la sanción de la Ley N° 15.869.

69. Al que adhirió en el año 1972 mediante la sanción de la Ley N° 19.510.

70. Aprobada en el año 2006 mediante la sanción de la Ley N° 26.202.

de expulsión de los trabajadores migratorios y sus familiares; y el artículo 21, que señala que "[n]inguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo".

La Convención establece la no discriminación como principio –artículo 7–, por lo que dispone que los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo del mismo trato que los nacionales con respecto a la seguridad social –artículo 27– y al acceso a la educación, a la vivienda y a los servicios sociales y de salud –artículos 43 y 45–.

A lo ya señalado respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados corresponde añadir algunas referencias en cuanto a la aplicación de las cláusulas de exclusión, que se basan en que ciertos actos son tan graves que sus autores no deben obtener protección internacional, sino que deben enfrentar la justicia.[71]

Existe cierto consenso en cuanto a la necesidad de que, con anterioridad a analizar la posible aplicación de una cláusula de exclusión a un/a solicitante de refugio, se haya efectuado un "análisis de inclusión"; es decir, que esta persona reúna los requisitos establecidos en la definición de refugiado/a. Además, la interpretación de las cláusulas de exclusión debe ser restrictiva, teniendo en cuenta las graves consecuencias que acarrea la exclusión para la persona interesada.

El inciso f) del artículo 1 contempla tres situaciones distintas: a) aquellas personas que hayan cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad; b) quienes hayan cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitidos en él como refugiados; y c) quienes se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.[72]

71. ACNUR (2003). *La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/03/05, párr. 3.

72. Se entiende que quedan comprendidos dentro de dicho inciso tanto los supuestos de tentativa como la participación e instigación en la comisión de los mencionados actos. Cf. Gilbert, G. (2003). Current issues in the application of the exclusion clauses. En E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 444.

El ACNUR ha destacado, a modo de ejemplo, los siguientes factores como relevantes para determinar la gravedad de un delito: la índole del acto, el daño efectivo provocado, el procedimiento empleado, la naturaleza de la pena y si la mayoría de las jurisdicciones lo considerarían un delito grave.[73] Asimismo, el contexto, los métodos, la motivación y la proporcionalidad de un delito con respecto a sus objetivos son importantes al determinar si es político o común.[74]

De esta manera, se han mencionado como ejemplos de graves delitos comunes al asesinato, la violación, los incendios provocados y el robo a mano armada. Otras infracciones también pueden considerarse serias si las acompaña el uso de armas letales, si involucran lesiones graves contra personas o si hay indicios de una conducta delictiva habitual.[75]

Por el contrario, delitos como el hurto menor o la posesión para el uso personal de estupefacientes no llegan a alcanzar el nivel de "gravedad" a que se refiere la norma.

El artículo 32 del tratado prohíbe la expulsión de una persona refugiada, salvo por razones de seguridad nacional o de orden público. En este sentido, si bien el artículo 33 consagra el principio de no devolución, no podrá se invocado por aquella persona que sea considerada, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Además de la normativa internacional ya desarrollada, en el ámbito doméstico se han aprobado leyes a lo largo de nuestra historia referidas a po-

73. *Ibíd*., nota 71, párr. 39.

74. Cf. ACNUR y Carnegie Endowment for International Peace (2001). *La exclusión de la condición de refugiado*, EC/GC/01/Amb2/1, Lisboa, párr. 10.

75. *Ibíd*., nota 71, párr. 40. De modo similar, la CSJN sostuvo que "en tiempos modernos, el concepto de 'grave delito común' califica como causal para excluir a una persona del reconocimiento de la condición de refugiado en el marco de la llamada 'cláusula de exclusión' del artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados receptada por artículo 9° de la Ley 26.165", CSJN, "Jones Huala, Francisco Facundo s/extradición", *Fallos* 341:971, considerando 25.

líticas migratorias que han oscilado entre la apertura y acogida a los flujos migratorios que llegaban al país[76] y su control férreo y expulsivo.[77]

Luego del retorno de la democracia, un grupo importante de organizaciones comenzaron a reclamar la modificación de la legislación migratoria. Sin embargo, la temática resultaba conflictiva para los gobiernos de turno, por lo que ni la normativa ni la política migratoria cambiaron.

En este contexto, el Centro de Estudios Legales y Sociales ideó un caso de laboratorio para acompañar los reclamos y propuestas de los colectivos migrantes. Con motivo del litigio internacional se celebró un Acuerdo de Solución Amistosa, en el que la Argentina se comprometió a adoptar todas aquellas medidas que fueran necesarias para garantizar el respeto de los estándares internacionales que fueran exigibles en materia migratoria.[78]

Fruto del proceso de diálogo iniciado, se sancionó la Ley N° 25.871 de Política Migratoria Argentina, reglamentada mediante el Decreto N° 616/10, que ha sido reconocida de modo positivo tanto por los organismos gubernamentales y la sociedad civil como por los organismos internacionales, puesto que introdujo notables avances en materia de regulación migratoria.[79]

---

76. Por ejemplo, la Ley N° 817 de Inmigración y Colonización, conocida como "Ley Avellaneda".

77. Por ejemplo, la Ley N° 4144 de Radicación de Extranjeros, conocida como "Ley de Residencia" o "Ley Cané", que permitió y habilitó al Gobierno a expulsar a migrantes sin juicio previo; la Ley N° 7029 de Admisión y Permanencia de Extranjeros, conocida como "Ley de Defensa Social", y el Decreto-Ley N° 22.439 de Migraciones y de Fomento de la Inmigración, conocida como "Ley Videla", que consideraba a la persona migrante como un peligro para la seguridad nacional y el orden público, por lo que permitía detener a personas inmigrantes "irregulares" y expulsarlas sin ningún tipo de control legal o judicial sobre la decisión administrativa, estipulaba la obligación de todo funcionario público (y de la ciudadanía en general) de denunciar la presencia de personas cuya situación migratoria fuera irregular y establecía fuertes restricciones a los derechos a la salud y a la educación, entre otros.

78. Cf. CIDH, Informe No. 85/11, Petición 12.306, *Juan Carlos De la Torre*, Argentina, 21 de julio de 2011. Para un desarrollo en profundidad de este caso, ver Rey, S. A. (dir.) (2021). *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, tomo 1. Buenos Aires: Astrea, pp. 374-379.

79. A modo de ejemplo, pueden mencionarse Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Argentina, 23 de septiembre de 2011, y CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros

En la actualidad son pocos los Estados que han reconocido el derecho humano a migrar. Gratamente, el artículo 4 de la Ley N° 25.871 lo reconoce de modo expreso.

La norma reconoce la protección al derecho de todas las personas migrantes y sus familiares, incluidas las que se encuentran en situación irregular, a tener acceso en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan las personas nacionales, en particular, en materia de servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social –artículo 6–.

Asimismo, establece de manera determinante que en ningún caso la irregularidad migratoria de una persona extranjera impedirá su admisión como estudiantes en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Incluso prevé un mandato a las autoridades de los establecimientos educativos en cuanto deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria –artículo 7–.

Otro avance fundamental es que en la Argentina cualquier persona puede concurrir a un hospital público para que, de modo gratuito, se asegure su derecho a la salud. Así, se impide que la situación migratoria de una persona sea causal de negación o restricción en ningún caso del acceso a este derecho, a la asistencia social o a la atención sanitaria –artículo 8–.

Por otra parte, la legislación tiende a garantizar el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales de las personas migrantes. Tanto en el procedimiento administrativo como en la instancia judicial se asegura el derecho de defensa, que incluye asistencia jurídica gratuita y, si hiciere falta, un intérprete, interviniendo en muchos casos el Ministerio Público de la Defensa –artículos 74 a 89–.

Cuando una persona migrante se enfrenta con un proceso judicial, se debe asegurar que entienda cabalmente los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición, teniéndose par-

---

de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 diciembre 2003, párr. 135.

ticularmente en cuenta que el lenguaje propio de un proceso judicial –en el que abundan los tecnicismos y términos ajenos al lenguaje cotidiano– puede incluso de por sí revestir alta complejidad para las personas que hablan el idioma oficial.

Ello también debe tenerse presente en casos de migrantes de quienes pueda decirse que tienen "cierto dominio" del idioma. Poder establecer una comunicación en situaciones cotidianas dista mucho de tener un dominio pleno del idioma que permita a la persona expresarse con la precisión y exactitud que requiere una defensa adecuada. Por lo tanto, "es importante asegurar la traducción y explicación de conceptos jurídicos a un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado". Ante la duda, debe estarse por la provisión de un intérprete.[80] En el ordenamiento interno argentino, esta garantía se encuentra receptada en el artículo 86 de la Ley N° 25.871.

En cuanto a la privación de la libertad de personas migrantes, solo la autoridad judicial competente puede decidir sobre la detención, debiendo hacerlo mediante resolución fundada, atento que se les aplican los mismos principios en materia de privación de libertad que al resto de las personas. Y en caso de que la detención se produzca en el contexto de un proceso de expulsión, puede solicitarse únicamente luego de que haya quedado firme la orden de expulsión –artículo 70–.

Sin embargo, aún falta mucho para lograr la igualdad real entre nacionales y extranjeros en la Argentina. En efecto, a comienzos del año 2017 se modificó, por vía del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17, aspectos sustanciales de la Ley de Migraciones. Afortunadamente esa norma ha sido años más tarde derogada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 138/21.[81]

---

80. Cf. Mendos, L. R. y Muñoz, R. (2012). Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes: estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino. En S. A. Rey (coord.), *Problemas actuales de derechos humanos, Número I*. Buenos Aires: Eudeba, p. 5.

81. Para una crítica del Decreto N° 70/17, ver Rey, S. A. (2020). Si hay delito no hay residencia. El final de la reunificación familiar y la complicidad judicial para convalidar expulsiones de migrantes. *Actas III Jornadas de Migraciones*. José C. Paz: EDUNPAZ, pp. 809-823, y AA. VV. (diciembre de 2022). Personas en contexto de movilidad humana, *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, no. 17*.

Además, podemos mencionar las limitaciones existentes en cuanto al ejercicio de los derechos políticos –que repercute, sin duda, en el grado de integración que pueden tener las personas migrantes en la sociedad argentina–, o los requisitos de residencia que se exigen para acceder a una pensión no contributiva para madres con siete o más hijos/as, a una pensión por invalidez y a una pensión a la vejez.

Por otra parte, la Argentina ha sancionado la Ley N° 27.512 de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas y la Ley N° 26.165 de Reconocimiento y Protección al Refugiado, cuyo artículo 18 crea la Comisión Nacional para los Refugiados, órgano que, entre otra funciones, se encarga de proteger los derechos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo que se hallen bajo la jurisdicción de la República Argentina en toda circunstancia y resolver sobre el reconocimiento y la cesación de la condición de refugiado –artículo 25–.

En cuanto a la interpretación que ha realizado la CSJN de los derechos de las personas migrantes, vale la pena mencionar fallos como "Zhang",[82] en el que, entre otras cosas, sostuvo la primacía de la reunificación familiar, y "Ojeda Hernández",[83] en el que reconoció la posibilidad de acceder a la segunda instancia ordinaria contra aquellos fallos definitivos dictados por jueces de primera instancia.

Asimismo, en "Apaza León" sostuvo que la interpretación plausible del inciso c) del artículo 29 de la Ley de Migraciones es que tanto la "condena penal" como los "antecedentes penales", para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de una persona migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que allí se mencionan –tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas–, o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más.[84]

82. CSJN, "Zhang, Hang c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/amparo", *Fallos* 330:4554.

83. CSJN, "Ojeda Hernández, Luis Alberto s/causa nº 2739/12", Recurso de Hecho, O. 113. XLVIII, 10 de julio de 2014.

84. CSJN, "Apaza León, Pedro Roberto c/EN - DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/recurso directo para juzgados", *Fallos* 341:500.

Sin embargo, a partir de mediados del 2018 la CSJN comenzó un camino de declive de los estándares que venía sosteniendo en materia migratoria.[85]

Más allá del caso "Costa Ludueña"[86] –que es analizado en el capítulo 13 de este *Manual*–, debemos comenzar con el cambio de jurisprudencia en materia de radicación de personas que han ingresado de modo irregular a la Argentina, aun con un marco normativo que reconoce la migración como derecho humano.

En "Zhang"[87] revocó la sentencia de Cámara que había concedido la residencia temporaria al actor, exceptuando el cumplimiento del "ingreso irregular al país", ya que poseía todos los otros requisitos para obtener una residencia temporaria. En sentido similar se pronunció en "Huang".[88]

Para la CSJN, ya no importa la carencia de antecedentes penales, el tiempo de radicación *de hecho*, contar con un trabajo remunerado, contribuir al erario público o los vínculos sociales, culturales y afectivos forjados por la persona migrante durante la estadía en la Argentina. Tampoco importa la desigualdad de armas procesales: sobre la persona migrante recaerá toda la carga probatoria tendiente a demostrar que su entrada ocurrió regularmente.[89]

Más grave aún es el fallo "Barrios Rojas", en el que destacó que "la perturbación de las relaciones familiares *per se*, como consecuencia necesaria de la orden de expulsión del migrante, dictada en un procedimiento legítimo con

85. En el período comprendido entre octubre de 2021 y junio de 2022, la CSJN resolvió más de un centenar de casos relativos a derechos de personas migrantes y sus familias, en los que utilizó criterios contrarios a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de igual jerarquía, e incluso a algunos principios básicos del derecho. Cf. Ceriani Cernadas, P. y Odriozola, I. (2023). Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas, *Debates sobre Derechos Humanos*, año 2022 (6), 37.

86. CSJN, "Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/amparo ley 16.986", *Fallos* 344:3132.

87. CSJN, "Zhang, Peili c/Dirección Nacional de Migraciones s/amparo Ley 16.986", *Fallos* 341:1466.

88. CSJN, "Huang, Qiuming c/EN - DNM s/recurso directo DNM", *Fallos* 344:3580.

89. *Ibíd*., nota 85, p. 40. Allí los autores destacan que entre diciembre de 2021 y junio de 2022 la CSJN decidió aplicar el precedente "Huang" en alrededor de 150 causas que, a su entender, "remitían al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por esta Corte". Es decir, no se inmiscuyó en las circunstancias particulares de cada una de las personas migrantes que deseaban permanecer en el país ni, en algunos casos, de sus familiares.

las debidas garantías procesales, no alcanza para considerar afectado el derecho de reunificación familiar".[90]

A los fines de determinar si en el caso concreto la decisión de la autoridad migratoria de modo irrazonable o arbitrario había afectado el derecho de reunificación familiar, más allá de la mera perturbación de los lazos afectivos normales, los jueces Maqueda y Lorenzetti exigieron que se hubiera acreditado "cuál sería el grado de desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión".[91]

El juez Rosatti, por su parte, manifestó que en la causa "la reunificación familiar invocada no incluye prioritariamente a menores de edad sino a personas adultas, por lo que no resulta aplicable de modo decisivo en autos la noción de interés superior del niño".[92]

Si los jueces Maqueda y Lorenzetti reconocen que hay que analizar el grado de desamparo en que quedarían adultos con motivo de la expulsión de un/a migrante, con mucha más razón hay que hacerlo respecto del posible desamparo de NNyA.

Por ende, una mayoría del Máximo Tribunal garantizaría el derecho de los NNyA a que no expulsen a su progenitor/a o familiar a cargo. Esa interpretación sería respetuosa de lo recomendado por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al Estado argentino, en el sentido de que debe establecer un procedimiento para que a todos los casos

> se les aplique los siguientes principios: 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; [...] viii) Velar por la unidad familiar del trabajador migrante, cuando resuelto su caso deba salir del Estado parte. c) Garantizar que la evaluación del

90. CSJN, "Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/EN-DNM Resol. 561/11- (Exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/recurso directo para juzgados", *Fallos* 343:990, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, considerando 7.

91. *Ibíd*., nota 90, considerando 11.

92. *Ibíd*., nota 90, voto del juez Rosatti, considerando 12.

> interés superior del niño sea realizada por profesionales especializados en derechos de la niñez y adolescencia, independientes e imparciales, preferentemente de organismos que integran el sistema de protección integral de la infancia, y desconectados de la autoridad migratoria. En el mismo sentido se debe garantizar que los menores de edad sean escuchados durante los procesos migratorios que afectan a sus padres migrantes.[93]

No obstante, la respuesta de la CSJN no siempre ha sido esa.[94] Incluso en "Otoya Piedra" ni siquiera analizó el derecho humano a la vida familiar. Por el contrario, señaló que el otorgamiento de la dispensa por reunificación familiar consiste en una facultad "excluyente" de la Dirección de Migraciones, de carácter "discrecional" y "excepcional" y que debe ser interpretada de manera "restrictiva".[95]

El Tribunal también ha limitado el derecho de defensa en juicio, puesto que entendió que las personas extranjeras que carecen de medios económicos tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos que pueden conducir a su expulsión del territorio nacional, pero ello no exige que se les comunique ese derecho de forma personal y fehaciente y que se le dé intervención al Ministerio Público de la Defensa en caso de ausencia de petición expresa en ese sentido.[96]

Con relación a las personas solicitantes de refugio, la CSJN ha señalado que

> una persona es refugiado tan pronto como reúne las condiciones enunciadas en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formal-

93. 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, CMW/C/ARG/CO/2, punto 31.

94. A modo de ejemplos, ver en sentido positivo, "C. G., A. c/EN - DNM s/recurso directo DNM", *Fallos* 345:905, y en sentido negativo, CSJN, "Recurso de hecho deducido por Elvira Miriam Vargas Martínez en la causa Vargas Martínez, Elvira Miriam y otro c/EN - M Interior –DNM– resol. 903/11 (Expte. 8022316/07) s/recurso directo DNM", 25 de octubre de 2022.

95. CSJN, "Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN - DNM s/recurso directo DNM", *Fallos* 344:3600.

96. CSJN, "Zuluaga Celemin, Claudia Lucía c/Dirección Nacional de Migraciones s/recurso directo", *Fallos* 345:1114.

> mente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo.[97]

Asimismo, ha considerado que el certificado expedido por el ACNUR reconociendo a quien lo peticiona el carácter de refugiado, resulta prueba suficiente de que esa persona sufrió, con anterioridad a la fecha mencionada en aquel instrumento, fundados temores de ser perseguida.[98]

Por último, ha suspendido el trámite de procesos de extradición hasta tanto medie decisión firme del Poder Ejecutivo Nacional en punto a la solicitud de refugio presentada en ese ámbito.[99]

97. CSJN, "Apablaza Guerra, Galvarino Sergio s/arresto preventivo", *Fallos* 330:3379, considerando 9, y "Dragoevich, Héctor Ramón c/M° J y DD.HH. –art. 3 ley 24.043 (resol. 612/01)–", *Fallos* 331:2663, considerando 6.

98. CSJN, "Yofre de Vaca Narvaja, Susana c/Ministerio del Interior s/Resol. MJDH 221/00 (EXPTE 443459/98)", *Fallos* 327:4241.

99. *Ibíd*., nota 97, considerando 8, y "Hernández Fernández, Mario Ezequiel s/extradición", *Fallos* 330:3977.

Capítulo 20

Derechos de los pueblos indígenas y de las personas afrodescendientes

Laura Iseas y Sebastián A. Rey

1. Derechos de los pueblos indígenas

En el presente capítulo denominaremos "pueblos indígenas" a

> aquellos grupos humanos que pueden considerarse como descendientes de los pobladores originales de América, antes de la invasión europea [o de la instauración de las actuales fronteras estatales], que en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen del resto de la sociedad nacional y que, por lo general, ocupan una posición de inferioridad y de marginación económica y social frente al resto de la población.[1]

Como señala Carrasco, los Estados se han visto obligados a incorporar el autorreconocimiento como criterio fundamental para la definición de indíge-

1. Stavenhagen, R. (1996). Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales. En E. Jelin y E. Hershberg (coords.), *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, p. 151. Como ejemplo de esta "posición de inferioridad", la Corte IDH ha señalado que en Guatemala los pueblos indígenas han estado sometidos a una discriminación histórica o estructural, que queda en evidencia por "la permanencia, con el trascurso de los años, de altas tasas de pobreza y pobreza extrema de dichos pueblos, su escaso acceso al mercado formal de trabajo y a la seguridad social, los altos índices de analfabetismo de sus miembros, su precario acceso a los servicios de salud, telefónicos y a la electricidad, así como las constantes manifestaciones discriminatorias contra los pueblos indígenas en los medios de comunicación masiva". Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440, párr. 139.

na. Este cambio ha sido receptado por el artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, Convenio N° 169), adoptado en el año 1989,[2] cuando se refiere a "la conciencia de su identidad indígena o tribal".[3]

La autoidentificación supone que existen de por sí y han existido de manera permanente, independientemente de un reconocimiento oficial o de terceros, aunque en la práctica el reconocimiento por parte del Estado facilita el alcance efectivo de su autonomía.[4]

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo.

En su artículo 3 incorpora textualmente el contenido del artículo 1 común del PIDCP y PIDESC, al afirmar el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.[5] El reconocimiento a la autodeterminación de

2. La República Argentina lo aprobó en el año 1992 mediante la sanción de la Ley N° 24.071.

3. Cf. Carrasco, M. (2002). Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina. En CELS, *Derechos humanos. Argentina. 2002.* Buenos Aires: Siglo XXI, p. 2. Siguiendo la definición consagrada en el Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural se entenderá por "cultura" al conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos de una sociedad, un grupo social o una persona y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

4. Cf. CIDH (2021). *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 413, párrs. 92 y 93. La Corte IDH sostuvo que "la identificación del pueblo, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad; es decir, la forma como ésta se auto-identifique". Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 37.

5. AG. Resolución 295 (LXI). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 107a sesión plenaria, 7 de septiembre de 2007. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incorpora el mismo lenguaje de estos instrumentos en su artículo III relativo a la libre determinación de los pueblos indígenas. Por

los pueblos indígenas va acompañado por la obligación de estos de respetar la unidad territorial del Estado y a sus representantes.

Como señaló la CIDH, el ejercicio del derecho a la autonomía

> puede ser, por ejemplo, independiente de la estructura administrativa y política nacional. En estos casos, los pueblos indígenas y tribales pueden optar por mantener, total o parcialmente, la estructura tradicional de adopción de decisiones [...] pueden ejercer su derecho a la autonomía o el autogobierno a través de sus propias autoridades e instituciones, que pueden ser tradicionales, pero también de creación reciente. La articulación entre tales instituciones indígenas y el Estado puede darse en el marco de acuerdos interculturales de distinta naturaleza que establezcan conjuntamente los Estados y los pueblos indígenas para el ejercicio del derecho a la libre determinación. El respeto de los derechos a la autonomía o autogobierno indígena permite a los Estados garantizar estabilidad y una convivencia armónica y democrática de todos los habitantes de sus territorios.[6]

Una interpretación acorde con los principios, normas y jurisprudencia en materia de pueblos indígenas exige entender que el artículo 23 de la CADH y el artículo XX de la DADH protegen una dimensión colectiva de la participación política.[7]

La privación del ejercicio de los derechos políticos en el caso de dirigentes indígenas no solo tiene un impacto a nivel individual, sino que afecta a la comunidad en su conjunto. La participación directa de un líder o lideresa indígena en las estructuras del Estado garantiza la representación de su pueblo

---

su parte, la OIT precisó que "el Convenio N° 169 no establece ninguna limitación al derecho de libre determinación o a las obligaciones que los Estados tengan bajo el amplio cuerpo de legislación internacional respecto de los pueblos indígenas y este derecho". OIT (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT, p. 26.

6. *Ibíd*., nota 4, párr. 150.

7. Cf. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 114.

en estos espacios, lo cual es un prerrequisito para lograr su inclusión, autodeterminación y desarrollo en el marco de un Estado plural y democrático.[8]

Tanto el artículo 6 del Convenio N° 169 como el artículo 18 de la Declaración de la ONU establecen el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones sobre las cuestiones que afecten sus derechos y a mantener y desarrollar sus propias instituciones, que se complementa con el deber de los Estados de celebrar consultas antes de adoptar y aplicar cualquier tipo de medidas que los afecten.

Desde el punto de vista instrumental, este mecanismo, denominado "consulta previa", tiene como fin obtener el consentimiento pleno, libre, previo e informado e implica una comunicación constante entre las partes, que debe realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y debe tener como fin llegar a un acuerdo.[9] Es principalmente un derecho humano de titularidad colectiva, que requiere, como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso y tengan una oportunidad efectiva para participar, que difiere del derecho a participar que tenemos todas las personas.

La Declaración de la ONU ha reconocido expresamente supuestos en los que es obligatorio obtener el consentimiento de los pueblos indígenas: traslado forzoso de sus tierras y territorios; almacenamiento y eliminación de residuos peligrosos en el territorio de una comunidad; y actividades militares –artículos 10, 29 y 30–. La Corte IDH ha añadido los casos en que "se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal]".[10]

8. Cf. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, nota 7, párrs. 113-117.

9. La consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades. Cf. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 186 y 187.

10. 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, párr. 134.

Otro derecho fundamental de los pueblos indígenas es disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales –artículo 20–. Ello tiene razón de ser por el particular vínculo que los pueblos indígenas ejercen con el entorno natural que habitan.

En este sentido, el Convenio N° 169 reconoce en su artículo 14 el derecho de propiedad y posesión de las tierras que los pueblos indígenas tradicionalmente ocupan, mientras que su artículo 15 consagra el derecho a participar en la administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

Ambos instrumentos establecen derechos en materia laboral, seguridad social, salud y educación, como así también obligaciones específicas en cabeza de los Estados, principalmente en lo que respecta a la adopción de medidas contra la discriminación y marginalización de dichos pueblos. Ello obedece a que "la discriminación contra los pueblos indígenas es el resultado de un largo proceso histórico de conquista, penetración y marginación, acompañado de actitudes de superioridad y de una concepción del indígena como ser primitivo e inferior".[11]

Por otra parte, el artículo 8 del Convenio N° 169 dispone que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.[12] Esta es una obligación, no una facultad del Estado.

---

11. Anaya, J. S. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, p. 177.

12. El Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía, sino que expresamente incluye la materia penal. Cf. Irigoyen Fajardo, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.* Guatemala: Fundación Myrna Mack, p. 59. Asimismo, se ha destacado que para dirimir los conflictos los indígenas buscan que las partes se reconcilien y queden conformes con la reparación ordenada, manteniendo la cohesión en la comunidad y logrando que quienes incurren en faltas se corrijan. Un efecto contrario produce la penalización del indígena conforme al derecho positivo, pues convalida una ruptura del indígena con su comunidad de origen. Cf. Papadópolo, M. (1995). *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas.* Guatemala: Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, p. 60. La Corte IDH ha destacado que la justicia y la "responsabilidad colectiva" son principios centrales en la sociedad N'djuka tradicional. Si un miembro de la comunidad

También se reconoce que tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La misma limitación se aplica respecto de los métodos a los que estos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros -artículo 9-.

Lo expuesto demuestra que la noción actual de los derechos humanos, universales, indivisibles e interdependientes es compatible con el respeto de la diversidad cultural, pero puede entrar en conflicto con el llamado "relativismo cultural".[13]

Como sostenía Bidart Campos,

> integrar a los pueblos indígenas implica depararles un trato igualitario con el resto de la sociedad, pero no significa que para hacerlos parte integrante haya de reclamárseles la renuncia o la abdicación a su estilo, a sus diferencias, a su idiosincrasia, a su cultura.[14]

Al igual que todos los derechos humanos, el respeto a la diversidad cultural también tiene límites. Stavenhagen explica que "para que los derechos colec-

---

es ofendido, sus familiares -que serían todos los miembros de linaje maternal- están obligados a buscar justicia por la ofensa cometida. Si ese familiar ha muerto, los N'djuka creen que su espíritu no podrá descansar en paz hasta que se haga justicia. Mientras que la ofensa siga sin sanción, el espíritu de la víctima -y posiblemente otros espíritus ancestrales- pueden atormentar a sus familiares vivientes. Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 95.

13. Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, párr. 14. Debemos advertir que la antinomia universalismo-relativismo "encierra una aporía probablemente insuperable ya que la forma de resolver este tipo de dilemas esconde siempre, de manera más o menos abierta, bajo la máscara de un supuesto objetivismo puro del universalismo jurídico, una imposición, una violencia, y hasta una conquista, culturales". Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur.* Buenos Aires: Editores Del Puerto, p. 62.

14. Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución reformada*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, p. 119.

tivos puedan ser reconocidos como derechos humanos deberán ejercerse sin coacción, voluntariamente por todos sus miembros".[15] Por lo tanto, el Estado debe respetar los derechos de los pueblos indígenas salvo que vulneren derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la integridad física de niñas obligadas a tener relaciones sexuales con mayores.[16]

Para concluir el análisis de los instrumentos aprobados sobre esta materia en el ámbito universal, debemos mencionar al Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1993,[17] que establece en su artículo 8, inciso j que cada Estado

> respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

En el ámbito interamericano, además de la CADH contamos con la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2016, que reconoce los derechos consagrados en los instrumentos ya citados y, a su vez, destaca de manera particular el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas.

En el plano nacional, una de las disposiciones más cuestionadas de la Constitución de 1853 era el inciso 15 del antiguo artículo 67, cuya segunda

15. *Ibíd*., nota 1, p. 163.

16. Un ejemplo de una incorrecta aplicación de lo aquí expresado se encuentra en la sentencia pronunciada por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de Salta el 29 de septiembre de 2006 en el expediente caratulado "C. R., J. F. s/recurso de casación", en la que declaró la nulidad del auto de procesamiento del imputado de haber violado a una niña de trece años, que a raíz de ello quedó embarazada, toda vez que no se habían tenido en cuenta las particularidades sociales de la comunidad wichi. El problema de dicho razonamiento es que la costumbre de obligar a niñas a tener relaciones sexuales desde la primera menstruación es contraria a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, por lo que el Estado no debe promoverla ni permitirla.

17. La República Argentina lo aprobó en el año 1994 mediante la sanción de la Ley N° 24.375.

parte formulaba: "corresponde al Congreso conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo".[18]

La redacción del mencionado inciso planteaba dos tipos de contradicciones: la primera radicaba en que mientras el artículo 20 de la CN les garantizaba la libertad de religión tanto a los ciudadanos como a los extranjeros, esta le era claramente negada a los pueblos indígenas y la segunda se relaciona con el compromiso asumido por el artículo 16 de la CN en materia de igualdad ante la ley, que se encontraba quebrantado desde el propio sistema jurídico-institucional.[19]

Evidentemente este inciso devino anacrónico y desactualizado, por lo que durante la Convención Constituyente de 1994 se presentaron aproximadamente setenta y seis proyectos de reformas vinculados con los pueblos indígenas y el resultado de los debates sobre este tema en particular quedó consagrado, entre otras normas, en el actual inciso 17 del artículo 75 de la CN, que fue aprobado por unanimidad y por aclamación, y establece que corresponde al Congreso

> reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; y asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.[20]

18. Esta norma había sido largamente discutida en la Convención Constituyente de 1853. Una de las opiniones más ilustrativas fue la de Gorostiaga, quien sostuvo que dentro de los recursos pacíficos para atraer y civilizar a los indios "estaban comprendidas las misiones evangélicas". Cf. Colautti, C. E. (1999). *Derechos humanos constitucionales,* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 200.

19. Cf. Barcesat, E. S. (1993). *Derecho al derecho. Democracia y liberación.* Buenos Aires: Fin de Siglo, p. 133.

20. La Corte IDH ha reconocido que un componente importante de la identidad cultural de una comunidad indígena es su idioma propio, dado que garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura. Los Estados deben adoptar medidas para que los pueblos indígenas y tribales usen libremente sus idiomas propios y la imposición de restricciones a esta libertad resulta discriminatoria. Por lo tanto, consideró que la prohibición a la población

Por su parte, son varias las provincias que establecen referencias específicas a los derechos de los pueblos indígenas en sus constituciones,[21] más allá de que la obligación de garantizar, mediante legislación interna, el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas no requiere, necesariamente, que se los reconozca constitucionalmente.

Bajo las premisas establecidas en la manda constitucional se dictó la Ley N° 23.302, que creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas con participación de representantes indígenas. Entre otras funciones, debe llevar un registro de las comunidades y elaborar e implementar los planes de adjudicación de tierras.

Asimismo, el CCyCN en su artículo 18 dispone que las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

En la misma línea se encuentran la Ley N° 25.517, que estableció la restitución de restos humanos de integrantes de pueblos indígenas que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas; la Ley N° 26.206 de Educación Nacional, que consagra el derecho a la educación intercultural bilingüe, y la Ley N° 26.331, reglamentada por el Decreto N° 91/09, que dispone los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos con clara referencia a los pueblos originarios y sus comunidades, en particular en lo que respecta al deber del Estado de realizar la consulta previa.

A nivel jurisprudencial, el Comité DH en "Comunidad indígena de Campo Agua'ẽ, del pueblo Ava guaraní" concluyó que el Estado había violado el dere-

garífuna de un establecimiento penitenciario de hablar en su idioma no había sido justificada por el Estado y no obedeció a condiciones de seguridad o a necesidades de tratamiento, de modo que afectó la dignidad personal de la víctima, restringió el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra. Cf. Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 166-173.

21. Entre otras constituciones provinciales, ver la de Río Negro -artículo 42-, la de Buenos Aires -artículo 36, inc. 9-, la de Chaco -artículo 37-, la de Chubut -artículo 34-, la de La Pampa -artículo 6, párr. 2-, la de Salta -artículo 15-, la de Formosa -artículo 79-, la de Neuquén -artículo 53-, la de Tucumán -artículo 149- y la de Entre Ríos -artículo 33-.

cho a la tierra debido a la falta de prevención y de realizar controles adecuados durante años sobre actividades ilegales contaminantes –fumigaciones masivas y uso intensivo de plaguicidas– llevadas adelante por empresas agrícolas vecinas.

Por primera vez, el Comité afirmó que, en el caso de pueblos indígenas, la noción de "domicilio" en los términos del artículo 17 del PIDCP debe entenderse en el contexto de la relación especial que mantienen con sus territorios, incluyendo sus animales de cría, cultivos, árboles frutales y su forma de vida relacionada con la caza, recolección y pesca y recursos hídricos.[22]

En el caso mencionado se acreditó que las fumigaciones a pocos metros de una escuela en horario de clases no solo habían afectado la salud de quienes integran el pueblo indígena, sino también habían contaminado sus cursos de agua, destruido sus cultivos de subsistencia, provocado la muerte de sus animales de cría y favorecido la extinción masiva de peces y abejas, elementos constitutivos de su vida privada y familiar y de su domicilio.[23]

En el ámbito regional, en numerosas oportunidades la CIDH ha analizado la protección especial que deben gozar los pueblos indígenas, tanto en sus informes como en la implementación de sus resoluciones.[24]

Del mismo modo, la Corte IDH, desde "Aloeboetoe y otros" en adelante, ha reconocido "la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la CADH".[25]

---

22. Cf. Comité DH, Communication N° 2552/2015, *Benito Oliveira Pereira y Lucio Guillermo Sosa Benega, en nombre propio y en representación de los demás integrantes de la comunidad indígena de Campo Aguaẽ, del pueblo ava guaraní v. Paraguay*, 21 September 2022, CCPR/C/132/D/2552/2015, párr. 8.

23. *Ibíd.*, nota 22, párr. 8.4.

24. A modo de ejemplo, podemos mencionar CIDH (2000). *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 octubre 2000, y los casos respecto de los pueblos indígenas de Ecuador, los miskitos, los yanomamis y los mapuches.

25. Entre otros, Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15, párr. 62, y *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 81. En "Aloeboetoe y otros", el Tribunal advirtió que los saramacas gozaban de autonomía

Por ello, consideró indispensable "que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres".[26]

Al momento de ordenar reparaciones, ha entendido que las reparaciones individuales que se determinen deben complementarse con medidas que se ordenen a favor de las comunidades como un todo.[27]

El Tribunal regional tiene una extensa jurisprudencia sobre la protección del derecho de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales en virtud del artículo 21 de la CADH. Ya en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* destacó que

> [e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad […] la estre-

interna en virtud de un acuerdo celebrado en el año 1762, que les permitiría regirse por sus propias leyes. Sin embargo, observó que, si dicho convenio hubiera sido un tratado, hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*, toda vez que facultaba a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Por lo tanto, un convenio de esa índole no podía ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos. *Ibíd.*, nota 25, párr. 57.

26. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83. El Tribunal regional agregó que "[d]esconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la CADH para millones de personas". Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111.

27. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, nota 12, párr. 194. Como ejemplo de lo señalado, podemos mencionar que para rescatar la memoria de la víctima de un caso ordenó que se destine la cantidad de 40.000 dólares a un fondo que lleve su nombre, para que la comunidad en la que ejercía cierto tipo de liderazgo lo invierta en obras o servicios de interés colectivo en su beneficio, de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión, usos, costumbres y tradiciones. Cf. Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 168.

> cha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[28]

Por lo expuesto, declaró la violación del artículo 25 de la CADH en conexión con los artículos 1.1 y 2 del tratado, ya que el Estado no había adoptado en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que eran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta.[29]

A los fines de abstenerse de cumplir con sus obligaciones internacionales, los Estados no pueden invocar que les es difícil hacerlo. Por ende, si el sistema de posesión de la tierra de una comunidad es poco claro, el Estado tiene la obligación de consultar con los integrantes del pueblo sobre esta cuestión a los fines de reconocer el derecho a la propiedad colectiva.[30]

Debemos recordar que la protección del derecho a la propiedad indígena no es absoluta, por lo que el Estado podrá restringir el uso y goce de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en estas, cuando dicha restricción haya sido previamente estable-

---

28. *Ibíd.*, nota 13, párr. 149; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, nota 12, párr. 133, y *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85. En sentido similar, el Tribunal señaló que, para los miembros de una comunidad, rasgos culturales como las lenguas propias, los ritos de chamanismo y los de iniciación masculina y femenina, los saberes ancestrales chamánicos, la forma de memorar a sus muertos y la relación con el territorio, son esenciales para su cosmovisión y forma particular de existir. Por lo tanto, se producen afectaciones a su identidad cultural por la falta de su territorio propio y los recursos naturales que ahí se encuentran, lo cual es una muestra de la insuficiencia de la visión meramente "productiva" de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas. Cf. Corte IDH, nota 4, párrs. 176 y 182.

29. *Ibíd.*, nota 13, párr. 138.

30. *Ibíd.*, nota 10, párrs. 101 y 102.

cida por ley, sea necesaria y proporcional, tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y no implique una denegación de su subsistencia como pueblo.[31]

En "Lhaka Honhat" la Corte IDH estableció la responsabilidad del Estado argentino por la violación de los derechos de 132 comunidades indígenas que habitan en el Departamento Rivadavia, provincia de Salta, por no haber garantizado el acceso a las tierras y evitado las interferencias arbitrarias en sus territorios. Además, declaró la violación de, entre otros, el derecho al medio ambiente y a la alimentación adecuada -que son analizados en los capítulos 12 y 10 de este Manual, respectivamente-.

Si bien la provincia había reconocido formal y legalmente el derecho a la propiedad indígena, este carecía de seguridad jurídica, en parte porque las comunidades no contaban con un título jurídico oponible ante las autoridades o terceros. Por ello, la Corte IDH sostuvo que en la Argentina no existe una normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, lo que significó que no cuentan con una tutela efectiva.[32]

Pese a que admitió la complejidad del caso y las dificultades que tuvo el Estado para concretar las acciones necesarias para garantizar adecuadamente el derecho de propiedad, el Tribunal destacó que el proceso para concretar la propiedad comunitaria no había concluido pese al transcurso de más de veintiocho años desde los primeros reclamos. El territorio no había sido titu-

31. *Ibíd.*, nota 10, párrs. 127 y 128. Para garantizar que las restricciones impuestas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro del territorio de un pueblo indígena no implique una denegación de su subsistencia como pueblo, el Estado debe cumplir con las siguientes garantías: a) asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio; b) garantizar que se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y c) garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. *Ibíd.*, nota 10, párr. 129.

32. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrs. 114 y 160-168.

lado de forma adecuada, de modo de brindar seguridad jurídica, no se había demarcado y subsistía la permanencia de terceros.[33]

Adicionalmente, hizo referencia al incumplimiento del deber de realizar el proceso de consulta y participación de las comunidades previo a la construcción de un puente internacional en parte de sus territorios.[34]

Al determinar las reparaciones, la Corte IDH fijó un plazo que tuviera en cuenta la obligación del Estado de restituir a las víctimas en el goce de sus derechos, pero que resultara apto para que ello fuera materialmente factible.[35] Por ende, entre otras medidas, ordenó al Estado que, con la mayor celeridad posible y en un plazo máximo de seis años, concluyera las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un único título que reconozca la propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio, sin perjuicio de los acuerdos de las comunidades sobre el uso del territorio común; removiera del territorio indígena los alambrados y el ganado de pobladores criollos y concretara el traslado de la población criolla fuera de ese territorio, debiendo promover que ello sea voluntario, evitando desalojos compulsivos durante los primeros tres años y, en cualquier caso, procurando el efectivo resguardo de los derechos de la población criolla, lo que implica posibilitar el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial.[36]

Asimismo, ordenó que el Estado se abstenga de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas y la realización de consultas adecuadas, libres e informadas.[37]

Con relación al derecho a la personalidad jurídica ‑artículo 3 de la CADH‑, la Corte IDH sostuvo que "el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y

33. *Ibíd.*, nota 32, párrs. 148-150.

34. *Ibíd.*, nota 32, párrs. 120 y 121. Al respecto, ver Vismara, J. P. (2012). Pueblos indígenas y derechos colectivos. Una mirada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En S. A. Rey y M. E. Filardi (coords.), *Derechos humanos. Reflexiones desde el Sur* (pp. 267-269). Buenos Aires: Infojus.

35. *Ibíd.*, nota 32, párr. 324.

36. *Ibíd.*, nota 32, párrs. 327-330.

37. *Ibíd.*, nota 32, párrs. 328-369.

discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho".[38]

En "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", dieciocho de las diecinueve víctimas fallecidas no contaban con registros de su nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad. Ello se debía a que los miembros de la Comunidad vivían en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tenían serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad.

Dado que los miembros de la Comunidad permanecieron en un limbo legal -si bien habían nacido y muerto en Paraguay, su existencia misma e identidad nunca había estado jurídicamente reconocida-, concluyó que no se les había garantizado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

De modo similar, en otros casos ordenó que el Estado garantice, en la medida de lo posible, que las víctimas -miembros de un pueblo indígena- no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia y asegurar que puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin.[39]

Por último, reconoció que, al momento de garantizar la accesibilidad y sostenibilidad de la educación básica gratuita en el seno de comunidades indígenas, los Estados deben propiciar dicho derecho con una perspectiva etnoeducativa, lo cual "implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada".[40]

38. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, nota 25, párr. 189.

39. Cf. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 100, y *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 201.

40. Corte IDH, nota 4, párr. 211.

2. Derechos de las personas afrodescendientes

Luego de la conquista, entre 12 y 20 millones de esclavos arribaron al continente americano como mano de obra y sus descendientes, que en la actualidad representan alrededor del 30% de la población en la región, tienen una fuerte presencia en el Caribe, Brasil y Perú.

En la Argentina la presencia de esclavos africanos y sus descendientes ha sido menor y muchos han muerto por la epidemia de fiebre amarilla, las guerras de la independencia y, en particular, la guerra del Paraguay. A ello debe añadirse la explotación e insalubres condiciones de vida que padecieron y la invisibilización a la que fueron sometidos durante los siglos XIX y XX.

En virtud de ello, suele escucharse que "aquí no hay negros" y se cree que poco o nada habrían influido en nuestra identidad como nación. Sin embargo, "tal como lo constata una documentación nada despreciable y múltiples signos físicos y culturales, llegaron a nuestro país en mayor número de los que se piensa y participaron activamente en los diversos ámbitos de la vida, a lo largo de nuestra historia, de un modo más significativo de lo que se percibe o quiere reconocerse".[41]

En este marco debe leerse la sanción de la Ley N° 26.852, que instituyó el día 8 de noviembre como el "Día Nacional de los/as afroargentinos/as y de la cultura afro", en conmemoración de María Remedios del Valle, a quien el general Manuel Belgrano le confirió el grado de Capitana por su arrojo y valor en el campo de batalla. Asimismo, se encomendó a distintos organismos estatales para que, a través de políticas públicas, visibilicen y apoyen a la cultura afro en sus distintas disciplinas.

En el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2011),[42] la

41. Picotti, D. V. (1998). *La presencia africana en nuestra identidad.* Buenos Aires: Ediciones del Sol, p. 13.

42. Allí se reconoce que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, así como el colonialismo, fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad y una

Proclamación del Decenio de los Afrodescendientes -entre 2015 y 2024-,[43] el Programa del Decenio Internacional de los Afrodescendientes y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005[44] son los principales compromisos asumidos por los Estados sobre la materia.

A nivel regional contamos con la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.[45]

Esta última tiene en especial consideración que las personas afrodescendientes han sido víctimas del racismo, la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia. En su artículo 5 dispone que los Estados se comprometen a adoptar políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas.

A nivel jurisprudencial, la Corte IDH se pronunció sobre la desposesión ilegal del territorio de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica en Colombia, que habían sido desplazadas y víctimas de los saqueos y destrucción de sus caseríos.

---

de las principales fuentes y manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Además, que los africanos y afrodescendientes, los asiáticos y las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias. Por último, se destaca el valor y la diversidad del patrimonio cultural de los africanos y los afrodescendientes y se considera esencial que todos los países de la región de las Américas y todas las demás zonas de la diáspora africana reconozcan la existencia de su población de origen africano y las contribuciones culturales, económicas, políticas y científicas que ha hecho esa población.

43. AG, Resolución 237 (LXVIII). Proclamación del Decenio Internacional de los Afrodescendientes, 72ª sesión plenaria, 23 de diciembre de 2013.

44. La República Argentina la aprobó en el año 2007 mediante la sanción de la Ley Nº 26.305.

45. Fueron firmadas por la Argentina en junio de 2013. El antecedente de dicha Convención fue la "Declaración de Santiago" adoptada por la Conferencia Regional de las Américas, en la que se consideró esencial que todos los países de las Américas reconocieran la existencia de la población afrodescendiente y su contribución cultural, económica, política y científica, así como la persistencia del racismo y la discriminación racial que la afectan.

Para el Tribunal, la destrucción de los hogares de los pobladores, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en las comunidades una pérdida de sus condiciones básicas de existencia, lo cual hizo que la violación al derecho a la propiedad en este caso fuera de especial gravedad.[46]

Al igual que con los pueblos indígenas, el Tribunal entendió que se había violado el derecho a la propiedad colectiva de los miembros del Consejo de las Comunidades de la Cuenca del Cacarica, ya que se realizaron actividades de aprovechamiento forestal que desconocían la "ley de negritudes" y su decreto reglamentario, que regulan la participación de las comunidades en el diseño, coordinación y ejecución de los planes programas y proyectos de desarrollo económico en sus territorios, así como los roles de las autoridades negras en la administración y manejo de sus territorios.[47]

Además, el desplazamiento de las comunidades las alejó de sus territorios ancestrales e impactó en la falta de acceso a educación y salud, el hacinamiento y la falta de alimentación adecuada.[48]

En el año 2011 la CIDH aprobó un informe temático para contribuir

> a la apropiación de los derechos humanos por parte de las personas afrodescendientes en las Américas, a su fortalecimiento, entregarles una herramienta de empoderamiento; [y] reconoc[er] su visibilización frente a terceros, sensibilizando así a otras y otros sobre su existencia vivencial y su contribución al desarrollo de sus propios Estados.[49]

46. Cf. Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 352.

47. *Ibíd.*, nota 46, párr. 355. El Tribunal agregó que el Estado no garantizó un recurso efectivo que remediara la ilegalidad de las explotaciones madereras en los territorios colectivos de las comunidades, ni garantizó que las decisiones de tribunales internos que tutelaron el derecho a la propiedad colectiva fueran cumplidas a cabalidad, lo cual generó la violación del artículo 25.2.a y 25.2.c de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma. *Ibíd.*, nota 46, párr. 410.

48. *Ibíd.*, nota 46, párr. 330.

49. CIDH (2011). *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, OEA Ser.L/V/II. Doc. 62, párr. 5.

Entre otras cosas, allí consideró fundamental "que los Estados reconozcan la situación de múltiple discriminación que padecen las mujeres afrodescendientes, en función de su sexo y de su raza"[50] y manifestó su preocupación por el hecho de que "el establecimiento de perfiles raciales como mecanismo selectivo y discrecional de detención e investigación de personas continúa siendo una práctica extendida en la región, que afecta directamente a la población afrodescendiente".[51]

Sobre este último punto, la CIDH ha sostenido que "la población [afrodescendiente] era más susceptible de ser sospechosa, perseguida, procesada y condenada, en comparación con el resto de la población"[52] y que "[d]onde haya sospechas de que las actitudes raciales indujeron a un acto violento, es particularmente importante que una investigación oficial sea llevada a cabo con vigor e imparcialidad, en consideración de la necesidad de reafirmar continuamente la condena de la sociedad al racismo y de mantener la confianza de las minorías en la capacidad de las autoridades para protegerlas de la amenaza de la violencia racial".[53]

Del mismo modo, el TEDH sostuvo que cuando se investigan incidentes violentos y, en particular, muertes por manos de agentes del Estado, las autoridades del Estado tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivo racista y establecer si algún odio o prejuicio étnico pudo haber entrado a jugar un rol en los eventos.[54]

Por su parte, la Corte IDH en "Acosta Martínez y Familia" consideró probado que al momento de detener a la víctima -un afrodescendiente de nacionalidad uruguaya- los agentes de policía actuaron movidos más por un perfil racial que por una verdadera sospecha de comisión de un ilícito.[55] Toda

50. *Ibíd.*, nota 49, párr. 75.

51. *Ibíd.*, nota 49, párr. 161.

52. CIDH, Informe No. 36/09, Caso 12.440, *Wallace de Almeida*, Brasil, 20 de marzo de 2009, párr. 61.

53. *Ibíd.*, nota 52, párr. 139.

54. Cf. TEDH, *Case of Thlimmenos v. Greece*, Application N° 34369/97, Court (Grand Chamber), 6 April 2000, Reports 2000-IV, párr. 44.

55. Cf. Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 93.

vez que la detención fue realizada por razones discriminatorias devino, por consiguiente, arbitraria.

Como medidas de reparación, el Tribunal ordenó que el Estado continúe las investigaciones necesarias para determinar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de los hechos sucedidos al Sr. Acosta Martínez, tomando en especial consideración el contexto de violencia policial por racismo y discriminación; incluya en el curso de formación regular de la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina 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; e implemente un mecanismo que registre las denuncias de las personas que aleguen haber sido detenidas de manera arbitraria, con base en perfiles raciales, debiendo discriminar los casos de detenciones llevadas a cabo contra personas afrodescendientes.[56]

Para concluir, debemos mencionar que la CIDH ha elaborado en el año 2018 un informe en el cual analizó la discriminación estructural que padece la población afrodescendiente en los Estados Unidos, en particular, en materia de violencia policial y acceso a la justicia. Allí destacó que

> el racismo en cada etapa del proceso de justicia penal tiende a crear un círculo vicioso, donde las desigualdades en el control policial, los arrestos y la detención preventiva generan disparidades en las acusaciones y condenas, y eventualmente en las tasas de encarcelamiento y re-encarcelamiento. A la luz de este preocupante panorama, la Comisión subraya la obligación del Estado de abordar esta cuestión estructural de manera integral, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de no discriminación, debido proceso y garantías judiciales y hace un llamado a que se lleven a cabo acciones integrales para abordar estos problemas.[57]

56. *Ibíd*., nota 55, párrs. 110-143. En igual sentido, ver Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 318.

57. CIDH (2018). *Afrodescendientes, violencia policial, y derechos humanos en los Estados Unidos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 156/18, 26 de noviembre de 2018, párr. 130.

Asimismo, señaló el amplio contexto social de crecientes expresiones de odio e intolerancia contra los afroamericanos, así como contra otros grupos históricamente marginados, como los musulmanes, inmigrantes y judíos.[58]

Vale la pena destacar que, con anterioridad, la CIDH ya había manifestado en un caso contra dicho Estado que en el marco de un proceso penal había existido una cierta "predisposición racial" entre algunos de los miembros de un jurado.[59]

En otro informe, agregó que estudios elaborados por el propio Estado demostraban que la raza de las personas imputadas y de las víctimas de delitos tienen una innegable influencia en los patrones seguidos en los procesos y las condenas aplicadas.[60]

58. *Ibíd.*, nota 57, párr. 150.

59. CIDH, Informe No. 57/96, Caso 11.139, *William Andrews*, Estados Unidos, 6 de diciembre de 1996, párr. 165.

60. Cf. CIDH, Informe No. 78/15, Caso 12.831, *Kevin Cooper*, Estados Unidos, 28 de octubre de 2015, párrs. 140-142. Allí se hace referencia a un estudio realizado en el año 1981, en el cual se explicaban las disparidades raciales en las acusaciones, juzgamientos y aplicación de la pena de muerte desde la década de 1970. En el 82% de los casos analizados, la raza de la víctima influyó en la posibilidad de que la persona imputada fuera acusada o condenada a la pena de muerte.

Capítulo 21

Derecho a la vida

Laura Iseas y Sebastián A. Rey

Si los graves crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y, en particular, el Holocausto fueron las principales razones para el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podemos inferir que el derecho a la vida tiene un valor trascendental para la comunidad internacional.

En efecto, la Corte IDH ha afirmado que

> es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para disfrutar del resto de los derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido a ese carácter, en el marco del [SIDH] son inadmisibles los enfoques restrictivos sobre ese derecho.[1]

La CSJN incluso ha sostenido que "es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional".[2] También ha dicho que la persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.[3]

El Tribunal Internacional ha destacado que, de conformidad con el artículo 27.2 de la CADH, este derecho forma parte del núcleo de derechos inde-

1. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 124.

2. CSJN, "Saguir y Dib", *Fallos* 302:1284, y "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", *Fallos* 310:112.

3. Cf. CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", *Fallos* 316:479.

rogables, pues no puede ser suspendido en caso de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.[4]

La CIDH, por su parte, ha llegado a afirmar que el derecho a la vida posee estatus de norma de *ius cogens*.[5]

A nivel normativo, el derecho a la vida se encuentra reconocido detalladamente en el artículo 3 de la DUDH, así como en el artículo 6 del PIDCP y en el artículo 6 de la CDN, entre otros tratados universales.

En el ámbito americano se encuentra garantizado en el artículo 1 de la DADH y en el artículo 4.1 de la CADH.

Por último, a nivel nacional se ha considerado al derecho a la vida como uno de aquellos implícitos o no enumerados, consagrados por el artículo 33 de la CN.[6]

Por una cuestión de espacio, en el presente capítulo haremos referencia a tres cuestiones fundamentales que se relacionan con el derecho a la vida: la aplicación de la pena de muerte, la eutanasia y la muerte digna.

1. La pena de muerte

No existe una justificación de la aplicación de la pena de muerte por la comisión de delitos que sea sólida. Por el contrario, son muchas las críticas que esta sanción genera. Entre las más relevantes, debemos mencionar que se banaliza la muerte de una persona, al volverla un espectáculo, que se estigmatiza a las familias de la persona ejecutada, que no existe pruebas de que esta sanción prevenga la comisión de nuevos delitos y que durante el tiempo que transcurre entre la condena y la ejecución de una persona -que se prolonga

4. Cf. 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. 63.

5. Cf. CIDH, Informe No. 47/96, Caso 11.436, *Víctimas del Barco Remolcador "13 de marzo"*, Cuba, 16 de octubre de 1996, párr. 79.

6. Cf. Bidart Campos, G. J. (2002). Los derechos "no enumerados" en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional. *El Dial, Derecho y Sociedad*, 256-261.

por la interposición de recursos-, esta evidencia un profundo sufrimiento psicológico que constituye, al menos, un trato cruel e inhumano.

Tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano, la pena de muerte no se encuentra expresamente prohibida, pero ambos establecen algunas restricciones y tienden hacia su abolición.

En los ya citados artículos 6, incisos 2 y 5 del PIDCP, y 4, incisos 2 y 5, de la CADH se establece que en los países en que no se haya abolido la pena capital solo podrá imponerse por los más graves delitos y no podrá ser aplicada a personas que eran menores de edad al momento de la comisión del delito ni a mujeres en estado de gravidez.[7] A su vez, se dispone que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena.

La CADH expresamente indica que no se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente y no se restablecerá en los Estados que la han abolido. Asimismo, no se puede aplicar por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos, ni a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren más de setenta años.

En el año 1990 se adoptó el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, mediante el cual los Estados Partes se comprometieron a no aplicar en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción. Dicho instrumento no permite reservas, y consagra una excepción para delitos sumamente graves de carácter militar en tiempo de guerra de conformidad con el Derecho Internacional.[8]

---

7. La CIDH ha señalado que las personas con discapacidad mental, ya sea al momento de cometer el delito, durante el juicio o al momento de la ejecución, no pueden ser condenadas a la pena de muerte. Igualmente, advirtió que esta prohibición es difícil de aplicar consistentemente en la práctica, puesto que existe un enorme grado de subjetividad involucrado cuando se abordan conceptos tales como la insania, las capacidades mentales y cualquier tipo de desorden mental. Cf. CIDH, Informe No. 52/13, Casos 11.575, 12.333 y 12.341, *Clarence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y James Wilson Chambers*, Estados Unidos, 15 de julio de 2013, párrs. 93 y 213.

8. La Argentina lo aprobó mediante la Ley N° 26.379 y lo ratificó el 18 de junio de 2008.

En nuestro país, el artículo 18 de la CN dispone la abolición de la pena de muerte por causas políticas. Si bien en materia de delitos ordinarios la pena de muerte fue abolida en el año 1984 –Ley N° 23.077–, en el año 2008 mediante la sanción de la Ley N° 26.394 se derogó el Código de Justicia Militar, que permitía su aplicación.

En función del rol fundamental que la Corte IDH le asigna al derecho a la vida, ha considerado que tiene una obligación más rigurosa de verificar que toda conducta vinculada a la aplicación de la pena de muerte cumpla estrictamente los requisitos de los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos aplicables –"test de escrutinio riguroso"–.[9]

Ya desde su Opinión Consultiva OC-3/83, el Tribunal regional estableció que

> en esta materia la C[ADH] expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final.[10]

Para la Corte IDH,

> no se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación.[11]

En ese sentido, destacó que con el mismo carácter restrictivo deben ser interpretadas las reservas efectuadas al artículo 4 de la CADH en lo que respecta a la pena de muerte,[12] así como los diferentes incisos a dicha norma, teniendo

9. Cf. Corte IDH. *Caso Dial y otro Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 21 de noviembre de 2022. Serie C No. 476, párr. 34.

10. Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 57.

11. *Ibíd*., nota 9, párr. 56.

12. *Ibíd*., nota 9, párrs. 63-75.

en cuenta el "principio *pro persona*, es decir, a favor del individuo, en el sentido de limitar definitivamente su aplicación y ámbito".[13]

La Corte IDH también se ha referido a la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno en la materia –artículo 2 de la CADH–. En "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros" estimó que

> aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la Ley de Delitos contra la Persona es *per se* violatoria de esa disposición convencional.[14]

Allí también tuvo la oportunidad de expedirse respecto de la aplicación de la pena de muerte a personas protegidas por medidas provisionales dictadas en virtud del artículo 63.2 de la CADH. En función de que el Estado había ejecutado a la víctima, pese a estar amparada por una medida provisional en la que se ordenaba la suspensión de la ejecución hasta que el caso fuera resuelto por el Tribunal, concluyó que Trinidad y Tobago era responsable por un grave incumplimiento del artículo 4 de la CADH.[15]

Asimismo, entendió que la legislación que impone la pena de muerte como sanción obligatoria para algunos delitos es contraria a la CADH.

El Tribunal destacó que

> la [Ley de Delitos contra la Persona] impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la C[ADH], es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención.
> […]

13. Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 52.

14. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 116.

15. *Ibíd*., nota 14, párr. 200.

> al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte.[16]

La Corte IDH ha reiterado este criterio, entre otros, en "Dacosta Cadogan", "Girón y otro" y "Bissoon y otro".[17]

Por otra parte, ha considerado que el derecho de gracia forma parte del *corpus juris* internacional, en particular de la CADH y del PIDCP.[18]

Al interpretar el artículo 4.6 en conjunto con los artículos 8 y 1.1 de la CADH los Estados tienen

> la obligación de garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia".[19]

Por ende, "la falta de legislación nacional que haga efectivo el derecho a solicitar indulto, amnistía o conmutación de la pena, en los términos del artículo 4.6 de la Convención Americana, constituye un incumplimiento del artículo 2 de la misma".[20]

---

16. *Ibíd*., nota 14, párrs. 103 y 105.

17. Cf. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204; *Caso Girón y otro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390, y *Caso Bissoon y otro Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de noviembre de 2022. Serie C No. 472.

18. Cf. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala,* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 109.

19. *Ibíd*., nota 18, párr. 188.

20. Corte IDH. *Caso Raxcaco Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 89.

A su vez, "siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida".[21]

Para concluir, cabe señalar que, al desarrollar las garantías judiciales en distintos casos relativos a la aplicación de la pena de muerte, la Corte IDH ha analizado la posible violación al principio de legalidad cuando se acude al concepto de "peligrosidad" en la tipificación de los delitos o en la graduación de la pena, considerando que este concepto resulta incompatible con el artículo 9 de la CADH, ya que "implica la valoración por parte del juzgador de hechos que no han ocurrido y, por lo tanto, supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme la tipificación penal aplicable".[22]

En cuanto al Sistema Europeo podemos afirmar que fue de suma importancia la entrada en vigor del Protocolo Adicional N° 13 en el año 2002, que prohibió expresamente la pena de muerte en cualquier circunstancia.[23]

En "Al-Saadoon y Mufdhi" el TEDH da cuenta de la evolución producida en el continente hacia la abolición completa *de facto* y *de jure* de la pena de muerte.[24]

---

21. 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. 136.

22. *Ibíd.*, nota 18, párr. 92; *Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376, párr. 70; *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párrs. 154-155, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387, párr. 64.

23. Recordemos que el CEDH no prohibía la pena de muerte en la medida en que estuviera establecida en la legislación interna. Por su parte, el Protocolo Adicional N° 6 había establecido la prohibición, pero manteniendo como excepción su habilitación en tiempos o peligro inminente de guerra. Con excepción de tres Estados, todos los demás Miembros han ratificado el Protocolo Nº 13.

24. Cf. TEDH, *Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, Application Nº 61498/08, Court (Fourth Section), 2 March 2010, Reports 2010-II, párr. 120.

Por último, el Comité DH ha destacado que el artículo 6, párrafo 6 del PIDCP

> reafirma la posición de que los Estados Partes que todavía no son completamente abolicionistas deberían avanzar decididamente, en el futuro próximo, hacia la abolición total de la pena de muerte de hecho y de derecho. La pena de muerte no puede conciliarse con el pleno respeto del derecho a la vida y la abolición de la pena de muerte es deseable y necesaria para elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos. Es incompatible con el objeto y el propósito del artículo 6 que los Estados Partes actúen para aumentar de hecho el número de casos y la medida en que se recurre a la pena capital, y reduzcan el número de indultos y conmutaciones que otorgan.[25]

En diferentes casos contra Trinidad y Tobago ha declarado la violación del artículo 10.1 del PIDCP por las condiciones de detención de personas que se encontraban en el corredor de la muerte.[26]

2. La eutanasia y la muerte asistida. El derecho a una muerte digna

La eutanasia es la acción con la cual se pone fin, intencional, anticipadamente y en forma directa, a la vida de una persona próxima a la muerte y que así lo solicita, para lograr de este modo dar término a sus padecimientos y dolores. Quien escoge la eutanasia no escoge entre la vida y la muerte, sino entre dos maneras de morir.[27] Por su parte, la muerte digna hace referencia a retirar el soporte que mantiene con vida a una persona enferma terminal

25. Comité DH, Observación General N° 36. *Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*, 124º período de sesiones (2019), párr. 54.

26. Cf. Comité DH, *Evans v. Trinidad and Tobago*, Communication N° 908/2000, 21 March 2003, CCPR/C/77/D/908/2000, párr. 6.4; *Glenroy Francis and others v. Trinidad and Tobago*, Communication N° 899/2000, 14 May 1997, CCPR/C/75/D/899/1999, párr. 5.6, y *Kenneth Teesdale v. Trinidad and Tobago*, Communication N° 677/1996, 15 April 2003, CCPR/C/74/D/677/1996, párr. 9.1.

27. Cf. Broggi, M. A. (2013). *Por una muerte apropiada.* Barcelona: Anagrama.

con su consentimiento o el de su familia, previa transmisión de su voluntad, siempre que ningún tratamiento médico mejore su situación.

En nuestro país la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, estableció los derechos del paciente en su relación con los/as profesionales e instituciones de la salud. La mencionada norma no tiene por objeto autorizar las prácticas eutanásicas, que se encuentran expresamente vedadas en el artículo 11, sino contemplar situaciones específicas de "abstención" terapéutica ante la solicitud del paciente. Por ello, establece una serie de derechos, entre los que se encuentra la asistencia, el trato digno y respetuoso, la intimidad, la confidencialidad, la información sanitaria y la interconsulta médica. Sin duda el derecho a la autonomía de la voluntad es el que se encuentra desarrollado con mayor protagonismo debido a su incumbencia en la materia.

Así, el artículo 2, inciso e establece que

> el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Con respecto a quien presente una enfermedad irreversible, incurable o que se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo/a coloque en igual situación, se agrega que

> informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

La ley, en sintonía con el artículo 55 del CCyCN, define en su artículo 5 al consentimiento informado como

> la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a distintos supuestos y en particular cuando refiere al derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.

Dicho consentimiento resulta obligatorio y en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley N° 24.193,[28] con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de ello, el artículo 6 señala que deberá garantizarse que el/la paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

En el caso de rechazos a los procedimientos establecidos en el artículo 5, inciso g –procedimientos quirúrgicos, hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado; o procedimientos de hidratación y alimentación cuando produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable–, el consentimiento

28. Esta norma establece un orden de personas para que, siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales y se hubiera producido la muerte natural de un familiar que no hubiera realizado una manifestación expresa, manifiesten la última voluntad del o la causante respecto de la ablación de sus órganos.

será escrito y deberá dejarse constancia en un acta que deberá ser firmada por quienes intervienen en el acto.

La decisión de consentir o rechazar los tratamientos indicados puede ser revocada y el/la profesional actuante debe acatarla y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente la manifestación de voluntad y que fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica –cf. artículo 10–.

El artículo 11 de la norma también prevé la posibilidad de que toda persona capaz mayor de edad pueda disponer directivas anticipadas sobre su salud

> pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.[29]

Finalmente, dispone que ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa, derivadas de su cumplimiento.

La CSJN en "D., M. A." se expidió sobre el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos. El actor solicitó la supresión de su hidratación y la alimentación, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantenían con vida en forma artificial –en particular, el retiro de medidas de soporte vital– en los términos de la Ley N° 26.529.

29. Para la Corte IDH, "las personas que padecen un deterioro importante de su capacidad intrínseca, con esperanza de vida limitada, tienen derecho a cuidados paliativos dirigidos a mejorar su calidad de vida hasta el final". Corte IDH. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 377.

El Tribunal analizó si, pese a que se encontraba en estado vegetativo persistente e irreversible, resultaba posible conocer cuál era la voluntad de M. A. D. respecto de esta cuestión. Al respecto, expresó que

> la decisión respecto de la continuidad del tratamiento no puede ni debe responder a meros sentimientos de compasión hacia el enfermo, ni al juicio que la persona designada por la ley se forme sobre la calidad de vida del paciente, aunque esta sea parte de su círculo familiar íntimo. Tampoco puede basarse en criterios utilitaristas que desatiendan que toda persona es un fin en sí mismo. Lo que la manifestación de la persona designada por ley debe reflejar es la voluntad de quien se encuentra privado de consciencia y su modo personal de concebir para sí, antes de caer en este estado de inconsciencia permanente e irreversible, su personal e intransferible idea de dignidad humana.[30]

El Tribunal concluyó que la petición efectuada por las hermanas del actor se enmarcaba en los supuestos previstos en la ley, al ser efectuada por las familiares legitimadas, sin que los testimonios por ellas brindados fueran contrarrestados.

Con la finalidad de ser tenido en cuenta en casos futuros resaltó que "el legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas ya referidas quede supeditado a una autorización judicial previa".[31]

Por último, respecto del derecho a la objeción de conciencia que les asiste a los/as profesionales de la salud, consideró que debe ser 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 cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los/as pacientes que se encuentren en la situación contemplada en la Ley N° 26.529.[32]

Pese a que no se encuentra explícitamente regulado ni en el Sistema Universal ni en el regional de protección de derechos humanos, se ha sostenido que la eutanasia y el derecho a una muerte digna pueden derivarse del dere-

30. CSJN, "D., M. A. s/declaración de incapacidad", *Fallos* 338:556, considerando 24.

31. *Ibíd*., nota 29, considerando 31.

32. *Ibíd*., nota 29, considerando 33.

cho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha expresado sobre el tema en distintas recomendaciones efectuadas a España. Al analizar la actuación de dicho Estado en torno al cumplimiento del derecho a la vida, expresó que

> la sustitución en la adopción de decisiones en lo que atañe a la terminación o el retiro de medios de sustentación de la vida es incompatible con ese derecho. El Comité solicita al Estado Parte que vele por que se obtenga el consentimiento, otorgado con conocimiento de causa, de todas las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico, especialmente la retirada del tratamiento, de la nutrición o de otros medios de sustentación de la vida.[33]

Posteriormente recomendó al Estado que "vele por que no existan disposiciones que permitan la eutanasia por motivos de discapacidad, ya que contribuyen a la estigmatización de la discapacidad, lo cual puede propiciar la discriminación".[34]

Hasta el momento el SIDH no ha resuelto ningún caso sobre la temática aquí analizada. Un estudio comparativo realizado en 2012 entre 42 países de la Unión Europea evidenció que 36 tenían prohibida la eutanasia y suicidio asistido y solamente 4 preveían la posibilidad de que el/la médico/a prescribiera drogas letales sujeto a salvaguardas específicas (Suiza, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo). Con posterioridad, la muerte voluntaria (sea en su forma de eutanasia o de suicidio asistido) ha sido contemplada en España, Países Bajos, Luxemburgo, Suiza, Alemania, Italia, Austria, Estonia, Finlandia y Bélgica.[35]

33. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales respecto de España,* CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrs. 29 y 30.

34. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales respecto de España,* CRPD/C/ESP/CO/2-3, 13 de mayo de 2019, párr. 7.

35. Cf. TEDH, *Case of Koch v. Germany*, Application N° 497/09, Court (Fifth Section), 19 July 2012, párr. 26.

El Sistema Europeo cuenta con varios fallos sobre la cuestión. En "Koch" el TEDH advirtió que, en una era caracterizada por los avances y la sofisticación de la ciencia médica, combinado con un aumento de la expectativa de vida, muchas personas piensan que no deben ser forzadas a persistir en una alta edad o en estados de deterioro físico o mental; lo cual choca con sus ideas profundas de autodeterminación e identidad personal. A su vez, sostuvo que impedir por ley el ejercicio de la elección de evitar un penoso e indigno fin a la vida constituye una violación al derecho al respeto de su vida privada.[36]

Por su parte, en "Pretty" una mujer que padecía una enfermedad neurodegenerativa incurable en estado avanzado solicitó poner fin a su vida con la ayuda de su marido, ya que la enfermedad le impedía hacerlo por su cuenta, requiriendo además el compromiso de que este no sería enjuiciado.

Para ello invocó el derecho a la vida –artículo 2 del CEDH– y alegó que correspondía a cada persona decidir si desea o no vivir y que, como corolario del derecho a la vida, debería garantizarse igualmente el derecho a morir. Como consecuencia, infirió que el Estado tenía la obligación positiva de modificar su derecho interno a fin de permitirle ejecutar dicha facultad.

El TEDH recordó que la primera frase del artículo 2, párrafo 1, obliga al Estado no sólo a abstenerse de provocar la muerte de manera intencionada y legal, sino también a tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la vida de las personas sometidas a su jurisdicción […] Esta obligación puede implicar igualmente, en determinadas circunstancias perfectamente definidas, la obligación positiva impuesta a las autoridades de adoptar operativas para proteger a las personas cuya vida se encuentra amenazada por las actuaciones criminales de un tercero.[37]

Además, resaltó que no estaba convencido de que, sin distorsión del lenguaje, el derecho a la vida pudiera interpretarse que incluyera un aspecto negativo que confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir o un derecho a la autodeterminación, en el sentido de dar a cualquier persona el derecho de dar la muerte en lugar de la vida.[38]

36. *Ibíd*., nota 34, párr. 51.

37. Cf. TEDH, *Case of Pretty v. The United Kingdom*, Application N° 2346/02, Court (Fourth Section), 29 April 2002, Reports 2002-III, párr. 29.

38. *Ibíd*., nota 36, párr. 30.

Como consecuencia, el TEDH consideró que del artículo 2 del CEDH "no es posible deducir el derecho a morir, ya sea a manos de terceros o con ayuda de una autoridad".[39]

Más cerca en el tiempo, el TEDH se ha expedido en "Mortier" sobre la compatibilidad de la ley belga de eutanasia con el CEDH, siendo la primera oportunidad en la que se pronunció respecto de las consecuencias de una eutanasia ya practicada.

El demandante alegó que el Estado belga había incumplido sus obligaciones positivas de proteger la vida de su madre en la medida en que el procedimiento previsto en la ley sobre eutanasia no se había seguido en el caso. También sostuvo que no se había llevado a cabo una investigación efectiva de los hechos que denunció.

En primer lugar, el TEDH estableció que, si bien no es posible deducir del artículo 2 del Convenio un derecho a morir, el derecho a la vida consagrado en dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe la despenalización condicional de la eutanasia *per se*.[40]

Para que la despenalización de la práctica de la eutanasia sea compatible con el CEDH, se deben cumplir tres condiciones: a) la existencia en el derecho interno y en la práctica de un marco legislativo relativo a los actos previos a la eutanasia que cumpla los requisitos del artículo 2 del Convenio; b) el cumplimiento del marco legislativo establecido en el caso en cuestión y c) la existencia de un control *a posteriori* que ofrezca todas las garantías exigidas por el artículo 2 del tratado.[41]

El TEDH consideró que los dos primeros criterios habían sido cumplidos por el Estado, puesto que la eutanasia está sujeta a las condiciones estrictamente reguladas por la ley, que prevé una serie de garantías materiales y de procedimiento: que sea realizada por un/a médico/a; a personas mayores de

39. *Ibíd*., nota 36, párr. 31. No obstante, el Tribunal entendió que la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento de una persona adulta capaz podría interferir con su derecho a la integridad física, por lo que esta puede decidir morir al rechazar un tratamiento que pueda prolongar su vida. *Ibíd*., nota 36, párr. 46.

40. Cf. TEDH, *Affaire Mortier c. Belgique*, Requête N° 78017/17, Cour (Troisième Section), 4 Octobre 2022, párr. 138.

41. *Ibíd*., nota 39, párr. 141.

edad o menor emancipado/a; que la persona se encuentre consciente al momento de la petición; que sea realizada de manera voluntaria, cuidadosa y reiterada; que no sea el resultado de una presión externa; que la persona se encuentre en una situación médica desesperada y sufra un dolor físico o psicológico constante e insoportable que no puede ser aliviado y que sea el resultado de una condición accidental o patológica grave e incurable.

Con respecto al procedimiento, la ley belga contempla la obligación del médico de consultar a otro médico independiente tanto del paciente como del médico que lo trata, que debe ser competente en la patología en cuestión y establece que debe transcurrir el plazo de un mes entre la solicitud escrita del paciente y la eutanasia, garantizando así que la solicitud es el resultado de un deseo meditado y reiterado.[42]

En cuanto al segundo criterio, el TEDH consideró que la donación efectuada por la madre del demandante a una fundación pro eutanasia en la que participaban los médicos intervinientes en la práctica no implicaba un conflicto de intereses, ni indicaban una falta de independencia por parte de estos.[43]

El Tribunal regional entendió que, cuando la muerte es consecuencia de una eutanasia realizada en virtud de una legislación que la permite, pero la somete a condiciones estrictas, no suele ser necesaria una investigación penal. No obstante, las autoridades competentes deben iniciar una investigación para esclarecer los hechos y, en su caso, identificar y sancionar a los responsables, cuando exista una denuncia o queja de un familiar de la persona fallecida que indique la existencia de circunstancias sospechosas.[44]

En el caso en análisis, el TEDH estableció la violación del artículo 2 de la CEDH en cuanto al cumplimiento del tercer requisito referente a la existencia de un control *a posteriori* que ofrezca todas las garantías exigidas, ya que el médico que práctico la eutanasia era miembro de la Comisión Federal de Supervisión y Evaluación de la Eutanasia, organismo encargado por la ley de controlar la legalidad de la práctica, y en cuanto al plazo de duración de la investigación penal realizada posteriormente.

42. *Ibíd*., nota 39, párrs. 149-152.

43. *Ibíd*., nota 39, párr. 163.

44. *Ibíd*., nota 39, párr. 179.

Para el Tribunal, dejar a la sola discreción del médico en cuestión guardar silencio cuando se evalúa una eutanasia en la que ha participado no puede considerarse suficiente para garantizar la independencia de la citada Comisión Federal. Aunque el Estado goza de autonomía al respecto, este escollo podría evitarse y salvaguardar la confidencialidad, por ejemplo, si dicha Comisión estuviera compuesta por un mayor número de miembros, lo que garantizaría que un miembro que haya practicado la eutanasia no pueda participar cuando la Comisión esté revisando una eutanasia en la que participó.[45]

Finalmente, el TEDH señaló que la ley obliga a los médicos a discutir la petición de eutanasia de un paciente con sus familiares solo cuando este sea su deseo, por lo que si ello no ocurre los médicos no pueden ponerse en contacto con los familiares, de acuerdo con su deber de confidencialidad y mantenimiento del secreto médico.[46]

El derecho a elegir el modo y el momento de poner fin a la propia vida, siempre que la persona pueda formarse libremente su propia voluntad al respecto y actuar en consecuencia, forma parte del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 del CEDH.[47]

En síntesis, para el TEDH existe un amplio margen de discrecionalidad para que cada Estado decida la forma de regular la muerte con dignidad o la muerte voluntaria, en tanto es claro que no existe consenso amplio al respecto. No obstante, cuando un Estado decida que tal conducta es ilícita, bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo, lugar y sujetos, corresponde sancionar aquellas acciones que de manera intencional o con claro desprecio a la norma conculquen la prohibición.[48]

45. *Ibíd*., nota 39, párr. 177.

46. *Ibíd*., nota 39, párr. 205.

47. *Ibíd*., nota 39, párr. 124.

48. Cf. Ciruzzi, M. S. (2024). Eutanasia y Libertad de expresión. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, año 2023, (7), en prensa.

Capítulo 22

Las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales y las desapariciones forzadas de personas

Macarena Gómez y Sebastián A. Rey

1. Las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales

La prohibición de las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales en cualquier circunstancia se encuentra reconocida en el Derecho Internacional desde mediados del siglo XX. Como ejemplos, basta mencionar el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo I de la DADH y el artículo 4 de la CADH.[1]

Como ha afirmado la Corte IDH,

> no cualquier privación de la vida será reputada como contraria a la CADH, sino solo aquella que se hubiera producido de manera arbitraria, por ejemplo, por ser producto de la utilización de la fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada.[2]

En el ámbito universal, a raíz de los fallidos esfuerzos para que la Comisión DH investigara las desapariciones forzadas ocurridas en la Argentina en la década de 1970, en 1980 se conformó un Grupo de Trabajo sobre Desaparicio-

1. Cf. CIDH, Informe No. 112/10, Petición interestatal PI-02, *Ecuador Vs. Colombia*, 21 de octubre de 2010, párr. 118.

2. 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. 261, y *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.

nes Forzadas o Involuntarias, cuyo trabajo sirvió de modelo para la designación del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias en 1982.[3]

Al momento de pronunciarse sobre las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, el ECOSOC aprobó los "Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias", en los que señaló que los gobiernos deberán prohibirlas por ley y velarán porque se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos.[4]

En todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales, se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial, cuyo objetivo será determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la/s persona/s responsable/s y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado.

Los gobiernos velarán porque sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como partícipes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, ya sea ante sus tribunales nacionales o mediante la extradición a otros países que se propongan someterlas a juicio.[5]

3. Cf. Rodley, N. S. (1986). United Nations Action Procedures against "Disappearances", Summary or Arbitrary Executions and Torture, *Human Rights Quarterly*, *8*(4), 700.

4. ECOSOC, Resolución 1989/65, Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, 24 de mayo de 1989, principio 1.

5. *Ibíd.*, nota 4, principios 9 y 18.

En el ámbito americano,[6] la CIDH se ocupó de las ejecuciones extrajudiciales con mayor asiduidad a partir de la década de 1980.[7] Como las ejecuciones extrajudiciales constituyen un delito, el Estado tiene el deber de promover e impulsar el proceso penal hasta sus últimas consecuencias y explorar todas las líneas investigativas posibles que permitieran la identificación de todos sus autores para su posterior juzgamiento y sanción.[8] Asimismo, debe abstenerse de dictar normas que eliminen, restrinjan o hagan nugatorios los derechos y libertades consagrados en la CADH o su eficacia, por lo que no pueden amnistiarlas.[9]

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que

> el artículo 8.1 de la CADH, en conexión con el artículo 25.1, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; [y] en su caso se les impongan las sanciones pertinentes.[10]

6. El TEDH ha reconocido que existe un interés público en investigar y sancionar a los autores de ejecuciones extrajudiciales muchos años después de su comisión, particularmente si ocurrieron en el contexto de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Cf. TEDH, *Case of Brecknell v. The United Kingdom*, Application N° 32457/04, Court (Fourth Section), 27 November 2007, párr. 69. Agregó que el deber de investigar estos crímenes se desprende tanto de la normativa interna como del DIH. Cf. TEDH, *Case of Georgia v. Russia (II)*, Application N° 38263/08, Court (Grand Chamber), 21 January 2021, párr. 331. En el ámbito universal, el Comité DH señaló que Angola "debe adoptar medidas prácticas para poner coto a la impunidad de las fuerzas de seguridad en los casos de ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales y de desapariciones ocurridas en su territorio, y debe adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelvan a producirse […] debe investigar y enjuiciar a los autores y, si son condenados, castigarlos. Cf. Comité DH, Observaciones finales sobre el informe inicial de Angola, CCPR/C/AGO/CO/1, 29 de abril de 2013, párr. 14.

7. Cf. CIDH (1981), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua,* OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 25, 30.

8. Cf. CIDH, Informe No. 136/99, Caso 10.488, *Ignacio Ellacuría, S.J. y otros*, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párrs. 186 y 196.

9. *Ibíd.*, nota 8, párr. 210.

10. Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia.* Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 65.

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en un caso de ejecución extrajudicial la vía penal tiene un rol principal, aunque "otros mecanismos, procedimientos o modalidades utilizadas en el derecho interno pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones".[11]

En efecto, la determinación efectiva de los hechos en un proceso penal puede "constituir tanto la explicación suficiente y satisfactoria sobre la privación de la vida de una persona, como un medio para satisfacer los derechos de acceso a la justicia y de conocer la verdad de sus familiares".[12]

Las autoridades judiciales deben intentar, como mínimo: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con los hechos; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; d) determinar la causa, forma, lugar y momento en que se produjo el ilícito, así como cualquier patrón o práctica que lo pueda haber causado; y e) en caso de fallecimientos, distinguir entre muerte natural, accidental, suicidio y homicidio.[13]

Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen y se deben realizar autopsias y análisis de los restos humanos en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.[14]

---

11. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 130. La "verdad histórica" documentada en informes especiales, o las tareas, actividades o recomendaciones generadas por comisiones especiales "no completan o sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad e investigar delitos a través de procesos judiciales". Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 135. En sentido contrario, para ver una defensa de las comisiones de la verdad, ver Maculan, E. y Pastor, D. R. (2013). *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal.* Buenos Aires: Hammurabi, pp. 135-140.

12. Corte IDH. *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 133.

13. Cf. Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 106, y *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392, párr. 104.

14. Cf. Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 235. El correcto manejo de la

Para el Tribunal regional, "[e]l cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la CADH, no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente –obligación negativa–, sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida –obligación positiva–".[15]

Los Estados deben no solo prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir y castigar las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad. Así, tienen el deber de impedir que sus agentes atenten contra el derecho a la vida, lo cual "no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas".[16]

El Tribunal consideró que cuando se alega que ocurrieron ejecuciones extrajudiciales y están o pueden estar involucrados agentes estatales, puesto que retienen el monopolio del uso de la fuerza, el deber de investigar y sancionar a los responsables "se hace más intenso".[17]

Por ello, los Estados deben llevar adelante una investigación seria, imparcial y efectiva de lo acaecido siguiendo los parámetros y lineamientos básicos sen-

---

escena del crimen es un punto de partida de la investigación y, por tanto, determinante para esclarecer la naturaleza, circunstancias y características del delito, así como los participantes en el hecho. Por ello, el Tribunal sostuvo que "su manejo debe ser mediante profesionales entrenados en la importancia de sus acciones, la preservación de la escena del crimen, las actividades a realizar en ésta, y en la recuperación y preservación de la evidencia". Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 209.

15. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 110, y *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 191.

16. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 190, y *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 66.

17. Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 177.

tados en el Protocolo de Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias ("Protocolo de Minnesota").

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extrajudiciales, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichos delitos y sus correspondientes responsabilidades.[18]

En palabras de la Corte IDH,

> [n]o basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectual y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación.[19]

La investigación efectiva de la privación del derecho a la vida en casos de ejecuciones extrajudiciales, así como el castigo de todos y no solo algunos de sus responsables,[20] es indispensable con el objetivo de no crear "dentro de un

18. Cf. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de marzo de 2005. Serie C No. 122, párr. 219, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 454.

19. *Ibíd.*, nota 11, párr. 119; *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, párr. 222, y *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 94.

20. Cf. Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 143 y 148. En este sentido, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias y maximizar sus esfuerzos para lograr ubicar a los imputados que se encuentren prófugos en los procesos penales abiertos, con el objeto de ponerlos a disposición de la justicia –Cf. Corte IDH. *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sen-

ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida".[21] A los fines de cumplir con esta obligación, los Estados deben "remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que mantienen la impunidad".[22]

Con relación a las penas a aplicar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal consideró que los Estados deben observar el principio de proporcionalidad de la pena,[23] destacando que "[a]l momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente".[24]

En igual sentido, agregó que

> la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir

---

tencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338, párr. 193–, puesto que la diligencia debida en la investigación no se agota con el dictado de las medidas que se estimen necesarias, sino que requiere de actos dirigidos a su concreción. Cf. Corte IDH. *Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018. Serie C No. 356, párr. 90.

21. Corte IDH. *Caso Mirna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 156. Para la Corte IDH, la impunidad de un caso donde pudiese haberse configurado una violación al derecho a la vida no puede llevarla a presumir que dicha violación ocurrió y a condenar automáticamente al Estado por el incumplimiento del deber de respeto, pero la omisión de realizar una investigación independiente e imparcial de los hechos del caso constituye, en sí misma, una violación a la obligación de garantizar el derecho a la vida. Cf. Corte IDH. *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párrs. 132 y 135.

22. *Ibíd.*, nota 21, párr. 277, y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 205 y 207.

23. Cf. Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 193, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 108.

24. *Ibíd.*, nota 23, párr. 196.

> la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado.[25]

Ello obedece a que "la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas",[26] puesto que "existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos".[27]

Finalmente, queremos destacar que la Corte IDH señaló que las ejecuciones extrajudiciales impulsadas o toleradas por el Estado "son contrarias al *ius cogens*".[28]

2. Las desapariciones forzadas de personas. El derecho a la personalidad jurídica

La desaparición forzada de personas comenzó a utilizarse como una herramienta sistemática de intimidación a partir de fines de la década de 1960, con las experiencias en Guatemala, Argelia e Indochina. La Corte IDH destacó que, si bien en la historia de la violación de los derechos humanos no era una novedad, "su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no solo la desaparición misma, momentánea o

25. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 203.

26. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 459.

27. *Ibíd.*, nota 11, párr. 150.

28. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128, y *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 65.

permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor ha sido relativamente reciente".[29]

En la historia reciente latinoamericana la práctica de desapariciones implicó, con frecuencia, la ejecución de las personas detenidas en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida.[30]

Resulta imprescindible comprender que las desapariciones forzadas no ocurren solamente durante gobiernos totalitarios o dictaduras, sino que también ocurren en democracia.

En efecto, la Argentina ha sido condenada en el SIDH por la desaparición forzada de dos personas ocurrida en 1990 en la provincia de Mendoza.[31] Más cerca en el tiempo, merece destacarse el caso de la desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura en la provincia de Chubut.[32]

El litigio ante el SIDH, así como el incansable trabajo de los organismos de derechos humanos, en gran medida motivaron que la Argentina ratificara los dos tratados sobre la materia y sancionara la Ley N° 26.679, que incorporó en el CPNA el artículo 142 *ter*, que tipifica el delito de desaparición forzada.

Una de las características de la desaparición forzada, que la diferencia de la ejecución extrajudicial, es que hay una negativa del Estado por reconocer que la víctima está bajo su control o de brindar información, con el fin de generar

29. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 149.

30. *Ibíd.*, nota 29, párrs. 157, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 205.

31. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26. Para más información sobre este caso, ver Rey, S. A. (2021). *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos* (pp. 75-87). Buenos Aires: Colihue.

32. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229. Para más información sobre este caso, ver Rey, S. A., nota 31, pp. 238-252.

una situación de incertidumbre sobre el paradero, así como provocar intimidación y la supresión de derechos.[33]

Al respecto, la Corte IDH destacó que la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida y por no dejar huellas o evidencias "debe estar presente en la tipificación del delito, porque permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio".[34]

Esta circunstancia fue reconocida en el año 1994 cuando se adoptó la CIDFP, que en su artículo 2 define a este delito como

> la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Similar redacción tiene el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en el año 2007.

Ambos tratados establecen que no es posible invocar situaciones excepcionales como el estado de guerra o amenaza, inestabilidad política, suspensión de garantías individuales o cualquier otra emergencia para justificar una desaparición forzada.

Se trata de un delito pluriofensivo y continuado: pluriofensivo porque afecta múltiples derechos reconocidos en la CADH –artículos 3, 4, 5 y 7– y continuado porque sus efectos no cesan mientras no se establezca la suerte o

33. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 163.

34. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 103. En igual sentido, CIDH, Informe No. 34/13, Caso 12.745, *Rigoberto Tenorio Roca y otros*, Perú, 10 de julio de 2013, párrs. 169 y 170.

paradero de la víctima[35] o se identifiquen con certeza sus restos.[36] Por lo tanto, "no habría una aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada".[37] Esta caracterización es seguida no solo por el Tribunal Interamericano, sino también por el TEDH.[38]

Para la Corte IDH, la desaparición forzada constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, por lo que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, investigarlos y sancionarlos utilizando todos los medios a su alcance, informar a los familiares el paradero de la persona desaparecida e indemnizarlos en su caso.[39] Estas medidas benefician a las víctimas, a sus familiares y al conjunto de la sociedad.[40]

El Tribunal entendió que el derecho de los familiares a que las autoridades estatales investiguen efectivamente la desaparición y muerte de las víctimas, a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos y, de corresponder, se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se reparen los

35. *Ibíd.*, nota 25, párr. 112. Es importante destacar que resulta indistinta la manera que adquiere la privación de la libertad a los fines de la caracterización de una desaparición forzada. Cualquier forma de privación de libertad satisface este primer requisito. Cf. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 125, y *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 148.

36. *Ibíd.*, nota 29, párrs. 155-157.

37. Cf. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 179, y *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 135.

38. Cf. TEDH, *Case of Kurt v. Turkey*, Application N° 24276/94, Court (Chamber), 25 May 1998.

39. Cf. Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrs. 66 y 121.

40. Cf. Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58, párrs. 115-118, y *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párrs. 75 y 77.

daños y perjuicios, se desprende de la lectura del artículo 8.1 de la CADH, en conexión con el artículo 25.1 del citado instrumento.[41]

El deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva se aplica a todos los casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones de derechos humanos.[42] En particular, en casos de desaparición forzada de personas "toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, deberá denunciarlo inmediatamente".[43]

La Corte IDH entendió que a partir de la década de 1970 surgió la práctica estatal de considerar crímenes contra la humanidad a las desapariciones forzadas realizadas en el marco de un patrón sistemático, pese a que las convenciones y declaraciones específicas sobre la materia fueron adoptadas recién en la década de 1990.

Adicionalmente, señaló que la prohibición de la desaparición forzada de personas tiene carácter de norma de *ius cogens*.[44] Por ende, "no puede ser considerada como delito político o conexo a delitos políticos bajo ninguna circunstancia, a efectos de impedir la persecución penal de este tipo de crímenes o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria".[45]

En el año 2006 la Corte IDH se tuvo que enfrentar con el primer caso en el que se analizaban las graves violaciones de derechos humanos cometidas coordinadamente por las dictaduras del Cono Sur en el marco de la Operación Cóndor.

41. Cf. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 130.

42. Cf. Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 283, y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 298.

43. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr 143.

44. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84.

45. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 91.

En este marco, sostuvo que el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la CADH, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, obligan a los Estados Partes a colaborar de buena fe para erradicar la impunidad "mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables",[46] lo que implica que "no pueden otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes".[47]

En "Maidanik y otros", por su parte, al analizar los efectos de la ley de amnistía uruguaya, recordó que

> es incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la CADH que deje de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en perjuicio del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado.[48]

Adicionalmente, en "Contreras y otros", el Tribunal se refirió especialmente a las particularidades que reviste la práctica de desapariciones forzadas cuando es dirigida a niños y niñas en un contexto de conflicto armado, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de este grupo.[49]

En otro orden de ideas, como explica Arendt, el primer paso hacia la dominación total –que caracteriza a los regímenes totalitarios– consiste en matar

---

46. *Ibíd.*, nota 44, párr. 132, y *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437, párr. 121. Sobre el deber de adoptar todas las medidas de carácter diplomático para conseguir la extradición de las personas imputadas de haber realizado violaciones de derechos humanos, ver Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 227.

47. *Ibíd.*, nota 46.

48. Corte IDH. *Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párr. 206.

49. Cf. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 90.

a la persona jurídica, lo que se logra colocando a las personas fuera de la protección de la ley. En el caso del nazismo, que es el fenómeno histórico que ella analizó, el campo de concentración era el lugar fuera de la ley que cumplía este objetivo.[50] En las experiencias latinoamericanas dicho rol lo cumplieron los centros clandestinos de detención.

Con el paso del tiempo, más allá de referirse a los artículos 4, 5 y 7 de la CADH, en casos de desaparición forzada de personas la Corte IDH también declaró vulnerado el artículo 3 del tratado, que consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Desde "Anzualdo Castro", el Tribunal regional ha considerado que "en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos",[51] lo que se traduce en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Al examinar el *modus operandi* de esta práctica consideró que

> se desprende la intención deliberada, no solo de dejar al individuo fuera del ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales pertinentes, sino también de otros derechos, ya sean estos civiles o políticos, así como la extracción de su comunidad y grupo familiar.[52]

Más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo todos los derechos de los cuales es titular,

> su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su

50. Cf. Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, pp. 533 y 534.

51. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 101, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 92.

52. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 100.

existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado.[53]

3. El derecho a la verdad

Los orígenes del derecho a la verdad se encuentran en los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, aunque hay autores que consideran que proviene de la costumbre internacional.[54]

La mayoría de los tratados de derechos humanos no lo reconocen de manera explícita, por lo que Pasqualucci considera que se deriva del deber de los Estados de garantizar los derechos humanos.[55] En cambio, Méndez sostiene que forma parte de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de crímenes de lesa humanidad.[56]

Su reconocimiento normativo expreso se produjo con la adopción de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas –artículo 24.2–. De este modo, se consagra el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida.

Asimismo, se ha reconocido el derecho inalienable a la verdad que corresponde al pueblo, mientras que el deber de recordar corresponde al Estado.[57]

---

53. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 119, 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. 188.

54. Cf. ECOSOC, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, E/CN.4/2006/52, 23 de enero de 2006.

55. Cf. Pasqualucci, J. M. (1994). The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System. *Boston University International Law Journal*, (12), 330.

56. Cf. Méndez, J. E. (1997). Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (comps.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 526.

57. Comisión DH, Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L.

En el ámbito interamericano, ya en la década de 1980, la CIDH afirmaba que

> [t]oda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos.[58]

Por su parte, la Corte IDH lo reconoció recién en el año 2000. Para el Tribunal regional, el derecho a la verdad está relacionado con los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH.[59] En efecto, el "derecho a la verdad" de los familiares y de la sociedad en su conjunto se encuentra

> subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la CADH.[60]

Joinet de conformidad con la Resolución 1995/35 de la Subcomisión, 48º período de sesiones, E/CN.4/Sub.2/1996/18, 20 de junio de 1996 y AG, Resolución 147 (LX). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 64ª sesión plenaria, y TEDH, *Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application N° 39630/09, Court (Grand Chamber), 13 December 2012, párr. 191.

58. CIDH, *Informe Anual 1985-1986,* OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, p. 205.

59. Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 150.

60. Entre otros, Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201; *Caso Mirna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 274; *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 81, y *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62.

De este modo, se trata de un derecho que tiene una faz individual y otra colectiva. Más allá de poder ser reclamado por los familiares de la persona desaparecida, puede también contribuir a la construcción y mantenimiento de la memoria histórica, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos.[61]

En la Argentina el ejercicio del derecho a la verdad se vio reflejado durante los Juicios por la Verdad que tuvieron lugar a fines de la década de 1990 en Salta, Jujuy, Chaco, Córdoba, Mendoza, Rosario, La Plata, Mar del Plata y Bahía Blanca cuando aún estaban vigentes las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

Estos procesos no buscaban perseguir penalmente a los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período 1976-1983, sino que se fundó en el derecho de los familiares de las personas desaparecidas a saber qué pasó con sus seres queridos, quiénes fueron los responsables y cómo fue la metodología y la organización del terrorismo de Estado.[62]

El caso que dio lugar al reconocimiento de este derecho en nuestro país fue el de Carmen Aguiar de Lapacó, cuya hija Alejandra había sido secuestrada y llevada al centro de detención clandestino "Club Atlético" y posteriormente desaparecida durante el año 1977.

En el año 1995 reclamó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que pidiese informes a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército sobre el paradero de su hija, invocando lo que luego pasó a llamarse "el derecho a la verdad".

Si bien al inicio la Cámara hizo lugar al pedido, luego consideró que excedía sus poderes jurisdiccionales. El caso llegó finalmente a la CSJN, que rechazó el planteo al considerar que el proceso buscaba establecer si se había

61. Cf. 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. 31, y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 266.

62. Cf. Saldivia, D. (2022). El comienzo de los Juicios por la Verdad celebrados en la Argentina. En un enfoque de justicia transicional como herramienta de construcción de la verdad y el derecho a la verdad y la justicia de las víctimas, sus familiares y la sociedad. *Revista Pensamiento Penal*, (430), 1-11.

cometido un delito, por lo que iba en contra de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida vigentes en ese momento.[63]

Ello motivó que la actora presentara una denuncia ante la CIDH, que dio lugar a un acuerdo de solución amistosa, mediante el cual el gobierno se comprometió a garantizar el derecho a la verdad mediante el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas, siendo esta una obligación de medios e imprescriptible. Asimismo, el Ministerio Público Fiscal destinó un cuerpo de fiscales *ad hoc*, para que actuaran en forma coadyuvante, sin desplazar a los naturales, en todas las causas de averiguación de verdad y destino final de personas desaparecidas, que tramitarían ante las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país.[64]

Si bien en "Urteaga"[65] la CSJN permitió que el actor obtuviera la información que se hallara registrada en bancos de datos estatales sobre el eventual fallecimiento y destino de los restos de su hermano a partir de un recurso de *habeas data*, a partir del año 2003 reconoció el derecho de los familiares de las víctimas a la búsqueda de la verdad histórica y el derecho a la información objetiva en "Hagelin".[66]

63. CSJN, "Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.", *Fallos* 321:2031.

64. CIDH, Informe No. 21/00, Caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó*, Argentina, 29 de febrero de 2000, párr. 17. Para más información sobre el litigio de este caso, ver Rey, S. A. (2011), nota 31, pp. 120-124.

65. CSJN, "Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de la FFAA s/amparo ley 16.986", *Fallos* 321:2767.

66. CSJN, "Hagelin, Ragnar Erland s/recurso art. 445 bis C.J.M.", *Fallos* 326:3268.

Capítulo 23

El deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. La experiencia argentina

Sebastián A. Rey

1. Fundamentos de la pena y de la necesidad de castigo de los crímenes internacionales

Una de las principales preguntas que han tenido que resolver los diferentes Estados en los que se han cometido crímenes internacionales una vez que sus responsables han perdido el poder es ¿qué pasos adoptar? Las alternativas van desde investigar sus acciones y castigarlas o que pidan disculpas hasta nada en absoluto, es decir, dejar cicatrizar las viejas heridas.

Han surgido alternativas no judiciales como las "comisiones de la verdad" para iniciar un proceso de reconciliación nacional genuino, formulado de buena fe, en el que no se niegue el pasado. Incluso hay quienes proponen la sanción de una amnistía a cambio de información sobre lo ocurrido y el destino de las víctimas.

Uno de los problemas que acarrean radica en que las recomendaciones que han realizado algunas de estas comisiones no han sido cumplidas –por ejemplo, en Guatemala, Sudáfrica, Perú y Timor Oriental–. Además, en general se ha buscado este tipo de respuesta cuando el juzgamiento penal es política o prácticamente imposible por falta de poder de las nuevas autoridades, un compromiso alcanzado con el antiguo régimen o un contexto de guerra civil.

No existe evidencia de que las amnistías promuevan la reconciliación nacional o que el conocimiento de la verdad tenga algún efecto preventivo. Es más, quienes se benefician de los perdones e indultos se rehúsan a reconocer

los sufrimientos padecidos por las víctimas, como ha ocurrido en nuestro país. Un sector importante de las Fuerzas Armadas recuerda sus acciones con orgullo, reconociendo solo que ocurrieron ciertos "excesos". Pese al paso del tiempo, han sido excepcionales los casos en los que los autores de estos crímenes han cooperado con la búsqueda de justicia y encontraron la desaprobación de sus colegas de armas y hasta recibieron sanciones disciplinarias o represalias de distinto tipo.[1]

Teniendo en cuenta que la obligación de investigar, juzgar y castigar las graves violaciones de derechos humanos es norma de *jus cogens* –como se expondrá más adelante–, los Estados no tienen mucho margen para evitar el castigo en sede judicial.[2] Una sentencia impide la posterior negación de la existencia de los crímenes cometidos, permite individualizar a las personas

1. A modo de ejemplos, se pueden mencionar al capitán Adolfo Scilingo, al gendarme Antonio Cruz, al oficial inspector Rodolfo Peregrino Fernández, al cabo Raúl Vilariño, al sargento Víctor Ibáñez y a los suboficiales Federico Talavera y Pedro Caraballo.

2. Es cierto que las conductas desplegadas por las fuerzas armadas de un Estado en pocas ocasiones han sido sometidas a un examen jurídico por parte de los tribunales nacionales. Justamente, los Tribunales Penales Internacionales surgieron como consecuencia de las fallas o –aun– de la ausencia del pertinente juzgamiento a nivel interno por parte de los Estados donde se habían cometido crímenes internacionales. En este sentido, durante el siglo XX hemos sido testigos de más de doscientos cincuenta conflictos de diferente tipo, con un saldo estimado de entre 75 y 170 millones de personas asesinadas. Cf. Bassiouni, M. C. (2000). Combating impunity for international crimes. *University of Colorado Law Review*, *71*, 409. Del análisis de la práctica de los Estados sobre esta materia, no queda siempre clara la razón por la cual en una determinada situación no sancionaron las violaciones de derechos humanos cometidas. Los gobiernos jamás justificaron la ausencia de castigo invocando motivos legales. Muchas veces la falta de sanción obedeció a cuestiones logísticas, como la escasez de recursos materiales o la dificultad para reunir evidencia. En general, se consideró que existía la obligación jurídica de sancionar las graves violaciones de derechos humanos, pero no se cumplió en virtud de que se privilegiaron consideraciones políticas, económicas o de seguridad. Ello no implica que la obligación de investigar y castigar las graves violaciones de derechos humanos no hubiera existido, sino que, como afirmaba Nino, "la *realpolitik* relegó las preocupaciones respecto de las violaciones masivas de derechos humanos". Nino, C. S. (1997). *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé, p. 54. Por otra parte, el análisis de los sujetos que intervinieron en cada uno de los conflictos ocurridos y los intereses políticos y económicos que los rodearon, en lugar de desvirtuar la conciencia global de la obligatoriedad estatal de castigar las graves violaciones de derechos humanos, demuestra las dificultades que tiene la comunidad internacional para sancionar a sus integrantes más poderosos.

culpables y posibilita identificar y desmantelar las instituciones a las que pertenecían, de modo de prevenir que vuelvan a cometerlos.

Vale la pena señalar que la persecución penal y las comisiones de investigación sirven a objetivos valorables que no son inherentemente incompatibles. Lo que se encuentra prohibido por el Derecho Internacional es la conformación de comisiones de investigación seguidas del dictado de amnistías.

Desde los juicios de Núremberg en adelante, tanto desde el Derecho Internacional Penal como desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha justificado el castigo de los crímenes cometidos utilizando indistintamente argumentos vinculados a la prevención general, la prevención especial, el retribucionismo y la rehabilitación de las víctimas.

Las teorías retribucionistas parten de tres ideas elementales, todas de corte netamente religioso: la venganza, la expiación y el equilibrio entre pena y delito. Claramente mira al pasado y el castigo es reprobación, produce un mal que constituye un valor en sí mismo. Más allá de las críticas que estas teorías han recibido, un aspecto que generalmente se toma del retribucionismo como límite al poder estatal es que el castigo no debe ser superior a la falta cometida. Por ende, debe existir una relación entre la culpabilidad del autor y la pena impuesta.

La rehabilitación de las víctimas ha sido tenida en cuenta en particular por la Corte IDH. Sin el castigo, los conflictos reaparecen. Por lo tanto, una condena en sede judicial brinda justicia para el caso concreto y trasluce que el sufrimiento de la víctima fue considerado. En este contexto, cobra relevancia el "derecho a la verdad", tanto en su dimensión individual como colectiva, ya que la impunidad lesiona a las víctimas, a sus familiares y al conjunto de la sociedad.[3]

Para las teorías prevencionistas, la pena mira hacia el futuro, en función de que tiene un fin valioso.

La idea de la prevención especial (positiva o negativa), que cobró fuerza a partir del siglo XIX con concepciones organicistas del cuerpo social sano o enfermo, focaliza la condena no en el delito cometido, sino en las características personales de su autor/a. Se asegura a la generalidad frente a quien

3. Entre otros, ver Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 117.

delinque mediante su encierro; la pena sirve como intimidación para que no se cometan nuevos hechos punibles y, a través de la resocialización, se protege a quien delinque de la reincidencia.

La prevención especial ha sido duramente criticada, en tanto no es misión del Estado mejorar o moldear a las personas y el sistema penitenciario mayormente ha fracasado en la tarea resocializadora. Además, los crímenes internacionales solo pueden ser ejecutados bajo condiciones políticas favorables, por lo que es cuestionable que puedan volver a ser cometidos en otros contextos.

Por ello, en muchos casos se ha recurrido a la prevención general positiva.[4] La misión de la pena es demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico nacional e internacional y, de este modo, refuerza la confianza jurídica de la sociedad, que sigue creyendo y compartiendo el valor de la vida, de la dignidad, de la integridad personal y de la libertad. Para esta teoría, la pena es un "comunicado", que restablece el orden quebrantado. Para que se cumpla el fin "declarativo" de la sanción, la aplicación del derecho debe realizarse a todas las personas, sin admitir excepciones o privilegios.

La defensa de un derecho penal mínimo no entra en contradicción con el castigo de las graves violaciones de derechos humanos, ya que parte de la base de que la pena debe intervenir solo en conflictos muy graves. Tal es el caso de los crímenes internacionales, en los que la afectación que se produce a la comunidad internacional es tan grave que, aun si la víctima o sus familiares perdonasen a la persona que los comete, ello no serviría para exonerarla de sus actos, pues la sociedad en su conjunto necesita reafirmar la vigencia del derecho.

Una última cuestión por señalar se vincula con la imposibilidad fáctica de sancionar a todas las personas que cometieron graves violaciones de derechos

4. Respecto de la prevención general negativa basta señalar que, como la pena sirve de amenaza a la población para que no cometa delitos en el futuro, cuanto mayor sea, más temor generaría. Un factor relevante para lograrlo sería que las personas tengan la certeza de que serán atrapadas y castigadas. Sin embargo, no existe un nexo entre el aumento de las penas y la prevención del delito. Incluso la pena de muerte ha sido ineficaz para evitar crímenes violentos. Más allá de que la certeza del castigo puede generar un perfeccionamiento en la comisión del delito (clandestinidad de los centros de detención, utilización de capuchas o alias para encubrir los crímenes, destrucción de las pruebas y desaparición de los cuerpos), la realidad ha demostrado que el efecto disuasivo para casos de graves violaciones de derechos humanos es menos sensible, dado que son cometidos por personas invulnerables.

humanos. En casos como el argentino, en el que la gran mayoría de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad estuvo involucrada de algún modo con el aparato represivo, ya sea como protagonistas u observadores, enjuiciarlos a todos llevaría al colapso del sistema judicial. Aunque en la teoría puede diferenciarse a quienes cometieron atrocidades de quienes solo cumplieron órdenes, en la práctica es muy difícil hacerlo.[5]

Por ende, a los fines de combatir la impunidad no es imprescindible que se persiga y castigue a todas las personas responsables. Para evitar la arbitrariedad se pueden utilizar distintos criterios, como el grado de culpabilidad de la persona imputada –comenzando por los más altos cargos políticos y militares– y la prueba existente –a los fines de reafirmación de la vigencia del derecho resulta contraproducente condenar a una persona inocente, puesto que el error minaría la confianza de la sociedad en el Poder Judicial–. También debería someterse a proceso a aquellas personas que, si bien no ocupaban un rol importante, se distinguieron por haber cometido numerosos crímenes de modo sistemático y generalizado, cumpliendo un rol ejemplificador para el resto de las fuerzas.[6]

2. Estándares en materia de juzgamiento de crímenes internacionales en el Derecho Internacional

Recién a partir del año 1907 el Derecho Internacional consuetudinario reconoció la competencia de los Estados para castigar a sus combatientes o a los enemigos por crímenes de guerra que hubieran cometido. En función de ello,

5. Cf. Elías, J. S. (2008). Constitutional changes, transitional justice, and legitimacy: the life and death of Argentina's "amnesty" laws. *Hastings International and Comparative Law Review*, *31*, 612.

6. Cf. Del Ponte, C. (2004). Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, *2*(2), 517. Adicionalmente, no debe olvidarse que, de no recibir una sanción, quienes tenían un rango inferior, pero participaron de modo directo y personal en la comisión de graves violaciones de derechos humanos naturalmente ascenderían y llegarían a ocupar puestos de conducción y mando en las fuerzas.

se dictaron algunas condenas por los delitos cometidos durante la Primera Guerra Mundial.[7]

La creación de la ONU en el año 1945 permitió constatar la existencia de una comunidad internacional con intereses diferentes a la sumatoria de los de cada Estado y, a raíz de ello, que existe un conjunto de normas de importancia fundamental para consolidar el nuevo orden mundial: el *jus cogens*.[8]

Ello resulta relevante en la medida en que la obligación de castigar a los responsables de haber cometido graves violaciones de derechos humanos, que puedan ser calificadas como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ha ingresado al dominio del *jus cogens.*

Luego de la Segunda Guerra Mundial decenas de miles de personas fueron juzgadas y condenadas por los crímenes cometidos. Si bien la mayoría de los procesos se iniciaron al poco tiempo, algunos comenzaron décadas después, pues había cientos de personas prófugas o con pedidos de extradición. Para ello se utilizaron, por un lado, tratados y, por el otro, normas consuetudinarias. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg, por ejemplo, acreditó la existencia de una norma consuetudinaria que prohibía los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra antes del año 1945, utilizando manifestaciones públicas verbales y comunicados oficiales de los Estados beligerantes.

Adicionalmente, en su jurisprudencia, la CIJ ha asignado una relevancia normativa central a las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asam-

7. Cf. Kalshoven, F. y Zegveld, L. (2001). *Restricciones en la conducción de la Guerra*. Ginebra: CICR, p. 93; Meron, T. (2006). Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals. *The American Journal of International Law*, *100*(3), 571; y Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. (eds.) (2005). *Customary International Humanitarian Law*, *vol. I. Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 607.

8. El concepto de norma imperativa de Derecho Internacional fue codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sin que los Estados cuestionaran la esencia del principio que recogía. La redacción utilizada fue específicamente elegida para evitar que la oposición de un Estado o de un reducido número de Estados afectase el carácter imperativo de la disposición. A diferencia de la costumbre internacional, no se requiere probar la práctica de un Estado para que se halle vinculado jurídicamente y es irrelevante su protesta respecto del contenido de una norma imperativa.

blea General de la ONU al momento de evidenciar la *opinio iuris*, siendo la aceptación verbal de estas por parte de los Estados una prueba de la práctica.[9]

Hay dos instrumentos que merecen destacarse: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Acuerdo de Londres, cuyo Anexo contenía el Estatuto del Tribunal de Núremberg, que expresó el Derecho Internacional existente al momento de su adopción, tal como fue reconocido por la AG cuando aprobó los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del referido tribunal en 1946 y 1950.[10]

Si bien el Estatuto del Tribunal de Núremberg demandaba que existiera un nexo entre los crímenes contra la humanidad y los conflictos armados, este requisito fue eliminado rápidamente en el Derecho Internacional consuetudinario, como lo refleja la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, los trabajos de la CDI posteriores a 1945 y el consenso entre los Estados sobre este aspecto

9. Cf. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America*, Merits, Judgment of 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986, párr. 188, y Meron, T. (1989). *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press, p. 113. En tanto y en cuanto las resoluciones de la AG hayan sido aprobadas con el voto mayoritario de los Estados Miembros sirven de fundamento para la consolidación de una norma consuetudinaria.

10. Cf. AG, Resolución 95 (I), Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg, 55ª sesión plenaria, 11 de diciembre de 1946, y CDI, Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las Sentencias del Tribunal, A/CN.4/34, 12 de diciembre de 1950, Principio I. En el Derecho Internacional, el principio de legalidad no comprende al principio *nullum poena sine lege*, dado que los instrumentos en los que se tipifican los crímenes internacionales no incluyen las penas, sino que permiten que los Estados apliquen las que se encuentren tipificadas en sus ordenamientos nacionales para delitos análogos. Del mismo modo, no exige que los delitos estén tipificados en una *lex scripta*. Por ello, ha sido definido como *nullum crimen sine iure*. A los fines de respetar el principio de legalidad basta constatar que al tiempo en que se cometió un acto existían normas precisas, claras y accesibles que lo tipificaban como ilícito, sean estas de fuente internacional o interna, de manera que permitan distinguir lo permitido de lo prohibido. En los juicios de Núremberg se afirmó que nadie podía argumentar que no existía la prohibición del asesinato, puesto que el homicidio de un ser humano ha sido siempre un potencial delito por el que rendir cuentas. Más allá de la poca claridad que pudiese contener el concepto de norma imperativa, resulta difícil de creer que las personas acusadas de graves violaciones de derechos humanos no reconocerían la naturaleza ilegal de los actos cometidos, en función de los bienes jurídicos que se busca proteger.

al negociar y adoptar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en 1968.

Este último tratado tiene un carácter meramente declarativo, puesto que las infracciones a las que se refiere constituyen crímenes que, a los ojos de la comunidad internacional,[11] por su naturaleza eran imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hubieran cometido. Además, no "enuncia" la imprescriptibilidad, sino que la "afirma",[12] por lo que codificó la obligación consuetudinaria de investigar y sancionar este tipo de crímenes y, al mismo tiempo, consagró una norma imperativa sobre la materia ante el temor a que criminales de la Segunda Guerra Mundial pudiesen eludir la persecución penal.[13]

También resultan importantes las resoluciones de la AG referidas al deber de castigar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en Chile por la dictadura de Pinochet a partir del año 1973,[14] a la creación de los Tribunales Penales Internacionales y otras experiencias híbridas[15] y al Proyecto de Artículos sobre la Prevención y el Castigo de los Crímenes de Lesa Humani-

11. Cf. CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, I. C. J. Reports 1971, separate opinion of judge Ammoun, p. 79.

12. Cf. Sancinetti, M. A. y Ferrante, M. (1999). *El derecho penal en la protección de los derechos humanos.* Buenos Aires: Hammurabi, p. 428.

13. Ello se desprende de diferentes resoluciones de la Comisión DH y del ECOSOC aprobadas antes del año 1968, de los trabajos preparatorios del tratado y de resoluciones aprobadas por la AG en el período 1969-1971, entre las que sobresalen los "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad".

14. Cf. AG, Resolución 179 (XXXIV). Derechos humanos en Chile, 106ª sesión plenaria, 17 de diciembre de 1979, y Resolución 147 (XLII). Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile, 93a sesión plenaria, 7 de diciembre de 1987.

15. Entre otras, AG, Resolución 10 (XLIX). La situación en Bosnia y Herzegovina, 49º período de sesiones, 8 de noviembre de 1994; Resolución 205 (XLIX). Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia, 49º período de sesiones, 6 de marzo de 1995; Resolución 228 A (LVII). Procesos contra el Khmer Rouge, 57º período de sesiones, 27 de febrero de 2003, y Resolución 228 B (LVII). Procesos contra el Khmer Rouge, 57º período de sesiones, 22 de mayo de 2003, anexo.

dad –que reconoce que la prohibición de estos crímenes es una norma de *jus cogens*, por lo que no deben quedar impunes–.[16]

Dentro de la ONU, la Comisión de Derechos Humanos reconoció en diferentes oportunidades que los crímenes contra la humanidad, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura son violaciones del Derecho Internacional que no pueden ser amnistiadas y que los Estados deben enjuiciar o extraditar a sus responsables.[17] En similar sentido se pronunció el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias.[18]

En cuanto a los órganos de aplicación de tratados universales, el Comité DH, al aplicar el PIDCP, destacó que la obligación de investigar y sancionar surge, en particular, con respecto a la tortura, la ejecución sumaria y arbitraria y la desaparición forzada. En consecuencia, deben eliminarse posibles impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica, como las amnistías –por ejemplo, la Ley de Caducidad uruguaya de 1986 o la Ley de Amnistía española de 1977– o los períodos excesivamente breves de prescripción.

A fines del año 1979 el Comité DH comenzó a pronunciarse sobre la gran cantidad de denuncias recibidas contra Uruguay por graves violaciones de derechos humanos. En diferentes informes aprobados durante la década de 1980 señaló que el Estado debía investigar debidamente las denuncias de tortura y malos tratos, asesinatos y desapariciones forzadas, castigar a las personas

16. AG, Resolución 186 (LXXIV), Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71° período de sesiones, 74º período de sesiones, 18 de diciembre de 2019, Suplemento núm. 10 (A/74/10), capítulo IV.

17. Entre otras, Comisión DH, La situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, 1992/S-1/1, 14 de agosto de 1992, párr. 9; Situation of Human Rights in Sierra Leone, 54º período de sesiones, E/CN. 4/RES/1999/1, 6 de abril de 1999; Resolución 2002/79, Impunidad, 56° período de sesiones, E/CN.4/2002/200, 25 de abril de 2002 y Resolución 1994/139, Cuestión de las desapariciones forzadas, 55º período de sesiones, E/CN.4/1994/132, 4 de marzo de 1994.

18. Cf. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005, párr. 2, incisos a, c y d, e *Informe al Consejo de Derechos Humanos*, 4º período de sesiones, A/HRC/4/41, 25 de enero de 2007, párr. 500.

responsables y proveer recursos efectivos a las víctimas.[19] Ese criterio ha sido reiterado con posterioridad en numerosos informes.[20]

Con relación a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos, sostuvo que son incompatibles con las obligaciones establecidas en el PIDCP.[21]

En cuanto al artículo 15, inciso 2 del PIDCP[22] que, al reconocer el principio de legalidad, se refiere a "los actos u omisiones que, en el momento de come-

19. Entre otros, Comité DH, *Edgardo Dante Santullo Valcada v. Uruguay*, Communication N° 9/1977, 26 October 1979, CCPR/C/OP/1 at 43 (1984), párrs. 11 y 13; *Delia Saldías de López v. Uruguay,* Communication N° 52/1979, 29 July 1981, CCPR/C/OP/1 at 88 (1984), párr. 11.3; *Hiber Conteris v. Uruguay*, Communication N° 139/1983, 17 July 1985, CCPR/C/25/D/139/1983, párr. 7.2; *Guillermo Ignacio Dermit Barbato et al. v. Uruguay*, Communication N° 84/1981, 21 October 1982, CCPR/C/17/D/84/1981, párr. 11; *María del Carmen Almeida de Quinteros v. Uruguay,* Communication N° 107/1981, 21 July 1983, CCPR/C/19/D/107/1981, párr. 14, y *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Communication R. 7/30, 29 March 1982, CCPR/C/15/D/30/1978, párrs. 11-15.

20. Entre otros, Comité DH, *Myriam Zelaya Dunaway y Juan Zelaya v. Nicaragua,* Communication N° 328/1988, 20 July 1994, CCPR/C/51/D/328/1988, párr. 10; *Nina Muteba v. Zaire*, Communication N° 124/1982, 24 July 1984, CCPR/C/22/D/124/1982, párr. 13; *Barbarín Mojica v. Dominican Republic*, Communication N° 449/1991, 10 August 1994, CCPR/C/51/D/449/1991, párr. 7 y *José Vicente et al. v. Colombia,* Communication N° 612/1995, 29 July 1997, CCPR/C/60/D/612/1995, párr. 10.

21. Entre otros, Comité DH, *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, Communication Nº 322/1988, 9 August 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, párr. 12-14; *Basilio Laureano Atachahua v. Peru*, Communication Nº 540/1993, 25 March 1996, CCPR/C/56/D/540/1993, párr. 10; *Khalifa Fedsi v. Algeria*, Communication Nº 1964/2010, 23 July 2014, CCPR/C/111/D/1964/2010, párr. 7.2; *Malika El Boathi v. Algeria*, Communication Nº 2259/2013, 17 March 2017, CCPR/C/119/D/2259/2013, párr. 7.2; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto*,* Perú, CCPR/C/79/Add.67, 25 de julio de 1996, párr. 9; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto*,* Paraguay, CCPR/C/79/Add.48, 3 de octubre de 1995, párr. 5; Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Surinam, 3 de diciembre de 2015, CCPR/C/SUR/CO/3, párr. 22, y Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Suriname, 23 de agosto de 2019, CCPR/C/MRT/CO/2, párr. 11. En similar sentido, ver CCT, Observación General Nº 3. *Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012, párr. 41; y Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Guatemala, 26 de diciembre de 2018, CAT/C/GTM/CO/7, párr. 27.

22. A diferencia de lo que afirma un sector de la doctrina, Argentina no formuló una reserva a esta disposición, sino una declaración interpretativa, cuyo alcance en el Derecho Interna-

terse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", se ha explicado que fue introducido para eliminar cualquier duda respecto de la legalidad de las sentencias dictadas por los Tribunales de Núremberg y Tokio y los principios derivados de aquellas.[23]

De esta manera, el tratado compatibilizó los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y el *nullum crimen sine iure,* ya que al juzgar crímenes del pasado no se realizaba una aplicación retroactiva del derecho, sino un ejercicio retroactivo de la jurisdicción por conductas que ya constituían delitos.[24]

Ello se desprende, a su vez, de las recomendaciones efectuadas en diferentes ocasiones por el Comité DH a la Argentina para que investigue los crímenes cometidos durante la última dictadura.[25]

En el ámbito regional europeo, el TEDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia relativa al deber de investigar y sancionar a las personas responsa-

---

cional es claramente diferente. Además, el Estado firmó el tratado el 9 de febrero de 1968, por lo que, de acuerdo con el artículo 18 de la CVDT, a partir de esa fecha no debía frustrar el objeto y el fin del PIDCP. Sería contrario al objeto y fin del tratado dar a la declaración interpretativa argentina un alcance que impida castigar delitos que se encontraban reconocidos en el Derecho Internacional al momento de su comisión.

23. Cf. Nowak, M. (2005). *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, segunda edición. Kehl: NP Engel, p. 368, y Akhavan, P. (2005). The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence. *Journal of International Criminal Justice*, *3*(4), 991.

24. Cf. Robinson, D. (2002). The Rome Statute and its Impact on National Law. En A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, p. 1863.

25. Cf. Comité DH, *S.E. v. Argentina,* Communication N° 275/1988, 26 March 1990, CCPR/C/38/D/275/1988, párr. 5.4; *R. A. V. N. et al v. Argentina*, Communication N° 343, 344 and 345/1988, 26 March 1990, CCPR/C/38/D/343/1988, CCPR/C/38/D/344/1988, CCPR/C/38/D/345/1988, párr. 5.4; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46, párr. 153; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Argentina, 15 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párr. 9; Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Argentina, 31 de marzo de 2010, CCPR/C/ARG/4, párr. 9; y Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Argentina, 11 de julio de 2016, CCPR/C/ARG/CO/5, párr. 28.

bles de graves violaciones de derechos humanos, al derivar dicha obligación del contenido de los artículos 2 y 3 del CEDH en relación con el artículo 1 del tratado, o del derecho de la víctima a un recurso efectivo, consagrado en el artículo 13 del CEDH.

Ya en la década de 1960, la Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que existía una práctica sistemática de tortura de los detenidos políticos en Grecia a partir del golpe de Estado de 1967, contraria al artículo 3 del tratado y que el Estado había incumplido su deber de castigar dichas conductas.[26]

Al poco tiempo, el TEDH declaró la continua violación del artículo 2 del CEDH con motivo de la desaparición de 1.491 personas luego del año 1974[27] y determinó la incompatibilidad con el tratado del régimen de detención de miembros del IRA utilizado en Irlanda del Norte entre 1971 y 1975.[28]

En su jurisprudencia, el TEDH ha reconocido que no puede invocarse la prescripción para cerrar una investigación[29] y no se deben permitir amnistías o perdones,[30] porque son incompatibles con la obligación de los Estados de enjuiciar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos.

En cuanto al principio de legalidad, sostuvo que el inciso 2 del artículo 7 del CEDH buscó legitimar expresamente la persecución de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, así como crímenes similares que se cometieran en el futuro. Se respeta el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal si la conducta en cuestión constituye un crimen contra

26. Cf. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v. Greece ("the Greek case")*, Applications N° 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Commission (Plenary), 5 November 1969, 12 Yearbook, p. 501.

27. Cf. TEDH, *Case of Cyprus v. Turkey,* Application N° 25781/94, Court (Grand Chamber), 10 May 2001, Reports 2001-IV, párrs. 134-136.

28. Cf. TEDH, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Application N° 5310/71, 18 January 1978, Court (Plenary), Series A, No. 25, párrs. 162-167.

29. Cf. TEDH, *Case of Brecknell v. The United Kingdom*, Application N° 32457/04, Court (Fourth Section), 27 November 2007, párr. 69. Adicionalmente, ha reconocido que el deber de investigar estos crímenes se desprende tanto de la normativa interna como del DIH. Cf. TEDH, *Case of Georgia v. Russia (II)*, Application N° 38263/08, Court (Grand Chamber), 21 January 2021, párr. 331.

30. TEDH, *Ould Dah c. France,* Requête N° 13.113/03, Cour (Cinquième Section), 17 Mars 2009, punto B.

el Derecho Internacional; es decir, una violación del Derecho Internacional convencional y del consuetudinario.

En diferentes precedentes el TEDH tuvo que lidiar con crímenes de guerra o contra la humanidad cometidos antes de la década de 1970 y procesos penales iniciados varias décadas después. Solo a modo de ejemplos, podemos mencionar *Vasiliauskas v. Lithuania*[31] –asesinato de dos partisanos en 1953–; *Kolk and Kislyiy v. Estonia*[32] –deportación de población civil desde Estonia hacia la Unión Soviética en 1949–; *Korbely v. Hungary*[33] –asesinato de un civil durante la Revolución de 1956– y *Kononov v. Latvia*[34] –ejecución de personas por partisanos soviéticos en 1944–.

Resulta sumamente significativo lo resuelto en *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*[35] y *K.-H. W. v. Germany*[36] en relación con los homicidios de personas que habrían querido abandonar la República Democrática de Alemania entre 1971 y 1989. Para el TEDH, en el año 1972 cualquier ciudadano común debió haber sabido que si disparaba sobre personas no armadas que intentaban simplemente salir de Alemania violaría derechos humanos. Además, afirmó que el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad en el Derecho Internacional consuetudinario para la época de los hechos no podía ser seriamente cuestionado.

---

31. TEDH, *Case of Vasiliauskas v. Lithuania*, Application N° 35343/05, Court (Grand Chamber), 20 October 2015, Reports 2015-VII.

32. TEDH, *Kolk and Kislyiy v. Estonia,* Applications N° 23052/04 and 24018/04, Court (Fourth Section), 17 January 2006, Reports 2006-I. Los fundamentos de esta sentencia son *mutatis mutandis* idénticos a los desarrollados una semana después en TEDH, *Penart v. Estonia*, Application N° 14685/04, Court (Fourth Section), 24 January 2006.

33. TEDH, *Case of Korbely v. Hungary,* Application N° 9174/02, Court (Grand Chamber), 19 September 2008, Reports 2008-IV.

34. TEDH, *Case of Kononov v. Latvia,* Application N° 36376/04, Court (Grand Chamber), 17 May 2010, Reports 2010-IV.

35. Cf. TEDH, *Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany,* Applications N° 34044/96, 35532/97 and 44801/98, Court (Grand Chamber), 22 March 2001, Reports 2001-II, párrs. 105 y 106. En similar sentido, ver TEDH, *Glässner v. Germany,* Application N° 46362/99, Court (Fourth Section), 28 June 2001, Reports 2001-VII.

36. Cf. TEDH, *Case of K.-H. W. v. Germany,* Application N° 37201/97, Court (Grand Chamber), 22 March 2001, Reports 2001-II, párrs. 76 y 104.

Con relación al SIDH, toda vez que la CADH se adoptó en el año 1969, la Corte IDH recién comenzó a resolver casos contenciosos a fines de la década de 1980. No obstante, con anterioridad, la CIDH ya había elaborado algunos estándares en sus informes en aplicación de la DADH.

Este organismo ha reconocido el deber de los Estados americanos de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos desde sus primeros pronunciamientos respecto de Chile en el año 1974.[37] Similar criterio sostuvo en 1976 –Guatemala y Bolivia[38]– y en 1978 –Paraguay[39], Uruguay[40] y El Salvador[41]–.

Con relación a la Argentina, entre 1978 y 1983 la CIDH aprobó varias resoluciones en las que dispuso que se investigue y sancione a las personas responsables de haber cometido tortura, homicidio y desaparición forzada.[42]

Además, en 1980 redactó el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, producto de la visita *in loco* realizada un año antes, en el que concluyó que durante el período 1975-1979 se habían cometido numerosas y graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la DADH.

37. Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 25 de octubre de 1974, conclusiones y recomendaciones, y *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 11 de febrero de 1977.

38. CIDH, Casos 1702, 1748 y 1755 (Guatemala), Caso 1790 (Chile), Caso 1798 (Bolivia) y Caso 1874 (Chile), citados en CIDH, *Informe Anual 1975*, OEA/Ser.L/V/II.37. Doc. 20 corr. 1, 28 de junio de 1976.

39. Cf. CIDH, Caso 2029 (Paraguay), citado en CIDH, *Informe anual 1977*, OEA/Ser.L/V/II.43. Doc. 21 corr. 1, 20 de abril de 1978, e *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 31 de enero de 1978.

40. Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay*, 31 de enero de 1978, y Caso 1967 y Caso 1783 (Uruguay), citados en CIDH, *Informe Anual 1977*, nota 39.

41. Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, 17 de noviembre de 1978.

42. Entre otros, CIDH, Resolución N° 20/78, Caso 2155, Argentina, 18 de noviembre de 1978, punto resolutivo 3; Caso 2450, Argentina, 18 de noviembre de 1978, puntos resolutivos 2 y 3; Caso 2662, Argentina, 5 de marzo de 1979, puntos resolutivos 2 y 3; Resolución N° 12/80, Caso 3358, Argentina, 9 de abril de 1980, puntos resolutivos 1 y 2; Resolución N° 15/81, Caso 2488, Argentina, 6 de marzo de 1981, puntos resolutivos 1 y 2; Resolución N° 50/82, Caso 4326, Argentina, 24 de junio de 1982, punto resolutivo 3; y Resolución N° 27/83, Caso 6808, Argentina, 4 de octubre de 1983, puntos resolutivos 2 y 3.

Por ello, recomendó que el Estado argentino investigara y sancionara, con todo el rigor de la ley, a los responsables de la utilización de la tortura y otros apremios ilegales, así como también las muertes que habían sido imputadas a autoridades y a sus agentes y que elaborara un informe circunstanciado sobre la situación de las personas desaparecidas.[43]

En el año 1985 la CIDH se pronunció por primera vez sobre la incompatibilidad de las leyes de "autoamnistía" con las obligaciones asumidas por los Estados americanos.[44] Siete años más tarde, tuvo que analizar la vigencia de amnistías dictadas por gobiernos democráticos, convirtiéndose en uno de los primeros órganos de aplicación de tratados de derechos humanos en considerar que las leyes de amnistía son contrarias a los principios de derechos humanos básicos.[45]

En este contexto fue dictado el Informe No. 28/92, en el que señaló que toda vez que el efecto de la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los indultos fue extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables de violaciones de derechos humanos, el Estado había cerrado toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados, identificar a sus autores, cómplices y encubridores e imponer las sanciones penales correspondientes.

Por este motivo, para la CIDH se violó el derecho de los familiares de las víctimas a un recurso y a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclareciera los hechos, que se deriva de los artículos XVIII de la DADH y los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH.[46] Similar fue el análisis realizado respecto de la Ley de Caducidad uruguaya.[47]

---

43. Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 11 de abril de 1980, conclusiones y recomendaciones.

44. CIDH, *Informe Anual 1985-1986,* OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, p. 198.

45. Cf. Laplante, L. J. (2009). Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes. *Virginia Journal of International Law*, *49*(4), 938 y 939.

46. CIDH, Informe No. 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992, párr. 32.

47. Cf. CIDH, Informe No. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992, párrs. 35 y 39.

A diferencia del informe dictado el mismo año contra El Salvador,[48] en los casos contra Uruguay y Argentina la CIDH se limitó a recomendarle a los Estados "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

El aspecto fundamental para comprender los alcances de estos informes es que debe ser leído en conjunto con el fallo "Velásquez Rodríguez" de la Corte IDH –analizado con detenimiento en el tomo I de este Manual–,[49] que fue correctamente citado por la CIDH en sus informes. Dentro de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la CADH a toda persona sujeta a la jurisdicción de los Estados Partes –cf. artículo 1.1 del tratado–, la Corte IDH ha incluido el deber de investigar y sancionar toda violación de los referidos derechos realizada por agentes estatales.

Si la conclusión de la CIDH respecto de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los decretos de indulto fue que violaban la obligación que emana del artículo 1.1 y los derechos de los peticionarios que la CADH les reconoce, resulta claro que incluye el deber de sancionar penalmente los crímenes cometidos por la dictadura argentina. Esta interpretación es coherente con la práctica posterior de la CIDH respecto de diferentes Estados.[50]

---

48. CIDH, Informe No. 26/92, Caso 10.287, *"Cantón Las Hojas"*, El Salvador, 24 de septiembre de 1992, párr. 11.

49. Rey, S. A. (2021). *Manual de Derechos Humanos. Tomo I*. José C. Paz: EDUNPAZ, capítulo 5.

50. Entre otros, CIDH, Informe No. 36/93, Caso 10.975, *Alejandro Piché Cuca,* Guatemala, 6 de octubre de 1993; Informe No. 7/94, Caso 10.911, El Salvador*,* 1 de febrero de 1994; Informe No. 36/96, Caso 10.843, *Garay Hermosilla y otros*, Chile*,* 15 de octubre de 1996; Informe No. 1/97, Caso 10.258, *Manuel García Franco*, Ecuador, 18 de febrero de 1998, párr. 75; Informe No. 11/98, Caso 10.606, *Samuel de la Cruz Gómez*, Guatemala, 7 de abril de 1998; Informe No. 19/99, Caso 10.542, *Pastor Juscamaita Laura*, Perú, 23 de febrero de 1999; Informe No. 61/01, Caso 11.771, *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo*, Chile, 16 de abril de 2001; Informe No. 79/11, Caso 10.916, *James Zapata Valencia y José Heriberto Ramírez Llanos*, Colombia, 21 de julio 2011; Informe No. 51/16, Caso 11.564, *Gilberto Jiménez Hernández y otros (La Grandeza)*, México, 30 de noviembre de 2016; Informe No. 101/17, Caso 12.414, *Alcides Torres Arias*, *Ángel David Quintero y otros*, Colombia, 5 de septiembre de 2017, e Informe No. 96/19, Caso 11.726, *Norberto Javier Restrepo*, Colombia, 14 de junio de 2019.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte IDH, más allá del referido *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, resulta relevante reiterar que en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* afirmó la obligatoriedad de la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas. Sostuvo, además, que respecto de estos delitos son inadmisibles las disposiciones de amnistía y prescripción, puesto que violan el derecho a la protección judicial y a un juicio justo.[51]

Al referirse a las leyes de "autoamnistía" sancionadas en Perú, el Tribunal entendió que violaron diferentes artículos de la CADH, puesto que impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes fueran oídas por un juez –artículo 8.1–; violaron el derecho a la protección judicial –artículo 25–; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de las personas responsables de los hechos ocurridos –artículo 1.1– e incumplieron la obligación de adecuar el derecho interno –artículo 2–.[52]

Las menciones a las leyes de "autoamnistía" en algunos pasajes de la sentencia y a las leyes de amnistía en general en otras dieron lugar a diferentes reacciones a nivel doctrinario y jurisprudencial. Si bien una minoría consideró que lo resuelto en "Barrios Altos" solo se aplicaba a las leyes de "autoamnistía" y no a leyes sancionadas por gobiernos democráticos,[53] existe consenso en que para el Tribunal regional todas las amnistías dictadas con posterioridad a la ratificación de la CADH violan el derecho convencional a la protección judicial y a un juicio justo.[54]

---

51. Entre otros, Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119; *Caso Carpio Nicolle Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 130, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172.

52. *Ibíd.*, nota 51, párr. 42.

53. Entre otros, CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. –causa n° 17.768–", *Fallos* 328:2056, disidencia del juez Fayt.

54. Entre otros, Roht-Arriaza, N. y Gibson, L. (1998). The Developing Jurisprudence on Amnesty. *Human Rights Quarterly*, *20*(4), 870, y Krsticevic, V. (2007). Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

En "Gomes Lund y otros" dio una respuesta definitiva a este debate. El Tribunal destacó que

> la incompatibilidad respecto de la CADH incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe solo a las denominadas "auto-amnistías" […] más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar.[55]

Si bien en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador* la Corte IDH se manifestó a favor de la posibilidad de que se dicte una ley de amnistía general luego de un conflicto armado interno, recordó que las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad o que estén condenadas por ello no podrán estar cubiertas por una amnistía.[56]

Respecto de los indultos, en "Gutiérrez Soler" añadió que los Estados deben abstenerse de recurrir no solo a la amnistía, sino también a los indultos, dado que buscan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria.[57]

En V. Krsticevic y L. Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CEJIL, p. 53.

55. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 175. En "Gelman" no conmovió al Tribunal que la amnistía uruguaya hubiera sido aprobada por un régimen democrático y ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones, dado que "[l]a incompatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención". Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 229. Plebiscitar la norma es un hecho atribuible al Estado y, por tanto, generó su responsabilidad internacional. *Ibíd.*, párrs. 238 y 239.

56. Cf. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 286.

57. Cf. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 97.

La cuestión fue nuevamente analizada cuando en el año 2017 el presidente de Perú otorgó un indulto "por razones humanitarias" a Alberto Fujimori, quien había sido condenado a la pena de veinticinco años de prisión por su participación en crímenes contra la humanidad en perjuicio de las víctimas de los casos "Barrios Altos" y "La Cantuta".

La Corte IDH recordó que "la ejecución de la pena también forma parte de [la] obligación" de investigar, juzgar y sancionar; "es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares". Agregó que "no se deben otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad" y que "la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con penas apropiadas a la gravedad de la conducta delictiva no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción en apego al principio de proporcionalidad".[58]

Pese a que el Tribunal Constitucional de Perú restituyó los efectos de la resolución que otorgaba el indulto, la liberación de Fujimori no se produjo como consecuencia de que la Corte IDH dictó medidas provisionales[59] que fueron cumplidas por el Poder Ejecutivo peruano.

El Tribunal regional consideró que los tribunales peruanos no habían analizado la compatibilidad del indulto con base en los estándares que ella estableció en su jurisprudencia. En particular, no valoraron

> si existía una necesidad imperiosa, por la situación de salud del condenado y sus condiciones de detención, de que no pudiera continuar cumpliendo la pena privativa de libertad en el centro penitenciario [establecimiento con adecuadas condiciones materiales en donde era el único recluso, que además contaba con

58. Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, considerandos 30, 31 y 47.

59. Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. Solicitud de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2022.

un servicio de traslado en ambulancia para recibir atención médica y un régimen de visitas especial].[60]

Por último, destacó que la justicia peruana "no efectuó una ponderación que tomara en cuenta la afectación que tiene el indulto por graves violaciones a los derechos humanos en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares".[61]

En materia de prescripción, la Corte IDH sostuvo que la desaparición forzada de personas consiste en un delito continuado que ya en la década de 1970 era analizado como tal en el Derecho Internacional. Para el Tribunal, constituye una grave violación de derechos humanos y la prohibición de su comisión y el deber de investigar y sancionar a sus responsables ha alcanzado carácter de *jus cogens*, tal como señaló en "Goiburú y otros"[62] –por hechos cometidos en 1977–, en "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña"[63] –por hechos cometidos en 1971 y 1973– y en "Maidanik y otros"[64] –por hechos cometidos en 1974–.

En "Almonacid Arellano y otros" la Corte IDH afirmó que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad no nació con la Convención de 1968, sino que estaba reconocida en ella, puesto que estamos en presencia de una norma de *jus cogens*. Consecuentemente, pese a no haber ratificado el tratado, Chile no podía dejar de penalizar estos crímenes.[65]

60. Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, Resolución de 7 de abril de 2022, párr. 40.ii.

61. *Ibíd.*, nota 60, párr. 40.v.

62. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

63. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.

64. Corte IDH. *Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444.

65. Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154, párr. 153.

A su vez, reconoció que en el año 1973 existía una costumbre internacional que proscribía los crímenes contra la humanidad.[66] Este criterio fue reiterado en el *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*, en el que analizó crímenes contra la humanidad cometidos en el año 1975.[67]

Esta circunstancia tiene dos consecuencias principales a criterio de la Corte IDH:

> los Estados deben aplicar su contenido, aunque no la hayan ratificado y [...] debería aplicarse incluso a los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de aquella Convención, ya que lo que se estaría aplicando no sería propiamente la norma convencional, sino una norma consuetudinaria preexistente.[68]

Al referirse a las graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal regional ha afirmado que no pueden ser amnistiadas, independientemente del proceso de adopción y de la autoridad que emitió la amnistía, en cuanto viola los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH –"Almonacid Arellano y otros", "Gomes Lund y otros" y "Gelman"–.

Por otra parte, la existencia del deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos es compatible con el artículo 9 de la CADH, puesto que al reconocer el principio de legalidad hace referencia al "derecho aplicable"; es decir, tanto al derecho nacional como al internacional.[69]

Ello resulta relevante, dado que, para la Corte IDH, los elementos de los crímenes contra la humanidad se mantuvieron básicamente en su concepción

66. *Ibíd*., nota 65, párrs. 97 y 99.

67. Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 214.

68. *Ibíd*., nota 67, párr. 215.

69. Durante la elaboración del texto de la CADH, se había sostenido que una referencia expresa al Derecho Internacional no era necesaria, puesto que la expresión "derecho aplicable" comprende tanto el derecho nacional como el internacional, así como los principios generales de derecho internacional. Cf. Carter, P. (2002). International Criminal Law and Human Rights. En F. Butler (ed.), *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness.* La Haya: Kluwer Law International, pp. 149 y 161.

inicial hasta el año 1973, con la excepción de que pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra.[70]

Además, el Tribunal Interamericano entendió que un crimen contra la humanidad no es un tipo penal en sí mismo, sino una calificación de conductas criminales que ya estaban tipificadas en todos los ordenamientos jurídicos: la tortura (o su equivalente) y el asesinato/homicidio. Por ello, no se puede sostener que quienes cometieron esos crímenes no eran conscientes de la ilegalidad de sus acciones y que eventualmente serían juzgados: conocían la relevancia jurídico-penal de su conducta, aun si no comprendían que este delito era imprescriptible.[71]

Pese a lo expuesto, debemos recordar que, para la Corte IDH, a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas constituye un delito de carácter permanente cuyos efectos no cesan mientras no se establezca la suerte o paradero de la víctima y su identidad sea determinada. Por ende, "no habría una aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada".[72]

Teniendo en cuenta el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos a un recurso rápido y sencillo que permita investigar y sancionar a sus responsables, la Corte IDH sostuvo que debía compatibilizarlo con el principio de legalidad y el *ne bis in idem* en materia penal.

La aplicación de esta última garantía supone que haya habido un ejercicio jurisdiccional sustantivo en relación con los mismos hechos. En función de ello, la Corte IDH utilizó el concepto de cosa juzgada "fraudulenta" o "aparente" para procesos en los que no se hubieran respetado las reglas del debido proceso, cuando los jueces no hubieran obrado con independencia e imparcialidad y cuando se haya buscado sustraer a la persona acusada de su responsabilidad penal –mediante un sobreseimiento o absolución–.[73] En estos

70. *Ibíd*., nota 65, párr. 96.

71. *Ibíd*., nota 67, párrs. 306 y 308.

72. *Ibíd*., nota 54, párr. 179, y *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 135.

73. Entre otros, Corte IDH. *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 128; *Caso Guerrero,*

casos no se puede afirmar que se dictó una sentencia firme. Lo mismo ocurre cuando se hubieran dictado decisiones judiciales originadas en hechos internacionalmente ilícitos.[74]

Lo expuesto no significa que la Corte IDH actúe como tribunal de cuarta instancia o que las sentencias internas con carácter de cosa juzgada no deban ser cumplidas, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en un caso concreto. Solo puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos protegidos por la CADH y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.[75]

El estándar del Tribunal regional sobre este punto es exigente, en tanto reconoció que, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de crímenes contra la humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe cosa juzgada.[76]

3. El juzgamiento de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Argentina (1972-1983)

Bayer señalaba que los argentinos siempre fuimos un país célebre por las torturas: el general Roca ordenaba estaquear y descoyuntar a los indígenas prisioneros durante la Conquista del Desierto; el coronel Falcón torturó a los manifestantes obreros que solicitaban las ocho horas de trabajo; el coronel

---

Molina y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424, párrs. 168 y 169; *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 150, y *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 301.

74. *Ibíd*., nota 56, párr. 98.

75. Cf. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 167.

76. *Ibíd*., nota 65, párr. 154.

Varela hacía azotar a sablazos a los peones presos antes de fusilarlos durante la Semana Trágica y el comisario Lugones inmortalizó la picana eléctrica.[77]

A partir de la dictadura de Uriburu, la aplicación generalizada de la tortura se extendió a lo largo del país a toda clase de personas, más allá de quienes estaban privadas de la libertad por razones políticas o sociales. Aumentó la presencia militar y el uso de la violencia para imponer desde el Estado lo que no se podía consensuar desde la política. Fue a través de la fuerza militar que se expulsó al radicalismo primero y al peronismo después, proscribiéndolo y persiguiendo a sus militantes.[78]

La violencia estatal adquirió otra característica a partir del año 1955, cuando las Fuerzas Armadas comenzaron a poner en práctica la Doctrina de Seguridad Nacional. La década de 1960 marcó un quiebre en el respeto a los derechos humanos no solo a nivel local, sino también en el ámbito regional. Se produjeron golpes de Estado en Paraguay (1954), Brasil (1964), Argentina (1966 y 1976), Chile (1973), Uruguay (1973) y Bolivia (1980).

Las dictaduras del Cono Sur asumieron características comunes, ya que fueron producto de levantamientos llevados adelante por las fuerzas armadas en alianza con grupos hegemónicos tradicionales y nuevos y desembocaron en terrorismos de Estado que impusieron un nuevo modelo socioeconómico apoyado y construido sobre una cultura del miedo y una profunda disciplina social.[79]

A partir de 1970 tuvieron lugar las primeras desapariciones forzadas de personas como una práctica que todavía no llegaba a ser generalizada –una docena de casos–. Los secuestros, torturas y liberación o puesta a disposición del Poder Ejecutivo de las personas detenidas se volvían práctica corriente.[80]

77. Cf. Bayer, O. (2009). *Las Madres. Ventanas a la Plaza de Mayo*. Buenos Aires: Editorial La Página, pp. 229 y 230.

78. Cf. Calveiro, P. (2013). *Política y/o violencia. Una aproximación a la guerrilla de los años setenta*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 25.

79. Cf. Leal Buitrago, F. (2003). La doctrina de la seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur, *Revista de Estudios Sociales*, (15). CESO, Bogotá: Universidad de Los Andes.

80. Se estima que entre 16.000 y 25.000 personas fueron detenidas por motivos políticos entre 1966 y 1972. Cf. Eidelman, A. E. (2010). El desarrollo de los aparatos represivos del

Durante la tercera presidencia de Perón y Martínez de Perón la violencia política aumentó significativamente.

Debemos destacar que las prácticas llevadas adelante durante el terrorismo de Estado no comenzaron con el golpe en 1976, sino que ya se venían implementando en diferentes lugares del país desde hacía tiempo.

Solo para mencionar los casos más conocidos y representativos, nos referiremos a tres: las ejecuciones extrajudiciales de dieciséis militantes en Trelew el 22 de agosto de 1972 durante la dictadura de Lanusse –la Masacre de Trelew–; los delitos cometidos por agentes estatales en la provincia de Tucumán entre 1975 y 1976 en el marco del "Operativo Independencia" y los homicidios llevados adelante entre 1973 y 1976 por la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), organización integrada mayormente por oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía, que era dirigida por el jefe de la Policía Federal, Alberto Villar, y el ministro de Bienestar Social de la Nación, José López Rega.

Se puede afirmar, sin margen de duda, que en los tres casos se cometieron crímenes contra la humanidad imprescriptibles de acuerdo con la definición de estos delitos vigente en el derecho internacional en aquel entonces. Este tipo penal resultaba aplicable tanto a crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas –los primeros dos casos–, como a aquellos realizados por agentes estatales o particulares que conformaban una organización dirigida por un ministro de la Nación, cometían delitos utilizando los recursos y dependencias del Estado –cuyos órganos toleraban su accionar– y se valían de sus resortes para garantizar la impunidad –el tercer caso–.

En cuanto a los elementos de tipo penal, existía un ataque generalizado o sistemático dirigido principalmente contra una población civil –un número representativo de ella– y los actos de los perpetradores eran parte de dicho ataque. Además, los autores tenían conocimiento del contexto general del ataque y que sus actos u omisiones formaban parte de aquel. No era necesario que existiera un plan o una política detrás del ataque, puesto que ni la costum-

---

Estado argentino durante la "Revolución Argentina". *Repositorio Digital de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA*, p. 176. Recuperado de http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/1412

bre ni los tratados adoptados con anterioridad al Estatuto de Roma (1998) que la Argentina había ratificado hacían referencia a este requisito.

Por otra parte, como ocurrió también en algunos expedientes en los que se investigaban crímenes cometidos con posterioridad a 1976, la utilización del tipo penal de genocidio no ha sido jurídicamente acertada. El acuerdo al que arribó la comunidad internacional para prevenir y sancionar este delito se encuentra plasmado en la definición establecida en la Convención adoptada en el año 1948, que no incluyó a los "grupos políticos". No es función del Poder Judicial ampliar el concepto de genocidio o utilizar un "concepto social de genocidio". Deberán ser otras ciencias sociales que, con la mayor flexibilidad que les permiten sus campos de estudio, analicen las características que tuvo el terrorismo de Estado en la Argentina sin necesidad de utilizar los tipos penales vigentes en la década de 1970 –lo cual es obligatorio para el Derecho Penal–.

Tanto en el período 1972-1976 como una vez derrocado el gobierno constitucional, el Estado nunca dejó de tener el control sobre la totalidad del territorio nacional. Ninguna organización armada –ERP, Montoneros, etc.– tuvo un dominio sobre siquiera una parte de alguna provincia. Y los delitos cometidos por aquellas no constituyeron ni crímenes de guerra ni crímenes contra la humanidad, de conformidad con el derecho vigente en aquel momento.[81]

Como bien advertía Rodolfo Walsh en su Carta Abierta del 24 de marzo de 1977, la dictadura que asumió el gobierno el 24 de marzo de 1976 se propuso imponer las políticas neoliberales en la Argentina, para lo cual implantó "el terror más profundo que ha conocido la sociedad argentina".

Como constató la CIDH durante su visita *in loco* a la que se hizo referencia en el punto 4, la metodología utilizada por la dictadura consistía en la privación ilegal de la libertad de las personas, para luego llevarlas a un centro clandestino de detención en donde eran torturadas en búsqueda de informa-

81. Los escasos enfrentamientos aislados entre integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad y las organizaciones armadas podrían ser caracterizados como disturbios internos, pero no existen pruebas que permitan sostener que, por ejemplo, durante el "Operativo Independencia" la Compañía de Monte "Ramón Rosa Jiménez" del ERP haya desarrollado acciones armadas de tal envergadura que puedan caracterizarse como parte de un conflicto armado. Además, no hay duda de que los delitos cometidos por las organizaciones armadas no formaban parte de un ataque dirigido contra la población civil.

ción que permitiera realizar nuevas detenciones. El último paso en la mayoría de los casos fue la desaparición forzada, desconociéndose en la actualidad el lugar donde se encuentran los restos de decenas de miles de personas que fueron asesinadas. Asimismo, las cárceles se llenaron de presos políticos que también eran sometidos a la tortura y otros tratos inhumanos.[82]

Cuando Alfonsín asumió la Presidencia de la Nación promulgó la Ley N° 23.050 que quitó de efectos jurídicos a la ley de amnistía dictada por la dictadura antes de irse, como así también a todas las resoluciones judiciales que hubiesen aplicado dicha ley. La creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y el Juicio a las Juntas –que culminó el 9 de diciembre de 1985 con las condenas de cinco de los nueve acusados– fueron un éxito de la democracia. Muy pocos Estados en la historia habían juzgado a los miembros de gobiernos *de facto* que hubiesen cometido graves violaciones a los derechos humanos, por lo que aún en la actualidad se valora positivamente dicha sentencia.

Sin embargo, el plan del radicalismo nunca fue juzgar a todos los militares.[83] Un poco porque era materialmente imposible y otro porque considera-

82. Para un análisis en profundidad de la visita de la CIDH a la Argentina y su rol durante la dictadura, ver Rey, S. A. (2021). *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos.* Buenos Aires: Colihue, capítulos 1 a 3.

83. Otra de las características del nuevo gobierno fue promover lo que se denominó como "teoría de los dos demonios", idea que ya se vislumbraba en el "Operativo Independencia" y consistía en representar el conflicto político como un combate entre dos formas de terrorismo, de izquierda y de derecha. Ello permitía realizar un corte con el pasado y refundar un orden, toda vez que la sociedad se percibe y constituye como víctima, ajena a los dos demonios. De este modo, esta teoría tuvo un alto nivel de aceptación, puesto que permitió una exculpación colectiva. Cf. Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur.* Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 269, y Feierstein, D. (2018). *Los dos demonios (recargados).* Buenos Aires: Marea Editorial, p. 12. Prueba cabal de lo aquí expuesto fueron los Decretos N° 157 y 158 dictados por el Poder Ejecutivo el 13 de diciembre de 1983 en los que ordenó el juzgamiento de la cúpula militar y de los líderes guerrilleros. La consolidación de la "teoría de los dos demonios" se produjo con posterioridad, cuando la CONADEP –presidida por el escurridizo Ernesto Sábato–, en el prólogo a su Informe final, afirmó que "[d]urante la década de 1970 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda, fenómeno que ha ocurrido en muchos otros países". Luego se señala que "a los delitos de los terroristas, las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente

ban que existían tres niveles distintos de responsabilidad: los que habían dado las órdenes, los que las habían cumplido en un clima de horror y coerción y los que se habían excedido en el cumplimiento. Entonces la decisión fue avanzar solo contra los primeros y los terceros.[84]

Las presiones militares y la incapacidad del gobierno para afrontarlas generaron tensiones que fueron imposibles de superar. Con la finalidad de detener el impulso de las investigaciones, el gobierno sancionó la Ley N° 23.492 de Punto Final, que establecía la extinción de la acción penal si, durante los sesenta días siguientes a su entrada en vigor, las personas imputadas no habían sido citadas a prestar declaración indagatoria.

Como ello no implicó la clausura definitiva de todos los procesos, durante la Semana Santa de 1987 se produjo un levantamiento militar que motivó la sanción de la Ley N° 23.521 de Obediencia Debida, que creó una presunción –que no admitía prueba en contrario– de que los crímenes cometidos por el personal inferior se dieron en cumplimiento de una orden de un superior, por lo que se lo eximía de responsabilidad penal. La norma fue declarada constitucional por la CSJN en "Camps".[85]

La impunidad quedó garantizada en 1989 y 1990, cuando el presidente Menem dictó cuatro decretos,[86] en los que dispuso el indulto de alrededor de 250 personas, militares y civiles, que se encontraban procesadas o condenadas, entre los que se incluía a los comandantes que habían sido condenados en el Juicio a las Juntas, a la totalidad de los altos jefes que no habían sido beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y a un cierto número de personas acusadas de subversión, entre ellas, varias sobreseídas, muertas y desaparecidas. La CSJN también convalidó la constitucionalidad de los indultos en "Aquino".[87]

---

peor que el combatido". Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (2006). *Nunca Más*, séptima edición. Buenos Aires: Eudeba, pp. 11-13.

84. Cf. Nino, C. S. (2015). *Juicio al mal absoluto.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 17.

85. CSJN, "Causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional –Camps, Ramón Juan Alberto y otros–", *Fallos* 310:1162.

86. Decreto N° 1002/89, Decreto N° 1003/89, Decreto N° 2741/90 y Decreto N° 2746/90.

87. CSJN, "Aquino, Mercedes s/denuncia (Caso Martinelli - Oliva) s/plantea inconstitucionalidad del Decreto 1002/89", *Fallos* 315:2421.

La nueva normativa fue cuestionada por víctimas y familiares ante la CIDH, que en el ya referido Informe No. 28/92 declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino.[88]

La llegada al Gobierno de Néstor Kirchner en el año 2003 produjo dos hechos de relevancia histórica. El primero consistió en la renovación de la composición de la CSJN, mediante el juicio político a los cinco integrantes de la "mayoría automática" –tres renunciaron antes de ser destituidos– y la designación de Zaffaroni, Highton de Nolasco, Argibay y Lorenzetti.

De igual importancia fue la asunción como política de Estado del reclamo histórico de los organismos de derechos humanos de "Memoria, Verdad y Justicia". En este sentido, en agosto de 2003 se sancionó la Ley N° 25.779 que declaró insanablemente nulas a las leyes de impunidad y se restableció la posibilidad de extraditar a militares acusados de violaciones a los derechos humanos cometidas durante la Dictadura con el dictado del Decreto N° 420/03, mediante el cual se derogó el Decreto N° 1581/01 que rechazaba cualquier pedido en ese sentido. De este modo, quedaba claro que estos crímenes iban a ser juzgados: o se hacía en la Argentina o se iba a hacer en el extranjero. Casi en simultáneo la Corte IDH resolvió el ya mencionado caso "Barrios Altos".

Solo en función de este contexto, y teniendo en cuenta estos antecedentes inmediatos, es que la CSJN en junio de 2005 en "Simón" declaró de ningún efecto a las leyes de impunidad y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al juzgamiento de las personas responsables de haber cometido crímenes de lesa humanidad en el territorio argentino.[89]

88. Taiana destaca que "para la CIDH el Informe No. 28/92 era una salida temporal que podía producir mayor impacto si la discusión sobre las amnistías también llegaba a la Corte IDH. Entonces mandamos el Caso Barrios Altos c. Perú […] si uno mira el Informe No. 28/92 en perspectiva histórica, la Comisión lo aprobó para el futuro. Dijo 'esto está mal y sé que el Estado no lo va a cumplir, pero dejo en claro que está en contra de la Convención. En algún momento, alguien lo va a utilizar'. Y eso finalmente pasó con la sentencia del año 2001 de la Corte IDH en el caso 'Barrios Altos'". Rey, S. A. (dir.) (2021). *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, tomo 1. Buenos Aires: Astrea, pp. 109 y 110.

89. *Ibíd*., nota 53, punto resolutivo 3. Con anterioridad, la CSJN en "Priebke" (*Fallos* 318:2148) había rechazado la utilización de la prescripción en el juzgamiento de crímenes internacionales. En sentido similar, ver "Arancibia Clavel" (*Fallos* 327:3312).

La mayoría del Tribunal entendió que "las conductas investigadas no solo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la Argentina (PIDCP y CADH) sino que nuestro Código [Penal, sancionado en el año 1921 con sus correspondientes modificaciones] preveía una clara descripción de la conducta, así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad".[90]

En julio de 2007 el Máximo Tribunal dictó el fallo "Mazzeo", en el que determinó la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a acusados de cometer delitos de lesa humanidad. Concretamente, concluyó que "tanto los tratados internacionales de derechos humanos, como la jurisprudencia y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado al Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados".[91]

Para la mayoría de la CSJN

> existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisible la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los Estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.[92]

Desde la reapertura de los juicios de lesa humanidad hasta diciembre de 2022 se han pronunciado 294 sentencias a lo largo de casi todo el país. Había 643 causas en trámite en las que se investigaban –o lo fueron hasta su falleci-

90. *Ibíd*., nota 89, voto del juez Maqueda, considerando 84, y voto del juez Lorenzetti, considerando 30.

91. CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad", *Fallos* 330:3248, considerando 28. Sobre la utilización de los estándares interamericanos en este fallo y el alcance de la cosa juzgada, ver Rey, S. A. (2007). Los indultos, la cosa juzgada y la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2144-2154.

92. *Ibíd*., nota 91, considerando 16.

miento– 3.640 personas. Asimismo, 1.117 personas fueron condenadas, 168 absueltas, 93 sobreseídas y respecto de 138 se dictó la falta de mérito.[93] Esto demuestra que la Argentina ha sido el ejemplo de juzgamiento de crímenes internacionales por jueces civiles con el respeto de las garantías judiciales y el debido proceso.

Pese a ello, a fines del año 2021 la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el proceso de justicia transicional argentino.[94]

A diferencia de la mayoría de los casos resueltos por el SIDH –en los que los crímenes se encontraban en la más absoluta impunidad–, en este los tribunales nacionales habían dictado cinco sentencias condenatorias.

La Corte IDH valoró positivamente los avances logrados por las autoridades argentinas y determinó que el Estado había cumplido su obligación de investigar y sancionar los crímenes cometidos, por lo que no era procedente declarar la responsabilidad estatal por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).[95]

Además, advirtió que la estrategia de priorización de casos que el sistema judicial argentino había utilizado ante la complejidad de los procesos y la masiva cantidad de hechos por procesar, juzgar y sancionar, en el caso concreto no supuso una denegación de justicia.[96]

---

93. Cf. Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación (2022). *Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina.* Recuperado de https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/cerca-de-las-300-sentencias-por-crimenes-de-lesa-humanidad-las-personas-condenadas-suman-1117-y-las-absueltas-168/

94. A grandes rasgos, el caso se relaciona con el operativo realizado en septiembre de 1976 en la casa de la familia Julien-Grisonas, en el marco de las acciones contrainsurgentes que contra la población civil efectuaban de manera conjunta los servicios de inteligencia y de seguridad de Argentina y Uruguay. Mientras el Sr. Julien fue asesinado durante el operativo –aunque sus restos aún no han podido ser identificados–, la Sra. Grisonas permanece desaparecida.

95. Cf. Corte IDH. *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437, párr. 175.

96. *Ibíd*., nota 95, párr. 182.

Sin embargo, entendió que

> más de dos años en el trámite de una impugnación [formulada por la defensa de un imputado] que, a juicio de los tribunales internos, impide proseguir el juzgamiento de hechos de la magnitud de los que originaron el presente caso, rebasa la esfera de lo razonable.[97]

Aunque las leyes de impunidad argentinas ya no surten efectos, el Tribunal regional consideró que "afectaron ostensiblemente, en términos del tiempo transcurrido, el cumplimiento del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas", ya que fueron el óbice para la efectiva iniciación de los procesos penales, repercutiendo en la demora prolongada para garantizar el derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes cometidos.[98]

Adicionalmente, consideró que, al estar pendiente el juzgamiento y sanción de los responsables de la muerte de una de las víctimas, el Estado había incumplido lo previsto en el inciso b del artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (CIDFP).[99]

En cuanto a la falta de aplicación del delito de desaparición forzada en los procesos internos, la Corte IDH notó que el Estado "no fue consecuente con la gravedad de lo ocurrido, el contexto en el que sucedió y, en definitiva, con la violación compleja de derechos humanos que conlleva la desaparición forzada de personas".[100] Ello se debe a que la investigación desarrollada y absolución de los imputados atendieron, de manera específica, al hecho de la muerte de una de las víctimas mediante la aplicación del tipo penal de "homicidio agravado por alevosía", sin tomar en cuenta otros elementos concurrentes, como la privación de libertad y la adopción de medidas, por parte de los auto-

97. *Ibíd*., nota 95, párr. 185.

98. *Ibíd*., nota 95, párr. 188. En igual sentido, ver CIDH, Informe No. 77/11, Caso 10.392, *Comunidad Campesina de Santa Bárbara*, Perú, 21 de julio de 2011, párr. 254, e Informe No. 77/12, Caso 11.581, *Zulema Tarazona Arrieta y otros*, Perú, 8 de noviembre de 2012, párr. 170.

99. *Ibíd*., nota 95, párr. 190.

100. *Ibíd*., nota 95, párr. 206.

res, dirigidas a negar cualquier información sobre lo ocurrido y a borrar todo rastro sobre el destino del cuerpo.

En función de las violaciones de derechos declaradas, la Corte IDH dispuso que el Estado debía continuar en su labor de investigación a fin de esclarecer plenamente lo ocurrido en un plazo razonable, para lo cual deberá aplicar el tipo penal de desaparición forzada. En dicha tarea, por tratarse de crímenes contra la humanidad, el Estado no podrá recurrir "a figuras como la amnistía, así como cualquier otra disposición análoga, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de su obligación".[101]

101. *Ibíd*., nota 95, párrs. 262-264.

Capítulo 24

Derecho a la libertad personal

Ornella Bergés y Sebastián A. Rey

En el ámbito nacional, el derecho a la libertad personal se encuentra regulado principalmente en los artículos 14 y 18 de la CN, cuando se refieren al derecho de "todos los habitantes de la Nación […] de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" y establecen que nadie podrá ser "arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente".

Asimismo, el derecho a la libertad "física" o de "autodeterminación" se encuentra reconocido en el artículo 7 de la CADH, el artículo 9 del PIDCP, los artículos 3 y 9 de la DUDH y los artículos I, XXV y XXVI de la DADH, entre otros instrumentos internacionales que adquirieron jerarquía constitucional en 1994 –cf. artículo 75, inciso 22 de la CN–.

La Corte IDH ha expresado que debe entenderse por libertad personal, en sentido amplio, a "la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones".[1]

El derecho a la libertad cubre los comportamientos corporales que requieren de la presencia física de la persona y que se materializan en el movimiento físico, mientras que el derecho a la seguridad física protege a la persona contra

1. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

toda interferencia ilegal o arbitraria de su libertad física. Por ello, la libertad es considerada la regla general y la limitación o restricción siempre la excepción.[2]

El artículo 7.1 de la CADH reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad personales. Esta regla general es complementada en los incisos 2, 3, 4 y 5 con garantías específicas que se deben tener en cuenta al momento de privar de la libertad a una persona. La violación de los numerales 2 a 5 del artículo 7 implican inexorablemente la transgresión al inciso 1.[3]

Es importante tener presente que el artículo 7 de la CADH no se aplica únicamente para supuestos de detención, encarcelamiento o prisión que deriven de la comisión de delitos penales, sino respecto de todo encarcelamiento, detención, retención, demora o aprehensión en espacios reducidos que, por ejemplo, se funde en razones médicas, salud mental, disciplina o controles, asuntos migratorios o relacionados a toxicomanía o simplemente a efectos identificatorios.[4]

El artículo 7, inciso 2 de la CADH protege el derecho de la persona a no ser privada de su libertad ilegalmente.

La Corte IDH ha establecido a través de su basta jurisprudencia los requisitos que se deben cumplir para que una detención no sea considerada ilegal, precisando y diferenciando los aspectos materiales que comprenden dicha garantía de los formales: la restricción de este derecho únicamente procede cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución o por las leyes dictadas conforme a ella (aspecto material)

2. *Ibíd*., nota 1, párr. 53.

3. Entre otros, Corte IDH. *Caso Jenkins Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 71, y *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 65.

4. Cf. Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 54; *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 76, y Comité DH, Observación General N° 8, *Derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 16° período de sesiones (1982).

y, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en aquellas (aspecto formal).[5]

Los principios que surgen de tal inciso son el de tipicidad y la reserva de ley. Para el Tribunal regional, únicamente puede afectarse el derecho a la libertad personal a través de una ley, es decir,

> una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la CADH.[6]

La CADH no impide la delegación legislativa sobre esta materia, siempre que esté autorizada por la Constitución, que se ejerza dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por el tratado.[7]

De este modo, puede suceder que la normativa interna no respete ni se adecue a los estándares de la CADH por no cumplir con las disposiciones constitucionales (sea en su aspecto formal o material) o porque en la práctica no fue observada y respetada al momento de detener o encarcelar a una persona.[8]

---

5. Cf. Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*, nota 3, párr. 66.

6. *Ibíd*., nota 1, párrs. 56 y 57.

7. Cf. Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 36.

8. Un claro ejemplo de ello fue la interceptación del automóvil del Sr. Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro, ambas basadas en las facultades policiales para detener personas en la vía pública sin orden judicial, invocando una supuesta

Asimismo, para la Corte IDH se produce una violación al artículo 7.1 y 7.2 de la CADH cuando una detención, independientemente del motivo o duración, no sea debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad sus causas, quién la realizó, la hora de detención y la hora de puesta en libertad, o no exista constancia de que se haya dado aviso al juez o a la jueza competente, como mínimo.[9]

En resumen, el principio de legalidad de la detención implica realizar un examen de cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y "de antemano" en el ordenamiento interno en cuanto a las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física,[10] que deben estar plasmadas de forma clara y detallada.[11]

Tal es así, que en "Acosta Martínez y otros" la Corte IDH entendió que el Edicto de Ebriedad y otras Intoxicaciones por el que se había detenido a la víctima no cumplía con este mandato de certeza, pues señalaba como conducta sancionable encontrarse "en completo estado de ebriedad", redacción que, además de ser ambigua e indeterminada, dejaba un amplio margen de discrecionalidad para su aplicación por parte de las autoridades. La norma también castigaba la mera condición de estar ebrio/a, sin hacer referencia a

"actitud sospechosa". En los dos casos, los agentes estatales incumplieron con el requisito de legalidad al haberlos detenido excediéndose de los supuestos habilitantes por la ley. Cf. Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*, nota 3, párr. 96. Este criterio había sido defendido por la CSJN en "Daray" (*Fallos* 317:1985), aunque luego fue abandonado al analizar la situación de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro, así como en "Monzón" (*Fallos* 325:3322). El artículo 230 del CPPN exige que la orden judicial de requisa se apoye en motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito, por lo que no es lícito reemplazar ese estándar por algún otro que se apoye en "presunciones", "datos" –como una denuncia anónima–, "señales" o "indicios". Cf. Carrió, A. (2010). *Garantías constitucionales en el proceso penal*, quinta edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, p. 277. Este criterio fue compartido por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en "Ciraolo, Jorge Ramón Daniel s/estafa en forma reiterada encubrimiento y hurto –causa n° 7137–", *Fallos* 332:2397.

9. Cf. Corte IDH. *Caso García y familiares Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 100.

10. *Ibíd*., nota 9.

11. *Ibíd*., nota 1, párr. 89, y *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 219.

que la conducta desplegada por la persona afectase o pusiese en peligro a sí misma o a terceros.[12]

El artículo 7.3 de la CADH prohíbe la detención o encarcelamiento arbitrarios. Ello implica, no solo que ninguna persona puede ser sometida a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad,[13] sino también que "la prisión preventiva en sí misma no es contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y constituye una medida que los Estados pueden adoptar siempre y cuando se ajusten a los requisitos convencionales".[14]

La Corte IDH ha considerado que existen tres aspectos con base en los cuales se evalúa la arbitrariedad de las medidas privativas de la libertad: a) que existan elementos para formular cargos o llevar a juicio a una persona; es decir, que se presenten los "presupuestos materiales" para ordenar la medida cautelar;[15] b) que se cumplan los cuatro elementos del "test de proporciona-

12. Cf. Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párrs. 84 y 86. En este caso, la Corte IDH consideró probado que los agentes de policía actuaron movidos más por un perfil racial que por una verdadera sospecha de comisión de un ilícito y el carácter amplio de los edictos policiales les permitió, *a posteriori*, justificar su intervención y darle una apariencia de legalidad. Toda vez que la detención fue realizada por razones discriminatorias devino, por consiguiente, arbitraria. *Ibíd*., párrs. 93, 100 y 103.

13. Cf. Corte IDH. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47, y *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 140, y Comité DH. *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication N° 458/1991, CCPR/C/51/D/458/1991, 10 August 1994, párr. 9.

14. Corte DIH. *Caso García Rodríguez y otro Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C No. 482, párr. 154.

15. Para el Tribunal, "la sospecha o los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos; esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar; por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio". Corte IDH. *Caso Romero Feris Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre

lidad"; es decir, legitimidad de la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta –el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no debe resultar exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida–; y c) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.[16]

En este sentido, ha destacado que la finalidad debe ser compatible con la CADH; que la medida debe ser idónea y absolutamente indispensable para cumplir con el fin perseguido y que no debe existir una medida menos gravosa respecto del derecho intervenido.[17]

En cuanto a la finalidad legítima y necesidad de la medida adoptada, es una exigencia para el Estado que existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que dicha persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.[18]

Un claro ejemplo que la Corte IDH ha entendido, *prima facie*, como falto de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, fueron las llamadas "razias"

---

de 2019. Serie C No. 391, párr. 96; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129, y *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198. Sobre esta cuestión, el TEDH ha señalado que "la sospecha razonable" de que un delito ha sido cometido "presupone la existencia de hechos o información que podría satisfacer a un observador razonable en cuanto a que la persona involucrada habría cometido una ofensa". Cf. TEDH, *Case of Erdagöz v. Turkey*, Application N° 21890/93, Court (Chamber), 22 October 1997, párr. 51, y *Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom,* Applications N° 12244/86, 12245/86 and 12383/86, Court (Chamber), 30 August 1990, párr. 32.

16. *Ibíd*., nota 3, párr. 74.

17. *Ibíd*., nota 15, párr. 98, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 251.

18. *Ibíd*., nota 17.

o detenciones colectivas que se realizaban en la Ciudad de Buenos Aires en función de edictos policiales.[19]

Desde el momento de la detención, arresto o aprehensión, el Estado –a través de sus agentes– se encuentra obligado a garantizar diversos derechos procedimentales que posibilitan el ejercicio efectivo del derecho de defensa de toda persona detenida y permiten controlar judicialmente la legalidad y arbitrariedad de la privación de la libertad.

Al analizar el artículo 7.4 de la CADH, la Corte IDH entendió que la persona detenida y quienes ejercen su representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención cuando esta se produce. Ello implica que el agente que realiza la detención o aprehensión debe informar de manera inmediata, utilizando un lenguaje claro y sencillo, los hechos y bases jurídicas en las que se fundamenta tal aprehensión –razones de hecho y derecho–, sea de forma oral o escrita y notificar por escrito los cargos legales que se imputan.[20]

Sin embargo, puede suceder que la persona a la que se detiene sea de nacionalidad extranjera y encuentre obstáculos en el idioma por hallarse en un medio social y jurídico diferente de los suyos, por lo que allí se torna imprescindible el derecho a la información sobre la asistencia consular.[21]

Además, la persona detenida tiene derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, un/a abogado/a y/o a su cónsul, según corresponda. Este derecho

19. Cf. Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

20. Cf. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 106. Por ello, no se satisface el artículo 7.4 de la CADH si solo se menciona la base legal. Cf. Corte IDH. *Caso Dial y otro Vs. Trinidad y Tobago.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 21 de noviembre de 2022. Serie C No. 476, párr. 52.

21. Cf. Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 152-154. En este sentido, se ha señalado que "es necesario que las razones de la detención sean comunicadas en un idioma que la persona detenida comprenda". Comité DH, Observación General N° 13. *Administración de justicia*, 21º período de sesiones (1984).

cobra un papel mucho más importante cuando la persona detenida es menor de edad.[22]

Por último, el inmediato control judicial de la detención se encuentra estipulado en el artículo 7.5 de la CADH, que exige que se lleve, sin demora y de forma presencial, a la persona privada de su libertad "ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales" de manera independiente e imparcial conforme el principio de juez natural.

Es obvio que en caso de flagrancia en la comisión de un delito no se requiere orden de detención previa emanada de juez competente,[23] pero sí un control judicial posterior.[24]

Quien juzga deberá oír personalmente (principio de inmediación) a la persona detenida y estará obligado/a

> a garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad.[25]

Esta garantía es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal.[26]

En tal sentido, tanto la Corte IDH como el TEDH han dado especial importancia al pronto control judicial de las detenciones a efecto de prevenir las arbitrariedades e ilegalidades. Cuando una persona ha sido privada de su libertad sin ningún tipo de control judicial, como se da en algunos casos de ejecuciones extrajudiciales, debe ser liberada o puesta inmediatamente a dis-

22. *Ibíd*., nota 19, párr. 130.

23. Cf. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 86 y nota 14, párr. 135.

24. Cf. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 67.

25. *Ibíd*., nota 19, párr. 127.

26. Cf. Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie c No. 114, párr. 118.

posición de la justicia. Si bien el vocablo "inmediatamente" debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención.[27]

Finalmente, el artículo 7.5 de la CADH establece un límite al tiempo en el que puede estar una persona detenida sin ser juzgada. El "plazo razonable" de duración del encarcelamiento preventivo difiere del establecido en el artículo 8.1 de la CADH en cuanto a la duración del proceso. Su fundamento "radica en el hecho [de] que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia […] El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio".[28]

No debe olvidarse que la persona acusada debe ser considerada inocente hasta que se pruebe su culpabilidad –cf. artículo 8.2 de la CADH–, por lo que si la detención previa al juicio es excesivamente prolongada se vacía de contenido al principio de inocencia, pues se le impone el mismo castigo severo que a las personas condenadas: la privación de la libertad.

La CIDH entendió que no se puede establecer un plazo razonable de prisión sin condena en forma abstracta. Más bien, debe fundamentarse en la sana crítica de quien juzga, que debe realizar un análisis caso a caso.[29] Esto no excluye

27. Cf. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 84.

28. CIDH, Informe No. 12/96, Caso 11.245, *Jorge Alberto Giménez*, Argentina, 1° de marzo de 1996, párr. 110.

29. *Ibíd*., nota 28, párr. 67. El Comité DH indicó que la reclusión previa al juicio no puede ser preceptiva ante todo tipo de delito, sino que debe analizarse según las circunstancias de cada caso y que habrá de determinarse caso a caso cuándo la medida es razonable y necesaria. Cf. Comité DH, Observación General N° 35, *Libertad y seguridad personales*, 112° período de sesiones (2014), párr. 38. En sentido similar, la Corte IDH consideró que la exclusión del beneficio del límite máximo de prisión preventiva que establecía la Ley N° 24.390 generó un trato desigual e irrazonable con respecto a las personas en prisión preventiva imputadas por un delito diferente al de narcotráfico, quienes, una vez cumplido el plazo de dos años estipulado en la señalada norma tenían derecho a solicitar su excarcelación. *Ibíd*., nota 3, párrs. 90 y 94.

> la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso.[30]

Además de la utilización de criterios pertinentes y suficientes para justificar la privación de la libertad sin condena de una persona acusada, debe ponderarse si las autoridades procedieron con "diligencia especial" en la instrucción del proceso para que el período de detención no fuera excesivo.[31]

La detención preventiva es una medida excepcional tendiente a asegurar que la persona acusada no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial, por lo que debe existir sospecha razonable de que ello podría ocurrir.

Si bien la gravedad del hecho y la posible severidad de la sanción pueden ser, en principio, tomados en consideración para fundar el peligro de fuga, son argumentos que se inspiran en criterios de retribución penal, por lo que su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad.[32]

Adicionalmente, existen otras medidas cautelares para asegurar la comparecencia de la persona inculpada que son mucho menos lesivas y no implican restricción de su libertad personal como, por ejemplo, las cauciones o el uso de tobilleras electrónicas.[33] De esta forma, no cabe privar de la libertad a una

30. *Ibíd*., nota 28, párr. 70.

31. *Ibíd*., nota 28, párr. 83.

32. *Ibíd*., nota 28, párr. 86.

33. Cf. Rey, S. A. (2011). Límites al encarcelamiento preventivo e investigación de graves violaciones de derechos humanos. *Doctrina Judicial*, *XXVII*(31), 27. La Corte IDH ha hecho referencia a la adopción de medidas no privativas de la libertad para ciertos grupos de personas, estándares que resultan con más razón aplicables para los casos de encarcelamientos preventivos. Así, ha señalado que "para determinar la viabilidad de la aplicación de medidas no privativas de libertad en favor de las personas mayores, así como la definición del tipo de medida, es necesario ponderar distintos factores, incluidos el tipo y la gravedad del delito cometido, la personalidad y los antecedentes de la persona condenada, la situación de salud de la persona, el riesgo para su vida sobre la base de informes médicos,

persona con base en que el presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social.

Con relación a la utilización de los antecedentes criminales de una persona y el riesgo de reincidencia como criterio, que se fundan en la peligrosidad social de un individuo, la CIDH consideró que

> en la evaluación de la conducta futura del inculpado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad […] Dado que el encarcelamiento previo constituye la privación de la libertad de un individuo que todavía se beneficia de la presunción de su inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga y en el hecho de que dicha libertad pueda resultar en algún riesgo significativo.[34]

En cuanto a los riesgos procesales, como bien advierte Bovino,

> parece difícil que la eventual huida futura del imputado pueda ser verificada de alguna manera, salvo casos excepcionales en los cuales se descubre al imputado cuando ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la justicia. Lo mismo ocurre con el entorpecimiento de la investigación. Aun cuando se demuestre

---

las condiciones de detención y las facilidades para que sea atendida adecuadamente, los objetivos de la pena impuesta y los derechos de las víctimas". Corte IDH. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 348. Con relación a las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales, sostuvo que "no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado adecuados, que incluya espacios, equipo y personal calificado (de medicina y enfermería) […] si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro no permite el ejercicio mínimo de derechos básicos, según las circunstancias del caso, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen". Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párrs. 184 y 244.

34. *Ibíd*., nota 28, párr. 91.

> que lo hizo en el pasado, de ello no se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.[35]

Sobre la prisión preventiva en particular, la Corte IDH ha entendido que

> es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, pues es una medida cautelar, no punitiva.[36]

Esto implica no solo que la regla debe ser la libertad de la persona investigada mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal,[37] sino también que la prisión preventiva debe encontrarse debidamente fundada y estar sujeta a revisiones periódicas, de tal forma que se procure no prologarla cuando no subsisten las razones que la motivaron.[38]

Para la Corte IDH, no se debe

> esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que [se] debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas

35. Bovino, A. (2004). *Justicia penal y derechos humanos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 102.

36. Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 70.

37. Cf. Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121, y CIDH, Informe No. 35/07, Caso 12.553, *Jorge, José y Dante Peirano Basso*, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 69 y 93.

38. Cf. 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. 311.

condiciones deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.[39]

En el ámbito nacional, el CPPN regula los requisitos y motivaciones que deben existir para el dictado de la prisión preventiva por ser considerada una medida cautelar en sus artículos 280, 316, 317 y 319.

El principio general es que la libertad personal solo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.

Si bien los párrafos iniciales de cada sentencia que impone una prisión preventiva señalan que toda persona será considerada inocente mientras una sentencia firme no sostenga lo contrario, luego, de manera casi automática, consagra la privación de la libertad como regla y elude su carácter excepcional, convirtiéndose en la respuesta tradicional del sistema penal.[40]

---

39. Cf. Corte IDH. *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 362 y nota 1, párr. 117.

40. Cf. Ávila, F. (2017). Sobre los límites de la prisión preventiva. En A. Martín (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 263-272, y Maier, J. B. J. (1999). *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, segunda edición, primera reimpresión. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 490. La CIDH ha advertido que existe un crónico uso extensivo de la prisión preventiva en la región, afectando de manera desproporcionada a personas pertenecientes a los sectores económicamente más vulnerables. CIDH (2013). *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, pp. 1 y 4. Los factores que explican esta práctica son las políticas criminales punitivistas como respuesta a los problemas de seguridad ciudadana; las amenazas o injerencias sufridas por los operadores judiciales, tanto dentro de la propia estructura de la administración de justicia penal como de otros poderes del Estado, por parte de la opinión pública y los medios masivos de comunicación, que redundan en una afectación a la independencia judicial; y la existencia de la utilización exacerbada de esa medida de coerción como una práctica judicial históricamente arraigada. Del mismo modo, el Tribunal interamericano ha criticado el uso excesivo y abusivo de la prisión preventiva en la región, por lo que una gran proporción de personas privadas de libertad en centros penitenciarios no cuentan con una condena firme. Para el año 2018, el promedio de personas que se encontraban en prisión preventiva alcanzaba el 36.3% del total de la población penitenciaria. Cf. Corte IDH. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párrs. 27 y 100.

La normativa procesal vigente establece que, al momento de decidir sobre la procedencia de esta medida cautelar, quien juzga evaluará si la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores hicieren presumir, fundadamente, que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.[41]

Podrá concederse la exención de prisión cuando pudiere corresponderle a la persona imputada un máximo no superior a los ocho años de pena privativa de la libertad, así como cuando quien juzga estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis y 146 del CPNA.

41. El artículo 218 del Código Procesal Penal Federal dispone que "[c]orresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código. No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos: a) Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional; b) En los delitos de acción privada; c) Cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas". El artículo 220 agrega que deben existir "elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste". Finalmente, los artículos 221 y 222 brindan elementos para decidir acerca del peligro de fuga (a. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; b. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos; c. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permita presumir que no se someterá a la persecución penal) y para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad (indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución; c. Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren).

En función de los criterios adoptados en el SIDH, la CSJN en "Estévez" afirmó que la prisión preventiva debía dejar de ser la regla,[42] apartándose del desafortunado estándar de "Bramajo".[43]

Asimismo, en "Veliz"[44] declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley N° 24.390 –que excluía del beneficio del límite máximo de prisión preventiva a las personas en prisión preventiva imputadas por el delito de narcotráfico–.

Finalmente, en "Loyo Fraire" hizo suyos los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal, que rechazó la interpretación de la normativa procesal penal provincial por la cual se presuma que la gravedad de los delitos y la pena en expectativa por sí misma alcancen para fundar un peligro procesal que justifique la prisión preventiva, sin tener en cuenta las condiciones personales del imputado y el comportamiento que tuvo en el marco del proceso.[45]

42. CSJN, "Estévez, José Luis s/solicitud de excarcelación –causa n° 33.769–", *Fallos* 320:2105.

43. CSJN, "Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación –causa n° 44.891–", *Fallos* 319:1840. Para una crítica de esta jurisprudencia, ver Bovino, A. y Bigliani, P. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano.* Buenos Aires: Editores del Puerto - Defensoría General de la Nación, p. 112.

44. CSJN, "Recurso de hecho deducido por Linda Cristina Veliz en la causa 'Veliz, Linda Cristina s/causa n° 5640'", V. 210. XLI, 15 de junio de 2010.

45. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Guillermo Daniel Piñeiro en la causa Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/p. s. a estafa reiterada –causa n° 161.070–", L. 196. XLIX. RHE, 6 de marzo de 2014.

Capítulo 25

Trata de personas, trabajo forzado y esclavitud

Sebastián A. Rey

En la actualidad la trata de personas es una de las tres actividades delictivas más lucrativas a nivel mundial, después del tráfico de drogas y de armas. Se estima que las ganancias anuales son de 31.600 billones de dólares.[1]

Delitos como la prostitución y realización de actos sexuales forzosos, el tráfico y venta de órganos con fines comerciales, la pornografía infantil y la explotación laboral tienen un ineludible vínculo con el blanqueo de dinero o lavado de activos, ya que para canalizar las ganancias que sus autores obtienen es necesario que se les dé una apariencia legal, colocándolas en el sistema financiero.[2]

Si bien a continuación se analizará en profundidad la interpretación que normativa y jurisprudencialmente se ha dado a la trata de personas, el trabajo forzado y la esclavitud, conviene aclarar, de modo preliminar, que el trabajo forzado se realiza de modo involuntario bajo amenaza de una pena. Esto implica que incluye la mayoría de las modalidades de trata, aunque excluye otras como el matrimonio forzado y la extracción de órganos.

Además, la trata de personas no debe confundirse con el "tráfico de migrantes". Por citar solo algunas diferencias, en el tráfico no hay consentimiento viciado de parte de la persona migrante, involucra siempre cruzar alguna

1. Cf. Belser, P. (2005). *Force Labor and Human Trafficking: Estimating the Profits*. Ginebra: OIT, p. 17.

2. Cf. Onassis, E. F. (2011). *Trata de personas. La esclavitud del siglo XXI*. Córdoba: Lerner Editora S.R.L., p. 67.

frontera y la relación entre el traficante y la persona migrante termina cuando esta llega a destino.[3]

En el ámbito universal, el concepto de esclavitud no ha variado sustancialmente desde la Convención sobre la Esclavitud de 1926, que la define como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos". La trata de esclavos es equiparada a la esclavitud para efectos de su prohibición y eliminación.

La Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud[4] adoptada treinta años después extendió la protección a "instituciones y prácticas análogas a la esclavitud", como la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio forzado y la venta de NNyA.

Por su parte, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de esclavitud ha concebido a la esclavitud sexual como una forma de esclavitud, al definirla como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, incluida la disponibilidad sexual mediante la violación u otras formas de abuso sexual".[5]

3. Cf. Organización Internacional para las Migraciones y Comisión Interamericana de Mujeres (2006). *Trata de personas: Aspectos Básicos*. México: Instituto Nacional de Migración e Instituto Nacional de las Mujeres, p. 20.

4. La República Argentina la aprobó en el año 1963 mediante la sanción del Decreto-Ley N° 7672.

5. ECOSOC (1998). La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, Informe final presentado por la Relatora Especial Gay McDougall, E/CN.4/Sub.2/1998/13, párr. 27. El TEDH ha calificado a la explotación sexual de una adolescente como un trato inhumano o degradante. TEDH, *Case of V.C. v. Italy*, Application N° 54227/14, Court (First Section), 1 February 2018.

En cuanto al trabajo forzoso, su prohibición es una norma de *ius cogens*[6] que ha sido incorporada a diversos instrumentos jurídicos. Su práctica es considerada una forma de esclavitud.[7]

Para que se configure este delito se requiere: a) la amenaza de pena y b) la falta de voluntariedad. El primer elemento puede asumir diversas formas y graduaciones:[8] puede implicar violencia física,[9] aislamiento o confinación,[10] la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares,[11] las torturas físicas o psíquicas, la violación sexual[12] o la retención y confiscación de los documentos de identidad de la persona trabajadora.[13]

No constituye trabajo forzoso cuando la persona trabajadora se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alter-

6. Cf. CIDH (2007). *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia,* OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, párr. 269; CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012, I. C. J. Reports 2012, párr. 93, y *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, Second Phase, Judgment of 5 February 1970, I. C. J. Reports 1970, párr. 34; OIT (2017). *Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*, Informe III (Parte 1B), Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 96º reunión, párr. 10.

7. Cf. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002, Appeal Chamber, párr. 119, y OIT (1996). *Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT para examinar la observancia por parte de Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930*, *Vol. LXXXI, 1998, Series B, Special Supplement*, párr. 198.

8. Cf. Comité DH, Communication **N°** 1036/2001, *Bernadette Faura v. Australia*, 23 November 2005, CCPR/C/85/D/1036/2001, párr. 7.5.

9. Cf. CIDH, nota 6, párr. 271, y OIT (2001). *Alto al trabajo forzoso*, Informe I (B), Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 89° reunión, párr. 71.

10. Cf. Consejo DH, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian: Misión al Perú*, 15 de agosto de 2011, A/HRC/18/30/Add.2, párr. 42, y OIT, nota 8, párr. 83.

11. Cf. CIDH, Informe No. 86/19, Caso 12.949, *Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros*, Guatemala, 14 de julio de 2010, párr. 311.

12. *Ibíd*., nota 10, párr. 46.

13. Cf. OIT (2009). *El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo,* Informe I (B), Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 98° reunión, párr. 24.

nativas de empleo, si los salarios son bajos o las condiciones laborales son precarias.[14]

El segundo requisito establece que la persona debe realizar el trabajo contra su voluntad, bajo engaño,[15] por estar bajo el dominio de quien la emplea,[16] o por no poder retirar el consentimiento emitido libremente.[17]

Por último, la trata de personas, que ha sido señalada como una forma contemporánea de esclavitud en una escala masiva, se encuentra tipificada en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (también denominado "Protocolo de Palermo"). El objeto de este tratado es prevenir la trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas.

En su artículo 3 define la trata de personas como

> 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.

El tratado estipula que el consentimiento dado por la víctima de trata a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios antes enunciados. Asimismo, en caso de NNyA, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción con fines de

14. *Ibíd*., nota 13, párr. 23, y OIT (2005). *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe I (B), Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 93º reunión, párr. 13.

15. Cf. Andrees, B. y Hauchère, A. (2009). *El trabajo forzoso y la trata de personas. Manual para los inspectores del trabajo*. Ginebra: OIT, p. 4.

16. Cf. CIDH (2009). *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, párr. 94.

17. Cf. OIT, nota 7, párr. 40.

explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a dichos medios.

Hay factores que facilitan la trata de personas, como las fronteras permeables, la corrupción de funcionarios/as públicos/as y la limitada capacidad de los órganos migratorios. Para prevenir este delito es imprescindible que se capacite correctamente a las fuerzas de seguridad y personal de salud para que puedan formular las preguntas adecuadas, de modo de poder identificar a las víctimas.

Con relación a las víctimas de la trata de personas, el artículo 6 del Protocolo de Palermo establece el deber de garantizar su seguridad física y la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata. Además, cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de trata, en particular mediante el suministro de alojamiento adecuado, asesoramiento jurídico en un idioma que puedan comprender, asistencia médica, psicológica y material, y oportunidades de empleo, educación y capacitación.

En cuanto a la persecución penal de este delito, a pesar de su situación de víctimas de violaciones de los derechos humanos, muchas personas objeto de trata están implicadas en delitos de algún tipo, si bien en condiciones de coacción. Los desarrollos en el derecho internacional muestran un rechazo creciente a la práctica de detener, acusar y procesar a las víctimas de trata por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino o por haber participado en actividades ilícitas, en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.[18]

El Protocolo de Palermo no aborda específicamente la cuestión del procesamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de trata. No

18. Cf. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2010). *Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas. Comentario*, HR/PUB/10/2, pp. 133 y 135. Por ejemplo, las personas objeto de trata pueden no disponer de los debidos documentos de migración o trabajo; es posible que sus documentos de identificación estén falsificados o que se les hayan retirado, o que las actividades de explotación que se imponen a una persona víctima de la trata, como la prostitución, la mendicidad u otras, sean ilegales en el Estado de destino.

obstante, el órgano creado para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del tratado ha afirmado que

> los Estados parte deberían […] [e]studiar, de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales.[19]

En el marco de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, existe una vasta jurisprudencia del TEDH en materia de violaciones al artículo 4 del CEDH que consagra la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio.

El Tribunal consideró que el Convenio específicamente permite obligar a una persona a realizar un trabajo mientras se encuentra privada de la libertad, siempre y cuando no exceda los límites ordinarios que son razonables para su reinserción y la obligación de realizar el trabajo esté establecida legalmente.[20]

El contenido de la prohibición de realizar trabajos forzados fue examinado en "Van Der Mussele". La víctima, un abogado que había sido obligado a defender a aproximadamente cincuenta personas carentes de recursos econó-

19. Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas (2009). Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo celebrada en Viena los días 14 y 15 de abril de 2009, CTOC/COP/WG.4/2009/2, párr. 12. En sentido similar, ver, entre muchos otros, AG, Resolución 156 (LXIII). Trata de mujeres y niñas, 18 de diciembre de 2008, párr. 12; Resolución 144 (LXI). Trata de mujeres y niñas, 19 de diciembre de 2006, párr. 18; Resolución 176 (LVII). Trata de mujeres y niñas, 18 de diciembre de 2002, párr. 8, y Resolución 66 (LI), Trata de mujeres y niñas, 12 de diciembre de 1996, párr. 7; Consejo DH, Resolución 11/3, *La trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 27ª sesión, 17 de junio de 2009, párr. 3; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales respecto del examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Kenya, CRC/C/KEN/CO/2, 19 de junio de 2007, párr. 66; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Líbano, CEDAW/C/LBN/CO/3, 8 de abril de 2008, párrs. 28 y 29; Observaciones finales: Singapur, CEDAW/C/SGP/CO/3, 15de agosto de 2007, párrs. 21 y 22, y Observaciones finales: Viet Nam, CEDAW/C/VNM/CO/6, 2 de febrero de 2007, párrs. 18 y 19.

20. Cf. TEDH, *Cases of De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Applications N° 2832/66, 2835/66 and 2899/66, Court (Plenary), 18 June 1971, párr. 89.

micos, reclamó que se le pagaran sus honorarios por el tiempo y trabajo que dicha tarea le demandó.

El TEDH señaló que el artículo 4 del CEDH no define el contenido del término "trabajo forzado" y ello tampoco surge de los trabajos preparatorios, aunque pareciera que la intención de quienes lo redactaron fue seguir la definición contenida en el artículo 2 del Convenio N° 29 de la OIT relativo al trabajo forzado u obligatorio.

Si bien reconoció que el denunciante había realizado un trabajo, lo importante era definir si había sido obligado a hacerlo. En este sentido, destacó que un trabajo que surge de un contrato celebrado voluntariamente por las partes no está alcanzado por el artículo 4 del CEDH solo por el hecho de que se haya establecido una sanción –el despido– en caso de incumplimiento. La clave reside en que la víctima, quien teme ser sancionada, nunca haya tenido la voluntad de realizar la conducta a la que se ve obligada.[21] Es decir, para que se configure este delito se requiere que sus dos elementos, la amenaza de pena y la falta de voluntariedad, se presenten de forma acumulativa.

En el caso citado, si el abogado se rehusaba a defender a esas personas no iba a ser sujeto a sanción penal alguna, aunque corría un riesgo de que se lo excluyera del registro de abogados, lo cual le habría generado un perjuicio. Pese a ello, el TEDH entendió que la obligación impuesta a quienes ejercían la abogacía no era excesiva o desproporcionada en relación con las ventajas que el futuro ejercicio de la profesión les otorgaba. A partir de ello, concluyó que no se violó el artículo 4 del CEDH.

A diferencia de la reducción a servidumbre, para que se configure un trabajo forzado no sería necesario demostrar que la víctima vivía en una situación de exclusión total del mundo exterior o que era desprovista totalmente de su libertad de movimiento.[22]

21. Cf. TEDH, *Case of Van Der Mussele v. Belgium*, Application N° 8919/80, Court (Plenary), 23 November 1983, párr. 34.

22. Cf. TEDH, *Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, Requête N° 21884/15, Cour (Première Section), 30 Mars 2017, párr. 99.

Para considerar a una persona como víctima de ser sometida a servidumbre debe estarse ante una privación de la libertad particularmente grave.[23]

En "Siliadin" la denunciante solicitó que se condene a Francia porque su normativa interna no le brindó una protección suficiente y eficaz contra los trabajos forzados o la reducción a la servidumbre. A la edad de 15 años había llegado a dicho país con una mujer francesa de origen togolés, con quien su padre había acordado que trabajaría hasta que pudiese pagarle el costo del pasaje de avión. La mujer haría los trámites para que la joven regularice su estatus migratorio y le conseguiría una plaza en una escuela. Sin embargo, al arribar a Francia le retuvo su pasaporte y nunca le pagó por su trabajo como personal doméstico.[24]

En cuanto a la posibilidad de que el Estado no responda por violaciones al artículo 4 cometidas por particulares, el Tribunal afirmó que esa limitación sería inconsistente con los instrumentos internacionales sobre la materia, toda vez que los volvería ineficaces. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de sancionar normas penales y perseguir a quienes realicen conductas que impliquen violaciones al artículo 4 del CEDH, aun cuando no sean funcionarios públicos.[25]

Para el TEDH, el trabajo forzado siempre implica cierta coacción física o mental. Si bien la víctima en el presente caso no había sido amenazada, se encontraba en una situación de grave vulnerabilidad que permitía inferir que se

23. Cf. TEDH, *Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, Application N° 7906/77, Court (Plenary), 24 June 1982, párr. 58.

24. Cf. TEDH, *Case of Siliadin v. France*, Application N° 73316/01, Court (Second Section), 26 July 2005, párr. 11. La denunciante fue "prestada" a otra familia para que trabajara como niñera durante quince horas, los siete días de la semana. En una oportunidad logró escapar, pero por orden de su tío volvió a trabajar en la casa de esa familia, donde sus condiciones de vida no se modificaron. En otra ocasión logró recuperar su pasaporte y se escapó, formulando una denuncia que motivó un allanamiento policial en el domicilio de la citada familia. En la investigación penal que se llevó adelante los tribunales franceses consideraron que la víctima no había recibido remuneración alguna y que sus empleadores se habían aprovechado de su estatus migratorio irregular y de que no tenía recursos ni conocidos en aquel país, por lo que los condenaron a la pena de un año de prisión y al pago de una multa. Esta sentencia fue luego revocada por la Alzada que declaró a los acusados inocentes.

25. *Ibíd*., nota 24, párrs. 89 y 112.

sentía obligada a cumplir con el trabajo o de lo contrario no sería regularizada migratoriamente y la expulsarían a Togo.

En función de lo expuesto, concluyó que la víctima había sido sometida a servidumbre mientras era menor de edad[26] y que el Estado, al no tener tipificado en su derecho interno dicho delito, no permitió que se sancionara a los autores de la violación de los derechos humanos de la joven.

En otro caso, dos víctimas de origen burundés habían sido enviadas a Francia y obligadas a realizar tareas sin remuneración a cambio en la casa de un funcionario de la UNESCO. A diferencia de "Siliadin", los autores de someter a las víctimas a trabajos que afectan la dignidad humana habían sido condenados por los tribunales franceses y una de las víctimas concurría a la escuela y disponía de tiempo para hacer sus tareas.[27]

El Tribunal sostuvo que todo trabajo que una persona realiza bajo amenaza de una sanción no constituye necesariamente un supuesto de trabajo forzado, por lo que se debe tener en consideración la naturaleza y el volumen de la actividad que se desarrolla. Ello permitiría distinguir entre el trabajo forzado y aquel que puede ser razonablemente exigido en el marco de la ayuda familiar o la cohabitación.

En el caso en análisis, consideró que una de las víctimas había sido obligada a realizar tareas de una importancia tal que sin su ayuda la familia del funcionario hubiera tenido que contratar a un empleado remunerado.

En cuanto a la noción de pena, el TEDH utilizó un criterio amplio; es decir, no solo puede consistir en sanciones o violencia física, sino también psicológica, como la posible denuncia sobre la situación migratoria irregular de una persona a las autoridades migratorias.[28] Por lo tanto, la amenaza de ser devueltas a Burundi, en el marco de una guerra civil, fue considerada como la posibilidad de ejecutar una pena.

Finalmente, sostuvo que la trata de personas es jurídicamente diferente al trabajo forzado y al sometimiento a servidumbre, siendo este último un tipo

26. *Ibíd*., nota 24, párr. 124.

27. TEDH, *Case of C. N. and V. v. France*, Application N° 67724/09, Court (Fifth Section), 11 October 2012, párr. 23.

28. *Ibíd*., nota 27, párr. 77.

especial de trabajo forzado agravado.[29] La diferencia entre el trabajo forzado y el sometimiento a servidumbre consiste en que en el segundo la víctima siente que su condición es inmutable y que no podrá salir de ella.

En "C. N." una ciudadana ugandesa víctima de violencia sexual y psicológica en su país había escapado al Reino Unido utilizando un pasaporte falso en busca de mejores oportunidades. Una vez allí, se le retuvo el pasaporte y vivió en casas que pertenecían a un familiar, que le advirtió que no hablara con nadie y la atemorizaba constantemente. Empezó a trabajar en diferentes lugares, pero su sueldo se le entregaba a otra persona que le enviaba un porcentaje a su familiar, quien finalmente nunca le dio dinero.

Al momento de analizar si el Estado había incumplido sus deberes, el TEDH consideró que las autoridades locales deberían haber tenido alguna sospecha creíble de que la víctima había sido sometida a servidumbre doméstica. Si bien el Estado investigó la denuncia de la víctima, en su derecho interno no existía un tipo penal específico que criminalizara la conducta establecida en el artículo 4 del CEDH.[30] En particular, cuestionó que las investigaciones estuvieron dirigidas en todo momento a analizar el delito de trata de personas y, ocasionalmente, al trabajo forzado o el sometimiento a servidumbre doméstica, delito específico que implica una compleja dinámica de diferentes formas de coerción para obligar a la víctima a obedecer.

En cuanto a la problemática de la trata de personas, queremos destacar el *leading case* "Rantsev". La víctima era una ciudadana rusa que viajó a Chipre con un permiso de trabajo para desempeñarse como bailarina en un cabaret. En una ocasión abandonó el lugar donde vivía, por lo que su empleador realizó una denuncia para que las autoridades migratorias revocaran su visa, de modo de poder traer a otra chica a trabajar en su lugar. Cuando la encontró en una discoteca la subió a su auto y la llevó a la estación de policía. Dado que su situación migratoria era regular, los oficiales le dijeron al empleador que se la llevase porque no iba a permanecer detenida. A la mañana siguiente,

29. *Ibíd*., nota 27, párrs. 90 y 91.

30. TEDH, *Case of C. N. v. The United Kingdom*, Application N° 4239/08, Court (Fourth Section), 13 November 2012, párr. 74.

la víctima apareció muerta en la vereda de su departamento, luego de haber saltado al intentar escapar de allí.

Utilizando la "teoría del riesgo", el TEDH sostuvo que durante el tiempo que la víctima permaneció en la estación de policía no era previsible para los oficiales tener conocimiento de que existía un riesgo real e inminente de que fuera víctima de trata de personas.[31] Sin embargo, el Estado tenía el deber de investigar las razones por las que los oficiales la entregaron en custodia a su empleador y la posibilidad de que existieran actos de corrupción en las fuerzas policiales.

Si bien el CEDH no hace referencia a la trata de personas, toda vez que es un fenómeno que se ha incrementado recién en las últimas décadas,[32] el Tribunal afirmó que el concepto de esclavitud ha evolucionado, abarcando distintas formas de esclavitud basadas en el ejercicio de poder vinculado al derecho de propiedad.

Para determinar la existencia de formas modernas de esclavitud hay que tener en cuenta factores como el control de los movimientos de una persona, el control psicológico, si se adoptaron medidas para prevenir o evitar que escape, y si había un control de su sexualidad o trabajo forzado.

La trata de personas, por su propia naturaleza, implica el ejercicio de poder e implica considerar a las personas como meras mercancías. Se vigilan sus actividades y sus movimientos son limitados a través del uso de la violencia y las amenazas.[33]

Haciendo una interpretación evolutiva del tratado, el TEDH entendió que no era necesario identificar si el trato recibido por la víctima había constituido esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, toda vez que la protección contra la trata de personas también se encuentra incluida en el artículo 4 del tratado.

Al analizar las obligaciones del Estado para combatir la trata de personas, destacó que además de las sanciones penales se deben adoptar medidas para regular los trabajos que frecuentemente se utilizan como fachadas para la tra-

31. TEDH, *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application N° 25965/04, Court (First Section), 7 January 2010, párr. 170.

32. *Ibíd*., nota 31, párrs. 196 y 197.

33. *Ibíd*., nota 31, párr. 200.

ta de personas, por lo que la normativa migratoria también debería tener en cuenta el combate contra la trata.

Por lo expuesto, concluyó que la ausencia de una clara política migratoria y de normativa efectivas en Chipre favoreció la trata de mujeres. En particular, cuestionó que los permisos de trabajo sean solicitados por los dueños de los clubes nocturnos, lo que incrementaba el riesgo de que las artistas sean víctimas de trata.

Adicionalmente, consideró que las autoridades chipriotas conocían que un gran número de mujeres extranjeras provenientes de la ex Unión Soviética estaban siendo tratadas utilizando visas de artistas, para finalmente ser explotadas sexualmente en cabarets. Por lo tanto, si bien los oficiales de policía no conocían el riesgo de que se vulnere el derecho a la vida de la víctima, sí estaban al corriente de que podía ser víctima de explotación o trata.

Por último, declaró que Rusia también había incumplido el artículo 4 del CEDH, toda vez que no investigó las circunstancias en que la víctima había sido reclutada, ni sancionó a los responsables de haberlo hecho.

En el caso de una joven vietnamita que había sido detenida en el Reino Unido durante un allanamiento a una granja donde se cultivaba cannabis, el TEDH consideró que las autoridades deberían haber estado especialmente alertas a la posibilidad de que pudiera ser víctima de trata.

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. Esa evaluación debe basarse en criterios identificados en el Protocolo de Palermo y la Convención para la Lucha contra la Trata de Personas. Una vez realizada esta evaluación, cualquier decisión judicial que se adopte deberá tenerla en cuenta.[34]

Cuando un delito pudo haber sido cometido por víctimas de trata debido a la explotación que padecen, el Estado debe tener en cuenta esa información al momento de acusar y resolver, debiendo contar con una válvula de escape,

34. Cf. TEDH, *Case of V., C. L. and A. N. v. The United Kingdom*, Applications N° 77587/12 and 74603/12, Court (Fourth Section), 16 February 2021, párr. 160.

que es la "no punibilidad" o "no culpabilidad", para no llevar adelante procesos contra verdaderas víctimas de explotación y sometimiento.

Además, los Estados deben evitar la revictimización de las víctimas. En "S. Z." el TEDH determinó la violación del CEDH dado que la víctima no solo debió trasladarse al juzgado en numerosas ocasiones, sino también debió declarar en siete oportunidades.[35]

El Tribunal también ha destacado que la identificación y asistencia de las víctimas debe ser independiente de los procedimientos penales que fueran llevados a cabo, toda vez que ambas cuestiones persiguen fines diferentes. La primera es necesaria incluso cuando el delito no ha sido establecido de manera formal en sede penal.[36]

En este sentido, el artículo 4 del CEDH exige que se sancionen normas para prohibir y sancionar la trata, que se investiguen situaciones de posible trata y que se tomen medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de trata.[37]

Para concluir, en "M. and others" las tres denunciantes eran jóvenes de origen romaní que habrían sido llevadas engañadas desde Bulgaria a Italia bajo la promesa de que conseguirían trabajo. Si bien podrían haber sido víctimas de trata, su versión de los hechos no había sido lo suficientemente probada, por lo que el TEDH no analizó la obligación del Estado de combatir este delito penalmente.[38]

El Tribunal consideró que el caso podría consistir en un típico matrimonio de acuerdo con las tradiciones romaníes. Aun cuando el padre de una de las víctimas pudo haber recibido dinero en función del matrimonio, ello no

35. Cf. TEDH, *Case of S. Z. v. Bulgary,* Application N° 29263/12, Court (Fourth Section), 3 March 2015.

36. Cf. TEDH, *Case of J. and others v. Austria*, Application N° 58216/12, Court (Fourth Section), 17 January 2017.

37. Cf. TEDH, *Case of S. M. v. Croatia*, Application N° 60561/14, Court (Grand Chamber), 25 June 2020, párrs. 247 y 306.

38. Cf. TEDH, *Case of M. and others v. Italy and Bulgaria*, Application N° 40020/03, Court (Second Section), 31 July 2012, párrs. 154 y 155.

constituyó un supuesto de esclavitud, ya que no implicó una transferencia de la propiedad sobre la joven, sino un obsequio de una familia.[39]

El solo pago de una suma de dinero no alcanza para considerar que se está ante un caso de trata de personas. Debe, además, existir evidencia de que el matrimonio se realizó con fines de explotación sexual o de cualquier otro tipo, de conformidad con la definición establecida en el Protocolo de Palermo.[40]

En el ámbito interamericano, el artículo 6.1 de la CADH dispone que "nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas".

En "Masacres de Río Negro" varias víctimas menores de edad habían sido sustraídas de su comunidad en el marco del conflicto armado interno en Guatemala y luego fueron obligadas a trabajar en casas de miembros de las autodefensas civiles.

La Corte IDH señaló que "la protección contra la esclavitud y servidumbre es una obligación internacional *erga omnes*, derivada 'de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana'", por lo que "cuando los Estados tengan conocimiento de un acto constitutivo de esclavitud o servidumbre, en los términos de lo dispuesto por el artículo 6 de la CADH, deben iniciar *ex officio* la investigación pertinente a efecto de establecer las responsabilidades individuales que correspondan".[41]

De igual modo, en "López Soto y otros" definió a la esclavitud sexual como

> una forma particularizada de esclavitud, en la que la violencia sexual ejerce un rol preponderante en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona. Por tal motivo, en estos casos los factores relacionados con limitaciones a la actividad y a la autonomía sexual de la víctima constituirán fuertes indicadores del ejercicio del dominio. La esclavitud sexual se diferencia así de otras prácticas análogas a la esclavitud que no contienen un carácter sexual. Asimismo, el elemento de la esclavitud es determinante para diferenciar estos actos de otras formas de violencia sexual. Al identificar tales conductas como una for-

39. *Ibíd*., nota 38, párrs. 160 y 161.

40. *Ibíd*., nota 38, párr. 163.

41. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 225.

> ma de esclavitud, se tornan aplicables todas las obligaciones asociadas a la naturaleza *jus cogens* de su prohibición, esto es, a su carácter absoluto e inderogable.[42]

Por ende, para catalogar una situación como esclavitud sexual es necesario verificar los siguientes elementos: a) el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona, y b) la existencia de actos de naturaleza sexual que restringen o anulan la autonomía sexual de la persona.[43]

El Tribunal regional interpretó que la esclavitud sexual, como violación de derechos humanos, se encuentra comprendida por la prohibición del artículo 6 de la CADH, independientemente de la existencia de un contexto determinado. Además, afirmó que la constatación de una situación de esclavitud representa una restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano y podría representar violaciones a los derechos a la integridad física, a la libertad personal, a la dignidad y a la autonomía personal y a la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la sexualidad, entre otros.[44]

Finalmente, consideró necesario visibilizar el carácter sexual de la esclavitud ejercida en ese caso y así "reconocer esta modalidad más específica que afecta desproporcionadamente a las mujeres, en tanto exacerba las relaciones de subordinación y dominación históricamente persistentes entre hombres y mujeres. Es por ello que constituye una manifestación de la discriminación contra la mujer".[45]

En "Masacres de Ituango", la Corte IDH interpretó el artículo 6.2 de la CADH a la luz del artículo 2.1 del Convenio N° 29 de la OIT. En virtud de ello, sostuvo que el trabajo forzado consta de dos elementos: a) debe ser exigido bajo amenaza de una pena, y b) ser llevado a cabo de forma involuntaria.[46]

En cuanto al primer elemento, sostuvo que podía presentarse como "coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de

42. Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 176.

43. *Ibíd*., nota 42, párr. 179.

44. *Ibíd*., nota 42, párr. 178.

45. *Ibíd*., nota 42, párr. 181.

46. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 160.

muerte dirigida a la víctima o a sus familiares".[47] Por su parte, el segundo se constata cuando no hay voluntad para comenzar o continuar con el trabajo forzado, ya sea mediante "la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica".[48]

El contenido del artículo 6 de la CADH fue desarrollado con mayor profundidad en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, en el que se probó que existía un mecanismo de reclutamiento de trabajadores, en su mayoría analfabetos provenientes de regiones distantes del país, a través de fraudes y engaños, que derivaba en una situación de servidumbre por deuda, toda vez que del salario irrisorio que recibían se les descontaba los gastos de comida, medicamentos y otros productos, generándose una deuda impagable para ellos.[49] Como agravante a ese sistema conocido como peonaje, *truck system* o *barracão*, los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes.

Cabe mencionar que los trabajadores no se podían liberar de esa situación debido a: a) la presencia de guardias armados; b) la restricción de salida de la Hacienda sin el pago de la deuda adquirida; c) la coacción física y psicológica de parte de los reclutadores y guardias de seguridad; y d) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga, dado que la Hacienda se encontraba aislada de los centros urbanos.

El caso presenta la particularidad de que abarca tanto situaciones de esclavitud como de reducción a servidumbre y trata de personas.

47. *Ibíd*., nota 46, párr. 161.

48. *Ibíd*., nota 46, párr. 164.

49. La Corte IDH explicó que el comercio de esclavos ha estado históricamente ligado al trabajo forzado en Brasil y la colonización portuguesa. La pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales, que provocaron la continuación del trabajo esclavo incluso luego de su abolición, dado que, al no tener tierras propias, ni situaciones laborales estables, muchos trabajadores se sometían a situaciones de explotación, aceptando el riesgo de caer en condiciones de trabajo inhumanas y degradantes. Ello se agravaba en el norte del país, donde la ausencia de control estatal se debía a que algunas autoridades federales, estaduales y municipales se habrían convertido en aliadas de los hacendados.

En cuanto a la esclavitud, la Corte IDH destacó que varios tratados han reiterado la prohibición de la esclavitud, la cual es considerada una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*).[50]

En la actualidad, para calificar una situación como esclavitud, el Tribunal regional entendió que se debe evaluar la manifestación de los llamados "atributos del derecho de propiedad": a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) uso de violencia física o psicológica; f) posición de vulnerabilidad de la víctima; g) detención o cautiverio; y i) explotación.[51]

Con relación a la servidumbre, debe recibir la misma protección y conlleva idénticas obligaciones que la esclavitud tradicional. La Corte IDH, siguiendo al TEDH, definió a la servidumbre como "la obligación de realizar trabajo para otros, impuest[a] por medio de coerción y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición".[52] Las formas de coerción pueden ser tanto explícitas como sutiles y, en general, la víctima siente que su condición es permanente y no hay posibilidad de cambios.

Para la Corte IDH, la trata de esclavos ha transcendido su sentido literal, para proteger a las personas traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento. En virtud de ello, identificó los siguientes elementos de la trata: a) el control de movimiento o del ambiente físico de la persona; b) el control psicológico; c) la adopción de medidas para impedir la fuga; y d) el trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución".[53]

50. Cf. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 249-264.

51. *Ibíd*., nota 50, párr. 272.

52. *Ibíd*., nota 50, párr. 279.

53. *Ibíd*., nota 50, párr. 288.

Por ende, a la luz del desarrollo del derecho internacional en las últimas décadas y la evolución del fenómeno de la trata de personas, la expresión "trata de esclavos y de mujeres" contenida en el artículo 6.1 de la CADH debe ser interpretada de manera amplia, de modo de incluir a la "trata de personas".

Entre las obligaciones que los Estados asumieron con relación a estos delitos se encuentran el deber de impedir que sus agentes y terceros participen en su comisión, adoptando todas las medidas apropiadas para poner fin a dichas prácticas y prevenirlas, así como para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo y el deber de investigar posibles situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso.

Ello implica que se debe iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que personas sujetas a la jurisdicción del Estado se encuentren sometidas a este flagelo. Asimismo, se debe eliminar toda legislación que legalice o tolere la esclavitud y la servidumbre y tipificar penalmente dichas figuras, con sanciones severas.

El Estado también debe realizar inspecciones u otras medidas de detección de dichas prácticas y adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas. Cuando existe la posibilidad de rescatarlas, la investigación debe ser emprendida con urgencia.

Finalmente, la estrategia de prevención debe ser integral; es decir, debe prevenir los factores de riesgo y, a la vez, fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a este fenómeno.[54]

En el caso en análisis, la Corte IDH entendió que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzosos, pero las características específicas a las que habían sido sometidos sobrepasaban los extremos de estos delitos, para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud. Asimismo, consideró probado que los trabajadores habían sido víctimas de trata de personas.[55]

54. *Ibíd*., nota 50, párrs. 317-320.

55. *Ibíd*., nota 50, párrs. 304 y 305.

Por último, el Tribunal hizo especial referencia a la condición de adolescentes de algunas de las víctimas, teniendo en cuenta las normas contenidas en la CDN -en particular, su artículo 32- y los Convenios N° 138 y 182 de la OIT, que integran el *corpus iuris* en la materia.

En función de ello, concluyó que los Estados tienen la obligación de:

> a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; c) asegurar a todos los niños que hayan sido liberados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos; y e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.[56]

También con relación a niños, en "Ramírez Escobar y otros" la Corte IDH se pronunció sobre la trata de personas con fines de adopción. Allí, destacó que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento.[57]

Para el Tribunal, "si bien por vía administrativa y por procedimiento notarial es posible llevar a cabo actos voluntarios de trascendencia, cuando se trata de la adopción de niñas o niños debe cuidarse que la simplificación del procedimiento no llegue al extremo de permitir una cosificación de la niña o niño y abrir el espacio para la trata de personas".[58]

Al analizar el elemento de finalidad de la definición de trata de personas, consideró que "no está limitado a un fin específico de explotación, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, sino que podría también comprender otras formas de explotación. Esta interpretación es acorde con el principio *pro*

56. *Ibíd*., nota 50, párr. 332.

57. Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351. párr. 242.

58. *Ibíd*., nota 57, párr. 244.

persona y el efecto útil de la prohibición de la trata de personas […] no existe una lista exhaustiva de los fines de explotación posibles en la comisión del delito de trata de personas".[59]

El Tribunal estimó que

> la adopción ilegal puede constituir una de las finalidades de explotación de la trata de personas. Una adopción ilegal por sí misma no constituye el delito de trata de personas, pero cuando los actos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas se cometen con el fin de facilitar o llevar a cabo una adopción ilegal se está ante un supuesto de trata de personas con fines de adopción. En este supuesto el traficante desarrolla estas conductas con el propósito de explotar a la propia niña o niño por medio de su cosificación para una adopción ilegal.[60]

Por lo tanto, aseguró que la adopción ilegal es una forma de explotación, de forma tal que la trata de personas con fines de adopción no requeriría para su configuración una explotación posterior del niño o de la niña, distinta a la propia adopción, pues la explotación viene dada por la propia comercialización bajo condiciones abusivas o medios fraudulentos e injustos, sea antes, durante o después del procedimiento de adopción.[61]

Con el objetivo de combatir la trata de personas con fines de adopción, el Estado debe impedir la "venta" de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de tipificar la "venta" de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una remuneración o cualquier otra retribución, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal.[62]

En el ámbito nacional, el crecimiento de la demanda y la escasez de la oferta hicieron que el valor de los órganos en el comercio aumente día a día y su nego-

59. *Ibíd*., nota 57, párr. 312.

60. *Ibíd*., nota 57, párr. 315.

61. *Ibíd*., nota 57, párrs. 314 y 315.

62. Cf. Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párrs. 139 y 177.

cio es sumamente lucrativo para la delincuencia. Los destinos más frecuentes de compradores de órganos en nuestro país son Alemania, Suiza e Italia.[63]

Asimismo, la Argentina es un país de origen, tránsito y destino de personas que van a ser explotadas sexual o laboralmente.[64] Se estima que en nuestro país hay al menos medio millón de personas involucradas con la explotación sexual y laboral. Somos también un país de tránsito de mujeres provenientes de otros Estados que son esclavizadas por redes de prostitución para llevarlas hacia Europa. También se recluta mediante engaño con fines laborales para trabajos textiles en la provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que luego son proveedores de grandes marcas nacionales e internacionales; agrícolas en el norte y centro del país; y en las industrias pesquera, de la construcción y del calzado.[65]

En el año 2008 se sancionó la Ley N° 26.634 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, que fue modificada cuatro años más tarde mediante la Ley N° 26.842.

La Ley N° 26.364 fija como sus objetivos "implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas".

A partir de la sanción de la Ley N° 26.842 se amplió la consideración acerca de las personas que se entienden como víctimas de trata, ya que el último párrafo del artículo 2 estableció que el modo en que se obtuvo el consentimiento de la víctima no tiene relevancia para eximir de responsabilidad a las personas acusadas en orden al delito de trata y explotación o promoción de la prostitución, sino que constituye una agravante que aumenta considerablemente el mínimo y máximo de la escala penal que le corresponde a quienes cometieran este delito (artículos 125 bis, 126, 127, 145 bis y 145 ter del CPNA). De este modo, se asume que algunas formas de explotación son coercitivas por su propia naturaleza.

63. *Ibíd*., nota 2, p. 57.

64. Cf. AG. Informe de la Relatora Especial sobre la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños, Argentina, A/HRC/17/35/Add., 24 de mayo de 2011.

65. *Ibíd*., nota 2, pp. 111-114, y Balatti, F. (2013). *Vivir para juzgarlos. La trata de personas en primera persona*. Buenos Aires: Planeta, p. 72.

En efecto, al tipificar este delito se dispuso que

> [s]e entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.
> A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

Una cuestión relevante que la norma recoge en su artículo 5 se vincula con la no punibilidad de las víctimas de trata de personas por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

En función de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de violencia de género, el análisis de este artículo debe realizarse con perspectiva de género, especialmente en lo relativo al transporte de estupefacientes por parte de mujeres, así como a las actividades o servicios sexuales, que involucran drogas, que son realizadas por personas trans como único medio de subsistencia, en función de que sistemáticamente carecen de posibilidades de inserción en el mercado laboral.

Para parte de la doctrina se trata de una excusa absolutoria de carácter estrictamente personal que se basa en la innecesaridad de la sanción penal, pese a la subsistencia de lo ilícito y de la culpabilidad. Para otro sector, la víctima que se encuentra en una situación angustiosa, de peligro inmediato y de la cual no puede salir sino a costa de sacrificar un bien extraño se encuentra en un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada, lo cual excluye su antijuridicidad. Finalmente, hay quienes entienden que en determinados casos la víctima de trata obra violentada por una fuerza física irresistible o

amenazas de sufrir un mal grave e inminente. Por ende, sería un supuesto de estado de necesidad disculpante, ya que no le ha sido posible llevar a cabo una conducta diferente (la correcta), lo que hace caer la legitimidad del reproche.

En los artículos 6 a 9 de la Ley N° 26.364 se establecen medidas de protección y garantías para el ejercicio de los derechos de las víctimas que son respetuosas de lo establecido en el Protocolo de Palermo, como prestar testimonio en condiciones especiales de cuidado, contar con asistencia psicológica, médica y jurídica y proteger su identidad e intimidad –lo que incluye la posibilidad de solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos, la confidencialidad de las actuaciones judiciales y la preservación de la identidad de aquellas–.

Resulta adecuado destacar tres medidas muy importantes adoptadas por el Estado argentino para el combate de la trata.

La primera fue la creación en el ámbito del Ministerio Público Fiscal del Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los Delitos de Trata y Explotación de Personas. Cualquier persona, incluso de manera anónima, podrá llamar sin cargo desde todo el territorio nacional y durante las veinticuatro horas del día al número telefónico 145 a fin de formular una denuncia sobre los delitos de trata y explotación de personas.

La segunda fue la creación de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, que fue reemplazada por el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Integrado por un equipo interdisciplinario, su objetivo principal es el acompañamiento y asistencia psicológica, social, médica y jurídica a las víctimas, desde el momento del rescate en los lugares de explotación hasta el momento de la declaración testimonial.

Por último, se encuentra la sanción del Decreto N° 936/11 que prohíbe en todo el territorio de la República Argentina la publicación de avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio, así como de avisos cuyo texto, haciendo referencia a actividades lícitas, resulte engañoso, teniendo por fin último la realización de alguna de las actividades antes

aludidas. Mediante estas publicaciones los medios de comunicación social contribuían a la construcción de representaciones sociales que fomentaban la violencia simbólica y mediática contra mujeres y niñas. Al mismo tiempo, la norma dio visibilidad y desalentó tanto la oferta sexual como la demanda –ya sea la que generan las organizaciones delictivas que lucran con la explotación sexual ajena como la demanda social más amplia que la sostiene, la de los denominados "clientes"–.[66] De allí que resulta necesario recordar que "sin clientes, no hay trata".

Para concluir, debemos advertir que la Ley N° 26.364 no modifica los imaginarios sociales.[67] La criminalización de las personas tratantes, si bien es necesaria, se encuentra sobrestimada, ya que no soluciona el problema de fondo. No resuelve las extremas condiciones de pobreza que padecen algunas regiones, que traen consigo altos grados de violencia, un aumento de la delincuencia y llevan a que las personas acepten ser explotadas o vendan a sus hijos/as. Tampoco brinda contención familiar a personas que se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad, por ejemplo, a las víctimas de violencia familiar. Por lo tanto, un auténtico combate de la trata de personas debe contemplar estos factores a los fines de poder erradicar la explotación humana.

66. Cf. Stevens, M. C. (2003). La erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual en los medios de comunicación: logros y desafíos de la política implementada por la República Argentina. En AA. VV, *Trata de personas: políticas de Estado para su prevención y sanción*. Buenos Aires: Infojus, p. 22.

67. Cf. Castro, N. E. (2011). *Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual: un estudio jurídico penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, p. 191.

Capítulo 26

Derecho a la integridad personal

Laura Iseas y Sebastián A. Rey

El derecho a la integridad personal implica el respeto por la vida de la persona en su aspecto físico, mental y moral. En otras palabras, es el derecho a la protección de la persona humana y su dignidad en toda su extensión. Forma parte del catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos en su ejercicio ni siquiera en casos de guerra, peligro público u emergencias que amenacen la independencia o seguridad del Estado.

La protección de la integridad personal comprende la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la regularización del uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado, la restricción de practicar exámenes médicos cuando la persona no los autorice y la prohibición de amenazas, entre otros aspectos. Su finalidad es, en definitiva, proteger a las personas de cualquier tipo de intervención que carezca de su consentimiento.

A nivel normativo, este derecho se encuentra consagrado en el Derecho Internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945 y los Convenios de Ginebra de 1949.

La DUDH garantiza en su artículo 5 que "[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Similar redacción tiene el artículo 7 del PIDCP.

En el ámbito americano, el artículo 5, inciso 1 de la CADH reconoce el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, mientras que el inciso 2 consagra la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por último, a nivel nacional el derecho a la integridad personal se infiere del artículo 18 de la CN, en particular de la prohibición de toda especie de tormentos y azotes, así como del artículo 144 del CPNA.

1. La tortura

Tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano, a los instrumentos mencionados en los párrafos anteriores se debe añadir normativa específica que regula la prohibición de la tortura. Dentro del ámbito de Naciones Unidas se encuentra la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada en 1984, que contó con el antecedente de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975. Por su parte, en el ámbito regional contamos con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscripta en 1985.

Si bien las definiciones de tortura de ambos tratados son similares, presentan algunas diferencias.

En efecto, el artículo 1 del tratado universal la define como

> [t]odo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por su parte, la CIPST la caracteriza como

> [t]odo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como

> pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Esta disposición debe ser leída en conjunto con el artículo 3 del tratado, que establece la necesaria participación de un funcionario público para que se cometa este delito –ya sea de forma directa o mediante otro tipo de participación, por ejemplo, como instigador de un particular o empleado público–.

Ambos instrumentos requieren que se produzca un daño físico o mental intencional y la participación de, al menos, un funcionario público. Asimismo, excluyen del tipo penal a los sufrimientos inherentes a una sanción legítima –por ejemplo, la pena privativa de la libertad– y establecen que no se podrá invocar como justificación al delito de tortura las emergencias o circunstancias excepcionales, ni la obediencia debida la orden de una autoridad superior.

Los Estados Partes en los dos tratados se comprometen a tipificar la tortura como delito en su legislación penal con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad, tomar medidas para prevenir y sancionar la tortura y reparar a las víctimas. Así, se reconoce el carácter preventivo tanto de la tipificación como de la persecución de la tortura.[1]

Ambas fuentes realizan un exhaustivo detalle de los procesos de extradición, tomando como premisa que en ningún caso se procederá a la extradición de una persona con peligro de ser sometida a tortura, del mismo modo que se concederá la extradición a las personas acusadas de cometer este delito. Finalmente, detallan una serie de pautas para investigar este delito y enfatizan la obligatoriedad de garantizar una educación y formación adecuada, en particular, para agentes policiales y funcionarios públicos.

No obstante, existen algunas diferencias. El tratado universal exige que el daño sea grave y tenga como finalidad obtener información o una confesión,

1. Cf. de Than, C. y Shorts, E. (2003). *International Criminal Law and Human Rights.* Londres: Sweet & Maxwell, p. 190.

castigar, intimidar o coaccionar a una persona o cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.[2] La definición del tratado americano es más amplia, toda vez que no exige una finalidad específica, sino que solo enumera algunas causales a modo de ejemplo. Además, consagra la prohibición de la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

La Corte IDH ha reconocido que la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *jus cogens*,[3] lo que implica que aun los Estados que no han ratificado ningún tratado de derechos humanos, no pueden intentar eludir o relativizar el carácter perentorio de dicha prohibición. Agregó que

2. Si bien la CIPST no incluye el calificativo "grave", la distinción con los tratos crueles se ve cubierta en el texto del Preámbulo. Cf. Barbero, N. (2011). *Análisis dogmático-jurídico de la tortura.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 53.

3. Entre otros, Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 143; *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 59; *Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 Serie C No. 211, párr. 140; *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, No. 215, párr. 271; *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 50; *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 120; *Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368, párr. 192, y *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párr. 180. En igual sentido, ver CIJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal),* Judgment of 20 July 2012, I. C. J. Reports 2002, párr. 99, y TEDH, *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application N° 35763/97, Court (Grand Chamber), 21 November 2001, Reports 2001-XI, párrs. 58-66; *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, Application N° 34503/97, Court (Grand Chamber), 12 November 2008, Reports 2008-V, párr. 73; *Case of Nait-Liman v. Switzerland,* Application N° 51357/07, Court (Second Section), 21 June 2016, párr. 116, y *Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Application N° 5809/08, Court (Grand Chamber), 21 June 2016, párr. 136.

> es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.[4]

Debido a que el artículo 5.2 de la CADH no precisa lo que debe entenderse como tortura, la Corte IDH ha recurrido tanto a la CIPST como a otros instrumentos internacionales que prescriben la prohibición de la tortura para interpretar cuáles son los elementos constitutivos de este delito.

En "Bueno Alves" interpretó el artículo 5 de la CADH juntamente con lo dispuesto en el artículo 2 de la CIPST. Entonces, para el Tribunal, los elementos constitutivos de la tortura son: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.[5]

Por ende, a los fines de la aplicación de la CADH no es requisito que el acto tenga que ser cometido por un funcionario público, puesto que lo dispuesto en el artículo 3 de la CIPST se refiere a las responsabilidades penales en el ámbito interno, siendo irrelevante para el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado.[6]

En este sentido, el TEDH destacó que la prohibición de la tortura se aplica a las relaciones interindividuales,[7] debiendo los Estados Partes adoptar me-

4. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 100, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 418.

5. Cf. Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79. En igual sentido, ver CIDH, Informe No. 66/12, Caso 12.324, *Rubén Luis Godoy*, Argentina, 29 de marzo de 2012, párrs. 80 y 81.

6. Cf. Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párrs. 189 y 190.

7. Cf. Sudre, F. (2009). L'intégrité de la personne. En F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire y M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, quinta edición. París: Presse Universitaires de France, p. 143.

didas para asegurar que los individuos bajo su jurisdicción no sean objeto de tortura o malos tratos.[8]

Al referirse a la autoría y participación en este crimen –especialmente en lo que hace a la responsabilidad penal de los superiores de la cadena de mandos–, la Corte IDH advirtió que "los autores materiales, instigadores y cómplices de los delitos de tortura y violación sólo pueden incurrir en esos injustos con dolo directo o eventual".[9]

Con respecto a la intencionalidad, se excluyen los actos imprudentes, accidentales o fortuitos.[10] Según Nash Rojas, uno de los aspectos más complicados en casos de tortura es probar la intencionalidad. Si bien la rigurosidad en un juicio de atribución de responsabilidad penal de un particular es no solo deseable, sino también exigible en virtud del principio de legalidad, en la adjudicación de responsabilidad al Estado el criterio es diferente. Se debe exigir una respuesta efectiva del Estado ante la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima y en las acciones emprendidas por el Estado para reparar dicha afectación. Una interpretación estricta del requisito de la intencionalidad puede impactar negativamente en la efectiva y eficaz protección de las víctimas.[11]

Al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte IDH señaló que se deben tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, tanto los

8. Cf. TEDH, *Case of Z and others v. The United Kingdom*, Application N° 29392/95, Court (Grand Chamber), 10 May 2001, Reports 2001-V, párrs. 73-75, y *Case of M. C. v. Bulgaria,* Application N° 39272/98, Court (First Section), 4 December 2003, Reports 2003-XII, párr. 149.

9. Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 301. El Tribunal destacó que en estos casos la responsabilidad puede surgir no solamente del dictado de órdenes, sino también por instigación, inducción, o cuando estando en posición de impedirlo, omitieran hacerlo. Las órdenes pueden no ser expresas, sino también implícitas y las instrucciones no necesariamente deben ser criminales en sí, sino que basta con que exista una probabilidad sustancial de que se cometan crímenes en la ejecución de la instrucción. *Id.*, párr. 302.

10. Corte IDH. *Caso J Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 364.

11. Cf. Nash Rojas, C. (2009). Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, 585-601.

factores endógenos como los exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.[12]

El Tribunal precisó que las características personales de una víctima de tortura pueden cambiar su percepción de la realidad y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando es sometida a ciertos tratamientos.[13]

Para la Corte IDH, someter a una persona detenida a amenazas de muerte y simulacros de fusilamientos necesariamente le provoca sentimientos profundos de angustia y vulnerabilidad, lo que constituye un acto de tortura.[14]

En "Maritza Urrutia" desarrolló el concepto de tortura psicológica, que comprende la angustia moral que producen las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas. Particularmente constituyen tortura psicológica los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.[15]

Por su parte, en "Bayarri" volvió a enfatizar que, cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, los Estados deben iniciar de oficio y de

12. Cf. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 86.

13. Cf. Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 250.

14. *Ibíd*., nota 12, párr. 88.

15. Cf. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 92-94. En igual sentido, se calificó la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una "tortura psicológica". Cf. Comité DH, *Miguel Ángel Estrella v. Uruguay*, Communication N° 74/1980, 29 March 1983, CCPR/C/OP/2 at 93 (1990), párr. 8.

inmediato una investigación minuciosa que garantice la pronta obtención y preservación de pruebas a los fines de poder establecer lo que ha sucedido.[16]

Al referirse a cómo deben investigarse los actos de tortura, el Tribunal entendió importante que

> las autoridades competentes tomen en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura y particularmente las definidas en el Manual para la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ("Protocolo de Estambul").[17]

La decisión de iniciar una investigación no es una facultad discrecional del Estado, sino que "constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole".[18]

Por lo tanto, el Estado no puede excusar su incumplimiento de la obligación de investigar hechos de tortura en la ausencia de tipificación al momento de los hechos.[19] Además, todas las denuncias de torturas, cuando haya mo-

16. Cf. Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 93.

17. Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 121. Para el TEDH, una investigación oficial efectiva incluye la recolección y custodia de la evidencia y la citación a declarar de los testigos. Cf. TEDH, *Case of Assenov and others v. Bulgaria,* Application N° 24760/94, Court (Chamber), 28 October 1998, Reports 1998-VIII,

18. Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 240, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 180.

19. Los Estados deben adoptar medidas constantes, decididas y eficaces para prevenir y combatir todos los actos de tortura, que deben ser tipificados como delitos por el derecho penal nacional y castigados con penas apropiadas, en las que se tenga en cuenta su gravedad. AG, Resolución 163 (LXXII). La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 73ª sesión plenaria. Para más información sobre el deber de sancionar casos de tortura, ver capítulo 23 de este Manual.

tivos fundados para creer que se han cometido, deben ser examinadas sin dilación y de manera imparcial por las autoridades nacionales competentes.[20]

Como expresó Nowak,

> [e]s preciso cerciorarse, por lo tanto, de que todos los funcionarios públicos, particularmente los médicos, el personal de las instituciones penitenciarias y los magistrados que tengan razones para sospechar que se ha practicado un acto de tortura o malos tratos lo notifiquen *ex officio* a las autoridades para que se realice la debida investigación de conformidad con el artículo 12 de la Convención [...] al margen de que se haya registrado una denuncia, la decisión de realizar una investigación no debiera ser discrecional, sino obligatoria.[21]

Pese a lo señalado, las denuncias por torturas pueden archivarse, en la medida en que esta decisión no se base únicamente en los informes médicos sobre el estado de salud del autor, sino en evidencias, informes y declaraciones de diversas fuentes.[22]

Por otra parte, vale la pena mencionar que la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos declaró que "[l]os gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley".[23]

En igual sentido, los redactores de la Convención universal sobre la materia tuvieron la intención de que quienes cometan actos de tortura reciban sentencias severas. En efecto, manifestaron que al aplicar el artículo 4 parece

---

20. Cf. AG, Resolución 205 (LXV). La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 71ª sesión plenaria, y Consejo DH, Resolución 13/19, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: la función y la responsabilidad de los jueces, los fiscales y los abogados, 44° período de sesiones, 26 de marzo de 2010.

21. Consejo DH, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, 13° período de sesiones, A/HRC/13/39, 9 de febrero de 2010, párr. 46.

22. Cf. CCT, *Mariano Eduardo Haro v. Argentina*, Communication Nº 366/2008, 23 May 2014, CAT/C/52/D/366/2008, párr. 9.4.

23. Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, UN Doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, parte II, párr. 60.

razonable que se requiera que las penas por haber cometido tortura sean similares a las utilizadas para los crímenes más serios previstos en el derecho interno, eliminando la posibilidad de amnistías e indultos.[24]

Habida cuenta de que la tortura surte efectos permanentes, el CCT sostuvo que "no debe estar sujeta a prescripción, pues con ello se privaría a las víctimas de la reparación, la indemnización y la rehabilitación a que tienen derecho".[25] Para el Comité, el delito de tortura debe ser imprescriptible, independientemente de que se trate o no de un crimen contra la humanidad.[26]

Por último, la Corte IDH ha considerado que en determinadas situaciones la violación sexual puede constituir una forma de tortura,[27] siendo irrelevante si consiste en un solo hecho o más o si ocurre fuera de instalaciones estatales, en función de que "los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho

24. Cf. Scharf, M. P. (1996). Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti? *Texas International Law Journal*, 23 y 24.

25. CCT, Observación General Nº 3. *Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012, párr. 40.

26. CCT, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico, Burkina Faso, 18 de diciembre de 2019, CAT/C/BFA/CO/2, párr. 8; Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico, Polonia, 29 de agosto de 2019, CAT/C/POL/CO/7, párr. 8; Observaciones finales sobre el sexto informe periódico, Chile, 28 de agosto de 2018, CAT/C/CHL/CO/6, párr. 10, y Observaciones finales sobre el sexto informe periódico, Bulgaria, 30 de noviembre de 2017, CAT/C/BGR/CO/6, párr. 7.

27. Cf. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 132, y *Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, párr. 104. En "Guzmán Albarracín y otras", la Corte IDH consideró acreditado que la violencia sexual generó un grave sufrimiento a la víctima, que se hizo patente a partir de su suicidio. Sin embargo, entendió que los hechos no permitían evidenciar de forma suficiente todos los requisitos que permitirían arribar a la conclusión de que había sido torturada, puesto que "la categorización de un acto como tortura debe realizarse con el máximo rigor, pues la tortura constituye un ataque a la dignidad humana particularmente grave y reprochable". 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. 152. En idéntico sentido, ha afirmado que la tortura "presenta especificidades propias", para descartar que las amenazas, hostigamientos, detenciones o allanamientos que padecieron las víctimas de un caso constituyeran tortura. Cf. Corte IDH. *Caso Guerrero, Molina y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424, párr. 113.

como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto".[28]

2. Los tratos crueles, inhumanos o degradantes

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes define en su artículo 16 a los tratos crueles como aquellos que no lleguen a ser tortura; es decir, actos de menor gravedad e intensidad que igualmente lesionan la integridad de una persona. De modo similar, el tratado interamericano en su artículo 6 establece que los Estados tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cometidos en el ámbito de su jurisdicción.

La Corte IDH ha profundizado en la distinción de la tortura y las demás afectaciones al derecho a la integridad física y psíquica al destacar que la violación de este derecho tiene diversas connotaciones de grado.[29]

En sentido similar, el Comité DH consideró que "[l]as distinciones entre las diversas formas prohibidas de tratos o penas dependen de la naturaleza, la finalidad y la severidad del trato particular que se dé",[30] debiendo analizarse todas las circunstancias del caso, como la duración y la forma del trato, sus efectos físicos y mentales, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima.[31]

---

28. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 118.

29. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 133. La CIDH agregó que "la tortura es una forma agravada de tratamiento inhumano perpetrado con un propósito, caracterizada por la intensidad del sufrimiento infligido". CIDH, Informe No. 29/20, Caso 12.865, *Djamel Ameziane*, Estados Unidos, 22 de abril de 2020, párr. 138.

30. Comité DH, Observación General Nº 7, *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 16º período de sesiones (1982), párr. 2, y Observación General Nº 20, *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44º período de sesiones (1992), párr. 4.

31. Cf. Comité DH, *Antti Vuolanne v. Finland,* Communication N° 265/1987, 2 May 1989, CCPR/C/35/D/265/1987 (1989), párr. 9.2.

El TEDH, por su parte, entendió que la principal diferencia de la tortura con los tratos inhumanos es "la intensidad de los sufrimientos infligidos", constituyendo la tortura una forma agravada y deliberada de pena o de trato cruel o inhumano. Al distinguir ambos delitos, el CEDH "ha querido estigmatizar especialmente a los tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles".[32]

Asimismo, ha destacado que el carácter de "grave" es por naturaleza relativo, al igual que el "mínimo de gravedad" requerido para la aplicación del artículo 3 del CEDH, por lo que depende del conjunto de las circunstancias del caso.[33] Como el tratado es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, ciertos actos que en el pasado eran clasificados como inhumanos o degradantes en lugar de tortura podían ser clasificados de modo diferente en el futuro.[34]

Para el CCT,

> [e]n la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura. La experiencia demuestra que las condiciones que dan lugar a malos tratos suelen facilitar la tortura y, por consiguiente, las medidas necesarias para impedir la tortura han de aplicarse para impedir los malos tratos. Por consiguiente […] la prohibición de los malos tratos tiene también carácter absoluto en la Convención.[35]

Asimismo, advirtió que

> el dolor o el sufrimiento graves no siempre se pueden evaluar objetivamente. Dependen de las consecuencias físicas y/o psicológicas negativas que tenga en cada persona el padecimiento de actos violentos o malos tratos, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes de cada caso, en particular el tipo de tra-

32. TEDH, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Application N° 5310/71, Court (Plenary), 18 January 1978, Series A, No. 25, párr. 167.

33. Cf. TEDH, *Case of Selmouni v. France,* Application N° 25803/94, Court (Grand Chamber), 28 July 1999, Reports 1999-V, párr. 100.

34. *Ibíd*., nota 33, párr. 101.

35. CCT, Observación General N° 2. *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 3.

> to, el sexo, la edad, el estado de salud y la vulnerabilidad de la víctima o cualquier otro factor o condición.[36]

A lo largo de su jurisprudencia, el TEDH también se ha encargado de diferenciar a los tratos crueles de los tratos degradantes. En "Costello Roberts" analizó la compatibilidad de los castigos corporales que se aplican como medidas disciplinarias en un establecimiento escolar con el artículo 3 del CEDH.

Para que una pena sea degradante, la humillación o el envilecimiento que la acompañan deben alcanzar un nivel particular de gravedad, cuya apreciación depende del conjunto de los datos de la causa. Deben tenerse en cuenta factores como la naturaleza y el contexto de la pena, la forma y el método de su ejecución, su duración, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima.[37]

En el caso específico, el TEDH consideró que la demandante no había aportado prueba alguna de los efectos graves o duraderos que su hijo, de tan solo siete años, hubiera padecido como consecuencia del trato recibido –el director le aplicó tres golpes en la cola con un zapato en privado ocho días después de haber sido sancionado–.

En sentido contrario, en "Tyrer" un niño de 15 años había recibido tres golpes con una vara en una estación de policía, mientras era sujetado por dos oficiales y el castigo fue aplicado tres semanas después de haber sido sancionado –espera que lo sometió a la angustia mental de anticipar la violencia que le sería infligida–. Mientras el joven era golpeado, su padre perdió el control y se abalanzó contra un policía. Como consecuencia de los golpes, el joven estuvo dolorido por una semana y media.[38]

El TEDH consideró que en este caso el sufrimiento no había alcanzado un umbral de dolor suficiente para ser considerado un trato inhumano. No obs-

---

36. CCT, Observación General Nº 4. *Aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, CAT/C/GC/4, 4 de septiembre de 2018, párr. 17.

37. Cf. TEDH, *Case of Costello-Roberts v. The United Kingdom*, Application N° 13134/87, Court (Chamber), 25 March 1993, Serie A, No. 247-C, párr. 30. En igual sentido, *Case of Eremia and others v. Moldova*, Application N° 3564/11, Court (Third Section), 28 May 2013.

38. Cf. TEDH, *Case of Tyrer v. The United Kingdom*, Application N° 5856/72, Court (Chamber), 25 April 1978, párrs. 9 y 10.

tante, señaló que el joven había sido humillado por la forma en que el castigo se ejecutó, dado que constituyó un asalto a su dignidad e integridad física.[39]

Para concluir, la Corte IDH se ha expedido respecto de los tratos crueles, inhumanos o degradantes en casos de detenciones arbitrarias o ilegales, haciendo referencia a las prescripciones establecidas en el artículo 7 de la CADH, en particular en su inciso 5, que dispone que una persona detenida será sometida sin demora a una revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar este tipo detenciones.

En el ya citado caso "Maritza Urrutia", la Corte IDH expresó que

> [u]na persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad […] el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.[40]

De manera similar, el TEDH consideró que se produce una violación del artículo 3 del CEDH, tanto por los malos tratos a los que una persona es sometida durante su detención, como por el hecho de que no se realizó ninguna investigación oficial efectiva.[41]

39. *Ibíd*., nota 38, párrs. 30 y 33.

40. *Ibíd*., nota 15, párr. 87. De modo similar, se ha señalado que "[l]a reclusión arbitraria crea riesgos de tortura y malos tratos". Comité DH, Observación General Nº 35, *Libertad y seguridad personales*, 112º período de sesiones (2014), párrs. 55 y 56.

41. Cf. TEDH, *Case of Dikme v. Turkey,* Application N° 20869/92, Court (First Section), 11 July 2000, Reports 2000-VIII, punto resolutivo 4.

Capítulo 27

Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información

Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey

1. El derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido tanto en el artículo 13 de la CADH, como en el artículo 19 del PIDCP. La CN, por su parte, lo protege en los artículos 14 y 32, en los que reconoce el derecho de las personas "de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa" y dispone que "el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

La Corte IDH ha señalado constantemente que la libertad de expresión "es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática".[1] Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, "sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que

1. Entre otros, Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 47.

arraiguen sistemas autoritarios".[2] En consecuencia, "una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre".[3]

De modo similar, la CSJN manifestó que el derecho a la libertad de expresión ha recibido de la Constitución Nacional una protección especial,[4] por lo que goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades, entre otras razones, por su importancia para el funcionamiento de una república democrática y para el ejercicio del autogobierno colectivo.[5] Para el Máximo Tribunal, este derecho "es precondición del sistema democrático", pues "sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada y puramente nominal".[6]

Al determinar el alcance del derecho a la libertad de expresión la Corte IDH ha considerado que tiene una dimensión individual y una dimensión social o colectiva y ambas poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea.[7]

La dimensión individual "comprende el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole" y "no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado

---

2. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116, y *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446, párr. 87.

3. *Ibíd*., nota 1, párr. 70, y *Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, párr. 65, y CIDH (2009). *Informe Anual 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1, párr. 12.

4. Entre otros, CSJN, "Abal, Edelmiro, y otros c/Diario "La Prensa", *Fallos* 248:291; "Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones de la Urraca S. A. y otro", *Fallos* 311:2553; "Locche, Nicolino c/ Miguez, Daniel Aldo y otros", *Fallos* 321:2250, y "Martínez Vergara, Jorge Edgardo y otro s/ querella por injurias –causa n° 8627–", *Fallos* 331:162.

5. CSJN, "Pando de Mercado, María Cecilia c/Gente Grossa S. R. L. s/daños y perjuicios", *Fallos* 343:2211.

6. CSJN, "Grupo Clarín y otro c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Fallos* 336:1774.

7. *Ibíd*., nota 1, párrs. 30 y 33, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 146 y 149.

para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios".[8] Según la Corte IDH, "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles".[9]

La dimensión social, por su parte, hace referencia al derecho de todas las personas a conocer opiniones, relatos y noticias.[10] Al respecto, el Tribunal regional ha expresado que

> la vertiente colectiva de la libertad de expresión, como pilar fundamental de la sociedad y como derecho procedimental para el ejercicio de la participación pú-

8. Existe un fuerte debate en la sociedad respecto de la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y a la protesta y la libertad de circulación. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se produce un corte de ruta o un "piquete". Sobre el particular, entendemos que se debe privilegiar el derecho de quienes tienen mayores dificultades para que sus reclamos sean oídos, siempre que se manifiesten de modo no violento. Esto implica que la respuesta del Estado debe ser distinta según quien se exprese: a mayor vulnerabilidad, menor será la restricción de la libertad de expresión. Por ejemplo, no tienen la misma posibilidad de hacer oír sus reclamos personas que se han quedado sin trabajo que periodistas.

9. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, nota 7, párr. 147. Este derecho incluso se les debe garantizar a los jueces y las juezas en momentos de graves crisis democráticas. Cf. Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 174. De modo similar, la CIDH sostuvo que, si bien ciertas restricciones a la libertad de expresión de juezas y juezas son consideradas legítimas, por ejemplo la participación en cuestiones de política partidaria que pudieran afectar su independencia de otros poderes y del poder político o la referencia a casos pendientes de resolución ante sus tribunales que pudieran comprometer su imparcialidad, "la trascendente función democrática de la libertad de expresión exige que en determinados casos, los funcionarios públicos efectúen pronunciamientos sobre asuntos de interés público en cumplimiento de sus atribuciones legales. En otras palabras, bajo ciertas circunstancias el ejercicio de su libertad de expresión no es solamente un derecho, sino un deber […] los jueces se encuentran en una situación privilegiada para defender la independencia del Poder Judicial y para participar en debates tendientes, por ejemplo, a mejorar los mecanismos de protección de su autonomía e independencia o sobre los procedimientos judiciales y el derecho de acceso a la justicia. Los límites a esa participación deben tener el reducido objeto de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial y deben ser interpretados restrictivamente". CIDH, Informe No. 43/15, Caso 12.632, *Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin*, Argentina, 28 de julio de 2015, párrs. 225 y 260.

10. *Ibíd*., nota 1, párr. 32 y nota 9, párr. 66.

> blica permite que, por este medio, las personas puedan ejercer el control democrático de las gestiones estatales para poder cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, posibilita que las personas puedan formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas.[11]

Esta dimensión colectiva cobra especial importancia para los pueblos indígenas, pues "es fundamental para la realización de otros de sus derechos colectivos".[12]

La violencia contra quienes ejercen el periodismo vulnera ambas dimensiones de la libertad de expresión, sobre todo cuando luego se garantiza la impunidad de quienes la cometen, puesto que no solo afecta a la víctima directa y su familia, sino también tiene un impacto negativo en las demás personas que ejercen el periodismo y priva a la población de recibir información sobre temas que le afectan.[13]

Por ello,

> [l]os Estados tienen el deber de brindar medidas de protección a la vida y la integridad de los periodistas que estén sometidos a [un] riesgo especial por factores tales como el tipo de hechos que cubren, el interés público de la información que difunden o la zona a la cual deben acceder para cumplir con su labor, así como también a aquéllos que son objeto de amenazas en relación con la difusión de esa información o por denunciar o impulsar la investigación de violaciones que sufrieron o de las que se enteraron en el ejercicio de su profesión.[14]

En particular, la Corte IDH advirtió el riesgo específico que enfrentan las mujeres periodistas al ejercer su profesión, que se suma a un "fenómeno ex-

11. Corte IDH. *Caso Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 90.

12. Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440, párr. 93.

13. Cf. Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 177.

14. Corte IDH, *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 194.

tendido de exclusión de las mujeres de la vida pública" y una "escasa participación de las mujeres en la agenda de los medios de comunicación".[15] Esto genera que, "al adoptar medidas de protección de periodistas, los Estados deben aplicar un fuerte enfoque diferencial que tenga en cuenta consideraciones de género".[16]

Si bien el principio general en materia de libertad de expresión es la prohibición de la censura previa –artículo 13, inciso 2 de la CADH–, no se trata de un derecho absoluto, por lo que admite restricciones. No obstante, "tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa".[17]

El tratado expresamente menciona algunas restricciones legítimas al derecho a la libertad de expresión, que habilitan la censura.

En efecto, el inciso 4 del artículo 13 de la CADH señala que "[l]os espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia".

De igual modo, el inciso 5 prohíbe "toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

En este sentido, declaraciones que contienen ideas de superioridad racial e incitan a la discriminación racial a fin de denegarles a personas migrantes el acceso al bienestar social y promueven una prohibición general de la inmigración son violatorias del derecho a la libertad de expresión.[18]

15. Corte IDH. *Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, párrs. 113 y 114.

16. *Ibíd*., nota 15, párr. 95.

17. *Ibíd*., nota 2, párr. 120; nota 3, párr. 72, y nota 11, párr. 103.

18. Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Communication N° 48/2010, *TBB v. Germany,* 10 May 2013, CERD/C/82/R.4, párr. 14.

El TEDH ha señalado que la incitación al odio no necesariamente supone un llamado a cometer actos de violencia u otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medios de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas por sobre el de la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable.[19]

En el mismo sentido sostuvo que la tipificación como delito de la agitación contra un grupo nacional o étnico, entre los que se encuentran las personas homosexuales, perseguía un propósito legítimo, por lo cual, si bien las declaraciones efectuadas no incitaban directamente a cometer actos de violencia en función de la orientación sexual de las víctimas, constituían serias y perjudiciales acusaciones.[20]

Es que los Estados tienen el deber de garantizar que todas las personas participen del debate democrático, por lo que discursos que busquen silenciar a determinados grupos tienen una fuerte presunción de inconvencionalidad.

Por ello, en el derecho argentino el artículo 3 de la Ley N° 23.592 sobre Actos Discriminatorios dispone que

> [s]erán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

19. Cf. TEDH, *Case of Féret v. Belgium*, Application N° 15615/07, Court (Second Section), 16 July 2009.

20. Cf. TEDH, *Case of Vejdeland and other v. Sweden*, Application N° 1813/07, Court (Fifth Section), 9 February 2012, párrs. 49 y 54. De modo similar, frente a la publicación de manifestaciones que podrían considerarse como una provocación pública con el fin de cometer delitos terroristas, e incluso, podrían interpretarse como un llamado a reclutar terroristas, entendió que los editores responsables de la publicación, pese a no haber hecho directamente las declaraciones habían proporcionado el medio para difundirlas, por lo que la interferencia a su libertad de expresión no supuso un ejercicio desproporcionado a los objetivos legítimos que persigue la ley, como es el combate contra el terrorismo. Cf. TEDH, *Affaire Gürbüz et Bayar c. Turquie*, Requête N° 8860/13, Cour (Deuxième Section), 23 Juillet 2019.

Al respecto, se ha entendido que la utilización de la cruz esvástica representa la posición antisemita del régimen nazi liderado por Hitler, por lo que restringe la convivencia democrática, generando un sentimiento de inferioridad en la población que profesa la religión judía.

No obstante, el TEDH ha considerado que al analizar el contenido de publicaciones que podrían ser discriminatorias se debe tener en cuenta el contexto temporal, geográfico y cultural de las personas destinatarias de lo que se pretende comunicar y el modo en que se hará.

Por lo tanto, en un caso en el que se había publicado un anuncio en el diario reivindicando la figura de Philippe Pétain y el gobierno de Vichy durante la Segunda Guerra Mundial y se condenó al autor por apología del delito de colaboración con el enemigo, el TEDH consideró que la sanción penal había sido desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

Para así decidir, afirmó que aun cuando se había omitido mencionar los delitos por los que Pétain había sido acusado, expresamente se había manifestado la desaprobación de las atrocidades cometidas por los nazis. Por ende, si bien la publicación era polémica, debía considerarse que habían pasado cuarenta años desde la guerra, por lo que no resultaba apropiado sancionar penalmente a sus autores con la misma severidad que en los veinte años previos, pudiendo utilizarse sanciones de carácter civil.[21]

Distinta fue la solución en un caso en el que se había condenado a una persona a la pena de tres meses de prisión por manifestar que era falso e históricamente insostenible que Hitler y el nacionalsocialismo habían planeado, iniciado y organizado el asesinato en masa de personas judías. El hecho de que la manifestación se hubiera realizado en un ámbito privado y no ante una audiencia importante era irrelevante, en tanto lo expresado era contrario al texto y espíritu del artículo 10 del CEDH.[22]

Dado que la censura previa es la limitación más extrema de la libertad de expresión, el TEDH sostuvo que toda restricción a la libertad de académicos/as

21. Cf. TEDH, *Case of Lehideux and Isorni v. France*, Application N° 24662/94, Court (Grand Chamber), 23 September 1998, párrs. 28-34.

22. Cf. TEDH, *Witzsch v. Germany*, Application N° 7485/03, Court (First Section), 13 December 2005, párr. 3.

para llevar a cabo investigaciones y publicar sus conclusiones debe someterse a un cuidadoso escrutinio.[23]

Por último, entendió que la prohibición de pegar carteles en la vía pública resulta en una mínima interferencia con el derecho a divulgar ideas, sobre todo porque ese objetivo podía alcanzarse a través de internet o la difusión de panfletos.[24]

En el ámbito nacional, como ejemplo de lo aquí analizado podemos mencionar el estudio que Sagüés realizó respecto de la posibilidad de perseguir penalmente a autores/as e intérpretes de "cumbia villera" por los contenidos de sus canciones, según los artículos 209, 212 y 213 del CPNA y el artículo 12 de la Ley N° 23.737.

Aun cuando ciertas composiciones "incitan a la delincuencia, hacen alusión directa y explícita a hechos de violencia, invitan a menospreciar y enfrentar a la autoridad policial y promueven el consumo excesivo de estupefacientes y alcohol",[25] esta autora descarta que configuren el tipo penal de "apología del delito", dado que "en ellas se venera la delincuencia, pero sin hacer referencia a un episodio puntual". Con relación a la instigación pública a cometer un delito determinado contra una persona o institución afirma que "[l]a mera manifestación en abstracto de la propiedad o aun de la necesidad del recurso a la fuerza y a la violencia, no alcanza para ser castigada". Por último, advierte que, si bien en muchas de sus letras se sugieren "la comisión de delitos en general como el hecho de robar, matar, dañar, lesionar, etc." no se instiga "a la comisión de cierto robo o de cierta pluralidad de robos determinados".[26]

Más allá de que en materia de libertad de expresión la prohibición de la censura previa es la regla, de ello no debe derivarse que quienes en su ejercicio violen otros derechos humanos no puedan ser responsabilizados por

23. Cf. TEDH, *Case of Aksu v. Turkey*, Applications N° 4149/04 and 41029/04, Court (Grand Chamber), 15 March 2012, Reports 2012-I, párr. 71.

24. Cf. TEDH, *Case of Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, Application N° 16354/06, Court (Grand Chamber), 13 July 2012, Reports 2012-IV, párr. 73.

25. Sagüés, M. C. (2012). *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 341.

26. *Ibíd*., nota 25, pp. 390 y 467.

sus acciones. Por ende, la normativa internacional y nacional reconoce que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores.

Para que procedan, deben cumplirse con los siguientes requisitos de forma concurrente: a) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; b) responder a un objetivo permitido por la CADH; y c) ser necesarias en una sociedad democrática, para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.[27]

Respecto de la legalidad, la Corte IDH sostuvo que la tipificación de la conducta debe ser clara y precisa, más aún si se trata de sanciones penales.

En cuanto a la finalidad permitida o legítima, debe ajustarse estrictamente a lo señalado en el artículo 13.2 de la CADH; es decir, debe tener como objetivo: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Con relación a los requisitos que hacen a la necesidad en una sociedad democrática, el Tribunal regional dijo que la restricción debe ser idónea; esto es, que sea efectivamente conducente para alcanzar la finalidad legítimamente permitida; se debe acreditar una necesidad social imperiosa que la justifique; no deben existir mejores alternativas que sean menos lesivas para alcanzar el fin legítimo perseguido; y la medida debe ser proporcional al interés que la justifica y se debe ajustar estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo goce del derecho.[28]

En igual sentido, la CSJN afirmó que "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio".[29]

---

27. Cf. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56; nota 3, párr. 71, y nota 11, párr. 104.

28. Cf. Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, nota 2, párrs. 105-108; nota 3, párr. 72, y nota 11, párr. 105.

29. *Ibíd*., nota 5.

El litigio de denuncias contra la Argentina ante el SIDH ha funcionado como un ámbito propicio para el debate sobre las responsabilidades ulteriores en el ejercicio del periodismo y la modificación de la normativa interna.

En primer lugar, debemos mencionar el caso "Verbitsky". Con motivo de una publicación en el diario *Página/12*, en el cual el periodista se refirió al juez de la CSJN Augusto Belluscio utilizando el término "asqueroso" –haciendo alusión a manifestaciones previas del juez, quien había dicho que un proyecto de reforma para ampliar la Corte con dos jueces adicionales le "dio asco"–, el magistrado inició una acción privada por el delito de injurias.

En el marco de esa causa, la jueza consideró que la expresión utilizada por el periodista excedía los límites del honor del funcionario y constituía un agravio al juez con motivo del ejercicio de su función, por lo que convirtió la acción privada en acción pública de desacato y condenó al periodista a la pena de un mes de prisión en suspenso, quien presentó una denuncia ante la CIDH.

Mediante un acuerdo de solución amistosa, el Estado se comprometió a derogar la figura penal del desacato –artículo 244 del CPNA–, lo cual ocurrió mediante la sanción de la Ley N° 24.198. En el debate parlamentario se sostuvo que

> [m]ucho más perjudicial para la salud de las instituciones es un mal funcionario que una crítica injusta o malintencionada. El honor de los funcionarios en definitiva tendrá siempre su protección legal, al igual que el de cualquier ciudadano, a través de los tipos penales de calumnias e injurias.[30]

La CIDH consideró que la derogación del delito de desacato resultaba en la conformidad del derecho argentino con la CADH, ya que eliminó una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión.[31]

De modo similar, la Corte IDH sostuvo que la legislación sobre desacato establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático

30. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 3 de septiembre de 1992, Informe de Antonio M. Hernández.

31. CIDH, Informe No. 22/94, Caso 11.012, *Verbitsky*, Argentina, 20 de septiembre de 1994, párr. 21.

y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.[32]

Con relación a la posible sanción penal en el ejercicio del periodismo de investigación resulta indispensable mencionar el caso "Kimel", historiador y periodista que publicó el libro *La masacre de San Patricio*, donde narró lo ocurrido con cinco curas y seminaristas palotinos de la iglesia de San Patricio, que habían sido asesinados en julio de 1976.

Un juez, cuyo nombre había sido mencionado en la referida obra,[33] lo denunció penalmente por calumnias, pese a lo cual el Sr. Kimel fue condenado a la pena de un año de prisión en suspenso y al pago de veinte mil pesos en concepto de indemnización por daño moral, como autor del delito de injurias.

Pese a que esa resolución fue revocada en segunda instancia, la CSJN revocó esta última sentencia y dispuso que se dictara un nuevo fallo, en virtud de lo cual el periodista fue condenado por el delito de calumnias.

El Estado reconoció su responsabilidad ante la Corte IDH por la violación de los artículos 2 y 13 de la CADH, posiblemente porque se creyó que de ese modo el Tribunal no dictaría una sentencia.[34] Sin embargo, la Corte IDH estimó necesario hacerlo, toda vez que contribuiría a la reparación del Sr. Kimel y a evitar que se repitieran hechos similares.

Para la Corte IDH, tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra revisten suma importancia y es necesario garantizar el ejercicio de ambos, por lo que la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad.[35]

---

32. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 88.

33. En el libro se señala lo siguiente: "La actuación de los jueces durante la Dictadura fue, en general, condescendiente cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta".

34. Cf. Rey, S. A. (coord.) (2015). *La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contra la República Argentina. La mirada de sus protagonistas.* Buenos Aires: Infojus, p. 125.

35. Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51.

Si bien los representantes querían que el Tribunal afirmara que no puede sancionarse penalmente a periodistas por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH aseguró que el instrumento penal es idóneo para salvaguardar la protección de la honra y reputación de toda persona, a través de la conminación de pena.[36] Sin embargo, entendió que la tipificación amplia de los delitos de calumnias e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal.[37]

La posibilidad de aplicar una sanción penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones

> se debe analizar con especial cautela, ponderando la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales en lugar de sanciones civiles.[38]

La Corte IDH advirtió que la ponderación entre la satisfacción del derecho a la reputación y el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos se debe realizar analizando: a) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; b) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y c) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.[39]

En el caso del Sr. Kimel, la sanción penal no había sido necesaria ni proporcional, si se tenían en cuenta principalmente los hechos que le habían imputado y la naturaleza de la sanción que le habían aplicado –privación de la libertad–. Respecto del grado de afectación a la libertad de expresión, consideró que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de perder su libertad personal

36. *Ibíd*., nota 35, párr. 71.

37. *Ibíd*., nota 35, párr. 76.

38. *Ibíd*., nota 35, párr. 78.

39. *Ibíd*., nota 35, párr. 84.

y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta a la víctima demostraban que las responsabilidades ulteriores establecidas habían sido graves. Incluso la multa –que en aquella época equivalía a 20.000 dólares– constituyó, por sí misma, una afectación grave a la libertad de expresión, dada su alta cuantía en relación con los ingresos del beneficiario, que según sus representantes hubiera quebrado económicamente de haber tenido que pagarla.[40]

Por otra parte, el Tribunal regional destacó que la CADH no solo protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población.[41]

La crítica del Sr. Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, dado que se refería al desempeño de un juez en una causa penal a su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos ni se relacionaban con la vida personal del juez. El periodista había emitido un juicio de valor crítico, sin utilizar un lenguaje desmedido y teniendo en cuenta hechos verificados.[42]

Para la Corte IDH, "la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos".[43]

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que la afectación a la libertad de expresión del Sr. Kimel había sido manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra del juez Rivarola.

También afirmó la Corte IDH que es contrario a la CADH el uso de la ley penal para proteger la honra ante declaraciones en los medios de comunicación social sobre temas de interés público, porque "produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan

40. *Ibíd*., nota 35, párrs. 85 y ss.

41. *Ibíd*., nota 35, párr. 88, y nota 2, párr. 126.

42. *Ibíd*., nota 35, párrs. 89 y 92.

43. *Ibíd*., nota 35, párr. 93.

el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción y abusos de autoridad, entre otros".[44]

Por ello, ha ordenado que se adopten "vías alternativas al proceso penal para la protección del honor de los funcionarios públicos respecto de opiniones relacionadas con su actuación en la esfera pública".[45]

Como medida de reparación en "Kimel" el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.551, que modificó los artículos del CPNA relativos a los delitos de calumnias e injurias, de forma que no incluyeran "expresiones a asuntos de interés público", ni "expresiones que no sean asertivas" y asignó como penas, por la comisión de estos delitos, multas económicas. En aplicación de la ley penal más benigna, el Sr. Kimel fue absuelto.

Algo similar pretendieron las víctimas en "Mémoli", aunque el desenlace fue diferente. Con motivo del rechazo de la inclusión de su esposa como ayudante de un curso de idiomas ofrecido por la Asociación Italiana de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa "Porvenir de Italia", ubicada en San Andrés de Giles, provincia de Buenos Aires, y la suspensión como miembros del matrimonio por dos años, Carlos Mémoli acusó a los integrantes de la Asociación de haber incurrido en conductas irregulares y presentó una denuncia penal por presunta defraudación contra tres personas por la presunta venta de los nichos del cementerio municipal con la promesa de escrituras públicas que nunca fueron entregadas.[46]

Tanto el Sr. Mémoli como su hijo Pablo realizaron varias publicaciones en un periódico y participaron de emisiones radiales, donde denunciaron estas situaciones y otras, que calificaron como irregularidades o incumplimientos de la normativa vigente.

---

44. *Ibíd*., nota 11, párr. 109.

45. Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, nota 2, párr. 182, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 121.

46. CIDH, Informe No. 39/08, Petición 56-98, *Carlos y Pablo Carlos Mémoli*, Argentina 23 de julio de 2008, párrs. 10-14. El Juzgado en lo Criminal Nº 1 del Departamento Judicial de Mercedes dictó rápidamente el sobreseimiento provisorio de la investigación, al considerar que no se había configurado el delito de estafa, ya que hubo error por parte de los denunciados, pero no dolo.

Las tres personas que habían sido denunciadas por el Sr. Mémoli interpusieron una querella penal por injurias y calumnias contra él y su hijo, basada en el contenido de los artículos periodísticos publicados en el citado periódico y en el contenido de declaraciones hechas por los querellados en un programa radial en dos oportunidades.

El proceso culminó con la condena a Carlos Mémoli a la pena de un mes de prisión en suspenso y a Pablo Mémoli a cinco meses de prisión en suspenso, por la comisión del delito de injurias, así como al pago de las costas.

La Corte IDH señaló que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones, contrastando sus fuentes. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. Para que ello no ocurra,

> los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos.[47]

A diferencia de lo que sostenían las víctimas, la Corte IDH distinguió la naturaleza fáctica y jurídica de este caso con respecto a "Kimel", toda vez que entendió que era suficientemente previsible que ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los Sres. Mémoli –en las que calificaban a los querellantes como "delincuentes", "inescrupulosos" o "corruptos"– podrían dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o a la reputación.[48]

En opinión de los jueces que conformaron la mayoría, los tribunales internos habían constatado la existencia de dolo de los Sres. Mémoli respecto de las expresiones por las cuales habían sido condenados y los habían absuelto por el delito de calumnias, diferenciando las expresiones que constituían opiniones, tenían carácter potencial o constituían "relatos de hechos" de las restantes.

47. Corte IDH, *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 122.

48. *Ibíd*., nota 47, párrs. 134 y 137.

Teniendo en cuenta la escala penal del delito por el cual habían sido condenados, concluyó que las sanciones impuestas no habían sido desmedidas ni manifiestamente desproporcionadas, de manera que se afectara su derecho a la libertad de expresión.[49]

El párrafo más discutido de la sentencia es aquel donde la Corte IDH sostuvo que

> las expresiones por las cuales fueron condenados los Sres. Mémoli no involucraban a funcionarios o figuras públicas, ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado. Por el contrario […] se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares […] sin que conste que el contenido de dicha información tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender a la sola Asociación y ser de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles.[50]

Por ende, determinó que el Estado no había violado el artículo 13 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

En su voto parcialmente disidente, con el cual coincidimos, los jueces Ventura Robles, Vio Grossi y Ferrer Mac-Gregor Poisot sostuvieron que, a fin de determinar si el caso involucraba o no un asunto de interés público, no era indispensable considerar si el litigio era entre particulares, pues, prácticamente siempre lo son, sino el contexto en que se habían emitido las declaraciones y, muy especialmente, el lugar en que se habían dado.

Al momento en que ello había ocurrido, San Andrés de Giles era una localidad con una población de alrededor de dieciocho mil habitantes, de los cuales aproximadamente trescientos pertenecían a la Asociación Italiana. En virtud de que una proporción significativa de la población a la que estaba dirigida las publicaciones tenía un legítimo interés en conocer las informaciones que contenían –puesto que se referían al ilícito contrato de nichos del cementerio municipal–, concluyeron que tales informaciones eran de notorio interés público.[51]

49. *Ibíd*., nota 47, párr. 144.

50. *Ibíd*., nota 47, párr. 146.

51. *Ibíd*., nota 47, voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Ventura Robles, Vio Grossi y Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. C-3.

Nash sostiene que el "Caso Mémoli"

> permite entrever que todavía no existe un consenso en la Corte IDH sobre el rol que juegan las personas que denuncian hechos de corrupción, especialmente en materia de rendición de cuentas y de fomento de la participación en asuntos públicos.[52]

En cuanto a la sanción civil a periodistas, el *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina* ha sido quizás uno de los más trascendentes que tramitaron ante el SIDH.

La revista *Noticias* publicó una serie de notas en las que sostenía que el entonces presidente Menem y Martha Meza tenían un hijo extramatrimonial que visitaba al presidente en la residencia oficial y en la Casa de Gobierno. En la misma publicación se hacía referencia a una denuncia formulada por la Sra. Meza respecto del robo de joyas por un valor de 230.000 dólares, que le habría regalado el presidente. Las notas eran ilustradas por cuatro fotografías de Menem con su hijo en el complejo presidencial de verano en Chapadmalal y en un acto en Las Lomitas, que habían sido entregadas por la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación.

Menem inició una demanda por daños y perjuicios contra Editorial Perfil, Jorge Fontevecchia (director editorial de Perfil) y Héctor D'Amico (director editorial de *Noticias*), que culminó con la condena a los demandados a pagar $ 60.000 en concepto de indemnización.

Fontevecchia explica que

> este juicio fue el epílogo de treinta juicios que Menem, sus familiares, sus amigos y sus ministros nos hicieron a lo largo de la década del '90. Hay que entender cómo funcionaba la censura en aquellos años. Al llegar la democracia estaba el desacato y los juicios de calumnias e injurias con condenas de prisión, que podían implicar la cárcel. ¿Qué hizo Menem? Dos cosas. La primera, el asesinato de[l periodista José Luis] Cabezas, pero generó el efecto opuesto y se potenció la situación. Lo único que le quedó fueron los juicios civiles por dinero, quebrar-

52. Nash Rojas, C. (2014). *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, p. 13.

> nos, hundir a los medios críticos a través de un tipo de juicio que era novedoso, porque no eran penales. Te demandaban por varios millones de dólares y estabas obligado a incluir un porcentaje de la demanda en el balance de la empresa, lo que provocaba que, aunque el juicio después no lo ganaran, el patrimonio era negativo. También nos colocaron dos bombas con el objetivo de amedrentamiento. Es importante entender que este proceso fue la punta del iceberg de una cantidad enorme de juicios.[53]

Para la Corte IDH, no es contraria a la CADH

> una medida civil a propósito de la expresión de informaciones u opiniones que afecten la vida privada o intimidad personal. Sin embargo, esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, las características del daño alegadamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de recurrir a la vía civil.[54]

Agregó que "los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el derecho a la vida privada", pero "el presente caso se trataba del funcionario público que ostentaba el más alto cargo electivo de su país y, por ello, estaba sujeto a un mayor escrutinio social, no solo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones, sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada, pero que revelan asuntos de interés público".[55]

53. Rey, S. A. (2021). *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos*. Buenos Aires: Colihue, p. 253.

54. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 56. Saba sostiene que "la Corte se abstuvo de profundizar en la difícil cuestión de la regulación apropiada en materia de responsabilidad civil para evitar que el establecimiento de responsabilidades ulteriores de ese tipo avance sobre el derecho protegido en el art. 13 CADH […] [puesto que] los regímenes de responsabilidad civil por daños pueden funcionar como un mecanismo de censura indirecta". Saba, R. P. (2014). Censura indirecta y responsabilidad civil. El "Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina". En S. A. Rey (coord.), *Los derechos humanos en el derecho internacional*. Buenos Aires: Infojus, pp. 8 y 16.

55. *Ibíd*., nota 54, párr. 60.

Ello se debe a que

> en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente […] Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.[56]

Dadas las particularidades de la información publicada por la revista, vinculada a la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos por parte de un presidente, así como la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial, el Tribunal regional entendió que habían sido cuestiones sobre las cuales existía un legítimo interés social en conocerlas. Por ello, la información difundida poseía el carácter de interés público.[57]

Con respecto a la divulgación de la paternidad no reconocida del hijo extramatrimonial del presidente, la Corte IDH destacó que para ese momento ya había tenido difusión pública en medios escritos, tanto en Argentina como en el extranjero. Además, era un hecho público y notorio en la provincia de Formosa. Más allá de eso, consideró que Menem había adoptado "pautas de comportamiento favorables a dar a conocer esas relaciones personales, al compartir actos o situaciones públicas con dichas personas". Por ende, su conducta no había sido de resguardo de la vida privada.[58]

Por lo expuesto, concluyó que la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, había sido innecesaria en relación con la

56. *Ibíd*., nota 54, párr. 47. El Tribunal incluso sostuvo que "los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación con un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública". Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, nota 7, párr. 155.

57. *Ibíd*., nota 54, párr. 62.

58. *Ibíd*., nota 54, párrs. 64 y 65.

finalidad de proteger el derecho a la vida privada. Por ese motivo, no analizó si el monto de la condena civil había resultado o no desproporcionado.[59]

Los representantes de las víctimas pretendían que la Corte IDH declarara que el artículo 1071 *bis* del Código Civil era violatorio a la CADH, ya que dejaba librado a la voluntad discrecional de los jueces el establecimiento de los montos reparatorios, sin incluir criterios de proporcionalidad.[60]

Al respecto, se ha sostenido que

> la amenaza de tener que afrontar el pago de sumas exorbitantes de dinero en concepto de reparación del daño al honor –que podrían derivar en un colapso de la economía personal del periodista o del ciudadano común– puede generar un efecto inhibidor similar al producido por la persecución penal o incluso mayor que él.[61]

La Corte IDH consideró que

> no puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador.[62]

Con relación al rol del periodismo de investigación en una sociedad democrática, la Corte IDH sostuvo que

59. *Ibíd*., nota 54, párrs. 71 y 74.

60. Cf. Lozano, L. (2012). Libertad de expresión y derecho a la información. Nuevas voces y antiguos desafíos para la ampliación del debate democrático. En CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2012*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 412.

61. Loreti, D. y Lozano, L. (2014). *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 129. La posibilidad de aplicar una sanción significativa genera como resultado evidente y disvalioso la autocensura, tanto para el periodista como para otros potenciales críticos de la actuación de un funcionario público. *Ibíd*., nota 27, párr. 129, y TEDH, *Case of Cihan Öztürk v. Turkey*, Application N° 17095/03, Court (Second Section), 9 June 2009, párr. 33.

62. *Ibíd*., nota 54, párr. 89.

> existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.[63]

En "Moya Chacón" agregó que "es necesario dejar a los periodistas 'espacio para el error', toda vez que sin ese margen de error no puede existir un periodismo independiente ni la posibilidad, por tanto, del necesario escrutinio democrático que dimana de este".[64]

Toda vez que un control excesivamente riguroso sobre los métodos periodísticos puede producir un efecto inhibitorio sobre la labor de la prensa,[65] para el Tribunal

> [l]o exigible es un grado de confirmación mínimo, de conformidad con lo que el caso amerite, y de acuerdo con las circunstancias existentes, que genere en el informador la convicción de que los hechos no son notoriamente inverosímiles. Para determinar esto último, podría, por ejemplo, considerarse, la cantidad, calidad y naturaleza de la fuente consultada.[66]

En este sentido, la Corte IDH defendió la "doctrina de la real malicia".[67] Adicionalmente, señaló "que nadie podrá ser sometido a responsabilidades ulteriores por la difusión de información relacionada con un asunto público y que tenga como base material que es accesible al público o que proviene de fuentes oficiales".[68]

63. *Ibíd*., nota 35, párr. 79.
64. *Ibíd*., nota 3, párr. 76.
65. *Ibíd*., nota 3, párr. 90
66. *Ibíd*., nota 3, párr. 59.
67. *Ibíd*., nota 3, párr. 61.
68. *Ibíd*., nota 3, párr. 77.

Por ello, el Tribunal regional advirtió con preocupación que

> la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnia o injuria, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública, constituye una amenaza a la libertad de expresión. Este tipo de demandas estratégicas contra la participación pública, conocidas como "SLAPP", constituyen un uso abusivo de los mecanismos judiciales que debe ser regulado y controlado por los Estados, con el objetivo de permitir el ejercicio efectivo de la libertad de expresión.[69]

Sin embargo, esas prácticas no son exclusivamente empleadas por el poder público, ya que también son realizadas por parte del poder económico. Al respecto, el Consejo DH ha manifestado su preocupación "ante el recurso estratégico a la justicia, por parte de entidades comerciales y personas físicas, contra la participación pública, a fin de presionar a los periodistas e impedirles que hagan reportajes críticos y/o de investigación".[70]

Por su parte, a lo largo de su jurisprudencia el TEDH ha realizado un test de privacidad mediante el cual, si una persona privada no era conocida públicamente, debía garantizársele una protección mayor a su derecho a la vida privada.

Para ello ha utilizado seis criterios para equilibrar la protección de la vida privada o la reputación de las personas con la libertad de expresión: la contribución a un debate de interés general; el grado de notoriedad de la persona aludida y el tema sobre el que se informa; el comportamiento anterior de la persona en cuestión; la veracidad, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación; y las circunstancias en las que se obtuvo la información o las fotografías.[71]

69. *Ibíd*., nota 11, párr. 91.

70. Consejo DH. *La seguridad de los periodistas*, 1 de octubre de 2020, A/HRC/45/L.42/Rev.1, Preámbulo.

71. Cf. TEDH, *Case of Dupate v. Latvia*, Application N° 18068/11, Court (Grand Chamber), 19 November 2020, párr. 46; *Case of Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*, Application N° 40454/07, Court (Grand Chamber), 10 November 2015, párrs. 90-93, y *Case of Axel Springer v. Germany*, Application N° 39954/08, Court (Grand Chamber), 7 February 2012, párr. 83.

Asimismo, ha considerado que es compatible con el tratado la difusión de una grabación que fue realizada sin el conocimiento previo y el consentimiento de una persona, pero cuya identidad fue protegida.[72]

Si una persona privada se involucra en asuntos que constituyen una legítima preocupación social –como el negocio de clubes de *strippers*–, entra inevitablemente en el dominio público, quedando sus actos expuestos a una evaluación más estricta. Por ello, los límites de la crítica aceptable serán más amplios que en el caso de un individuo o un profesional ordinario.[73]

Si bien la prensa no debe sobrepasar ciertos límites, es su deber comunicar y transmitir información e ideas sobre temáticas que son de interés público. No solo la prensa tiene ese deber, sino que el público tiene el derecho a recibir esa información e ideas. Por ende, el margen de apreciación de los Estados es limitado por el interés de una sociedad democrática en permitir que la prensa ejerza su rol esencial de "guardián público" al transmitir información sobre temas que son de preocupación pública.[74]

Es importante advertir que se debe realizar una distinción entre la publicación de hechos que puedan llegar a contribuir al debate en una sociedad democrática y la publicación de detalles de la vida privada.[75]

Por ello, no gozan de protección las publicaciones que tengan como único objetivo la satisfacción de la curiosidad del público, ya que no se puede considerar que contribuya a debate alguno de interés general de la sociedad.[76]

Inclusive en asuntos de interés público, la libertad de expresión no garantiza una protección ilimitada a quienes ejercen el periodismo: deben hacerlo de forma responsable y de conformidad con las normas éticas del periodis-

72. Cf. TEDH, *Case of Haldimann and others v. Switzerland*, Application N° 21830/09, Court (Second Section), 24 February 2015, Reports 2015-I, párr. 50.

73. Cf. TEDH, *Case of Björk Eiðsdóttir v. Island*, Application N° 46.443/09, Court (Fourth Section), 10 July 2012, párr. 68, y *Case of Erla Hlynsdóttir v. Island*, Application N° 43380/10, Court (Fourth Section), 10 July 2012, párrs. 64 y 65.

74. *Ibíd*., nota 73, párr. 65.

75. Cf. TEDH, *Case of Von Hannover v. Germany*, Application N° 59320/00, Court (Chamber), 24 September 2004, párr. 63.

76. *Ibid*., nota 75, párr. 65 y *Case of Studio Monitori and others v. Georgia*, Applications N° 44920/09 and 8942/10, Court (Grand Chamber), 30 January 2020, párr. 42.

mo; es decir, actuar de buena fe, partir de una base fáctica acertada, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de las personas involucradas en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos.[77] Para el TEDH, hasta un juicio de valor puede ser excesivo si no tiene un apoyo real. En consecuencia, afectar la reputación de una persona sin ofrecer ninguna evidencia no se corresponde con la buena fe exigida a quienes ejercen el periodismo.[78]

La revelación de información vinculada a la vida privada de una figura pública no siempre contribuirá a satisfacer un interés legítimo de la ciudadanía, aun cuando con anterioridad hubiera expuesto su vida privada a los medios de comunicación. De este modo, la publicación de fotografías tomadas subrepticiamente a un político muy conocido y su esposa al momento de abandonar el hospital luego de dar a luz a su segundo hijo no podía caracterizarse como una cuestión de interés general, pese a que se encontraban en un espacio público.[79]

Al igual que su par interamericano, el TEDH entiende que los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto de un político que en el caso de un particular, ya que inevitable y conscientemente se sometió a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Ello no implica que no se proteja la reputación de los políticos, sino que los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.[80]

77. *Ibíd*., nota 73, párr. 70; *Case of Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, Application N° 49017/99, Court (Grand Chamber), 17 December 2004, Reports 2004-XI, y *Case of Stoll v. Switzerland*, Application N° 69698/01, Court (Grand Chamber), 10 December 2007, Reports 2007-V.

78. Cf. TEDH, *Case of Novaya Gazeta and Borodyanskiy v. Russia*, Application N° 14087/08, Court (First Section), 28 March 2013.

79. *Ibíd*., nota 71, párr. 58. El Tribunal destacó el hecho de que la presencia de la demandante en el área publica a la salida de la clínica fuera muy breve y absolutamente necesaria para poder moverse.

80. Cf. TEDH, *Case of Dichand and others v. Austria*, Application N° 29271/95, Court (Third Section), 26 February 2002.

Respecto de los gobiernos, los límites de la crítica permisible son incluso más amplios que en relación con un político.[81]

La Corte IDH destacó la importancia de la libertad de expresión para los partidos políticos y sus miembros activos, ya que "representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses".[82] Es indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a procesos electorales, para que todas las personas puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de quienes se candidatean, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones.[83]

No obstante, el TEDH ha señalado que tanto diputados como senadores en el ejercicio de sus mandatos no tienen un derecho incondicionado de publicar y difundir por la prensa opiniones injuriantes. La libertad de expresión ejercida por parte de un funcionario elegido democráticamente no es ilimitada.[84]

Otro aspecto siempre controversial es la práctica extendida de publicar información que solo quienes dirigen un proceso judicial pueden tener.

A la hora de discurrir si la prohibición de publicar en estos casos es necesaria en una sociedad democrática, el TEDH tomó en cuenta una serie de criterios: a) el modo en que se obtuvo la información; b) el contenido de los artículos –no se puede adelantar que una persona será condenada antes de que ello ocurra–; c) la contribución de los artículos al debate de cuestiones de interés público; y d) la influencia del artículo publicado en los procedimientos penales, por ejemplo, sobre los testigos y sobre la objetividad de los jueces.[85]

---

81. Cf. TEDH, *Case of Ooo Memo v. Russia*, Application N° 43572/18, Court (Third Section), 15 March 2022, párr. 41.

82. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 89.

83. *Ibíd*., nota 82, párr. 90.

84. Cf. TEDH, *Case of Belpietro v. Italy*, Application N° 43612/10, Court (Second Section), 24 September 2013.

85. Cf. TEDH, *Case of Giesbert and others v. France*, Applications N° 68974/11, 2395/12 and 76324/13, Court (Fifth Section), 1 June 2017; *Case of Bédat v. Switzerland*, Application N° 56925/08, 29 March 2016 *y Case of Tourancheau and July v. France*, Application N° 53886/00, Court (First Section), 24 November 2005.

Loreti advierte que la publicación de material obrante en un legajo penal no es compatible con la protección del derecho de defensa en juicio o la presunción de inocencia. Si la divulgación indebida corresponde a las fuerzas de seguridad o al Poder Judicial, son ellos responsables por el incumplimiento de sus obligaciones, pero esa responsabilidad –al menos por ahora en el derecho argentino– no es extensible a los medios que lo difundan.[86]

En cuanto a la regulación de las responsabilidades ulteriores en el derecho argentino, en un interesante trabajo Filippini se refiere a la mentira y sus diferentes formas, cuestión que día a día experimentamos. Con inusitada frecuencia se inventan noticias y se prolonga la vigencia de un tema o persona al solo efecto de desprestigiarla, aunque la noticia carezca de actualidad. Además, se ocultan datos, se agregan testimonios inexistentes y se deforman las fuentes –ya sea exagerando o minimizando lo ocurrido–.[87]

Ello se debe fundamentalmente a que los medios ya no "reflejan" la realidad, sino que definen la agenda del debate público "actuando sobre" la realidad, adaptándola a sus propias necesidades.[88] Teniendo esto en consideración, resulta razonable que quienes ejercen el periodismo, que son empleados/as de estos medios, tengan su capacidad restringida a los intereses de quien paga sus sueldos. De allí que la "objetividad" e "independencia" absoluta que parte del periodismo se adjudica resulta ilusoria, puesto que la

86. Cf. Loreti, D. (2018). Libertad de expresión. *Debates sobre Derechos Humanos*, año 2017, (1), 159.

87. Cf. Filippini, A. (2016). *¿Hay un derecho a la mentira?* Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 46 y 48.

88. En este sentido, se ha afirmado que "[e]s innegable que los medios audiovisuales tienen una incidencia decisiva en nuestros comportamientos, en los miedos, en los prejuicios, en toda la vida de relación entre los humanos. Son los medios audiovisuales –más que la prensa– los que nos deciden a salir con paraguas porque amenaza lluvia, pero también los que fabrican amigos y enemigos, simpatías y antipatías, estereotipos positivos y negativos, condicionan gustos, valores estéticos, estilos, gestos, consumo, viajes, turismo, ocio, espectáculos, deporte, entes envidiables o despreciables, vestimenta, modas, usos, sexualidad, conflictos y modo de resolverlos, y hasta las creencias, el lenguaje mismo y, al incidir en las metas sociales –en el sentido de Robert Merton–, también determinan los propios proyectos existenciales de la población. Para cualquier escuela sociológica, fuera de toda duda, esto es configuración de cultura. Ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios". *Ibíd*., nota 6, voto del juez Zaffaroni, considerando 21.

información se ve atravesada por varias subjetividades: la de quien ejerce el periodismo, por un lado, y la de la empresa que no está dispuesta a publicar cualquier cosa que afecte sus intereses o los de sus anunciantes, por el otro.

Las noticias ya no solo se replican en la radio, la televisión y la prensa gráfica, sino que el surgimiento de internet y las redes sociales hacen que el flujo de la información sea incontrolable. En tiempos en los que hay ejércitos de *trolls* replicando la misma información para instalar una *fake news*, cuya difusión llega más lejos, más rápido y más ampliamente que la verdad,[89] ¿a quién se debe responsabilizar por su difusión?

Filippini sostiene que la responsabilidad de las megaempresas de medios debería ser agravada en consonancia con su capacidad dañosa y, a diferencia de quienes ejercen el periodismo, no deberían poder invocar plácidamente la "doctrina de la real malicia", que se ha convertido en un arma letal en manos del empresariado mediático por la dificultad de las personas para demostrar el dolo o la inexcusable negligencia de los medios.[90]

La doctrina de la "real malicia" fue desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan* y receptada en nuestro país por la CSJN en el año 1987 en "Costa".[91] Consiste en que el funcionario público no será indemnizado por una manifestación inexacta o difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia; es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad ("*reckless disregard of whether it was false or not*").[92] Por ende, la tutela constitucional de las opiniones críti-

89. Cf. Langin, K (2018). Fake news spreads faster than true news on Twitter-thanks to people, not bots. Recuperado de https://www.science.org/content/article/fake-news-spreads-faster-true-news-twitter-thanks-people-not-bots

90. *Ibíd*., nota 87, pp. 25, 72 y 73.

91. CSJN, "Costa, Héctor Rubén c/MCBA y otros s/recurso de hecho", *Fallos* 310:508.

92. Cf. CSJN, "Vago, Jorge Antonio c/Ediciones de La Urraca SA. y otros", *Fallos* 314:1517, considerando 11. En igual sentido, ver CSJN, "Ramos, Juan José c/LR3 Radio Belgrano y otros", *Fallos* 319:3428; "Morales Solá, Joaquín Miguel s/injurias", *Fallos* 319:2741; "Díaz, Daniel Darío c/Editorial La Razón y otros", *Fallos* 321:3170; "Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros", *Fallos* 331:1530, y "Boston Medical Group S.A. c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/daños y perjuicios", *Fallos* 340:1111.

cas se pierde ante el empleo de voces o locuciones claramente denigrantes o agraviantes y fuera de lugar o que atribuyan conductas ilícitas específicas.[93]

Además, el Tribunal ha establecido como principio un tratamiento diferenciado según la calidad del sujeto pasivo de la información. La protección atenuada solo procede cuando el sujeto pasivo ha aceptado un cargo público o desempeña un rol influyente en el ordenamiento de la sociedad, cuando ha pretendido influenciar en la resolución de asuntos públicos de un modo incompatible con los mecanismos naturalmente democráticos[94], o cuando se encuentra involucrado voluntaria o involuntariamente en una cuestión de interés público.[95] Ello obedece a que los particulares no tienen la misma facilidad para acceder a los medios de comunicación para replicar las difamaciones hacia su persona.[96]

Expresiones respecto de un funcionario público al que se lo calificaba de "nefasto" y de ser un representante máximo de la violencia en diversos ámbitos, para la CSJN fueron efectuadas sobre cuestiones de su vida privada, por lo que habían excedido el marco de protección constitucional del derecho a la libertad de expresión.[97]

En otro caso entendió que afirmaciones que no contengan epítetos denigrantes, insultos o locuciones injuriantes o vejatorias, como que un fiscal conocía irregularidades e ilegalidades que no investigó y a las cuales prestó "anuencia", que era un defensor del gobierno de turno, que habría estafado a trabajadores y que era cómplice de los grandes intereses corporativos e intereses políticos y económicos, no excedía el marco constitucional que, a los efectos de promocionar un debate público robusto, protege la libre expresión de críticas, opiniones y/o juicios de valor que se refieran al desempeño y/o

93. Cf. CSJN, "Amarilla, Juan Honofre s/recurso extraordinario en autos: Gorvein, Diego Rodolfo s/querella p/calumnias e injurias c/Amarilla, Juan H.", *Fallos* 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert, y "Sciammaro, Liliana E. c/Diario El Sol", votos de los jueces Maqueda y Zaffaroni, *Fallos* 330: 3685.

94. Cf. CSJN, "Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA SRL c/Arte Radio Televisivo Argentino S.A.", *Fallos* 336:879.

95. *Ibíd*., nota 92.

96. *Ibíd*., nota 92, considerando 12.

97. Cf. CSJN, "De Sanctis, Guillermo Horacio c/López de Herrera, Ana María s/daños y perjuicios", *Fallos* 342:1665.

conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública y se inserten en una cuestión de relevancia o interés público.[98]

En relación con el enjuiciamiento de opiniones, ideas o juicios de valor, la CSJN expuso que no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada, a lo que agregó que solo la forma de la expresión, y no su contenido, es pasible de reproche, pues la opinión es absolutamente libre.[99]

No obstante, el hecho de que manifestaciones vertidas sean susceptibles de herir los sentimientos de una persona no justifica que se le otorgue una indemnización.[100]

La reforma introducida al CPNA a través de la Ley N° 26.551 con motivo del *Caso Kimel Vs. Argentina* brindó un estándar que otorga mayor protección que la "doctrina de la real malicia",

> pues no solo alcanza a la actuación de periodistas o medios llevados a juicio por funcionarios públicos, personas de reconocimiento público o las que se involucran voluntariamente en temas de interés público, sino también a toda persona que tomara la voz pública en la medida en que lo relevante es la naturaleza de los dichos y no las personas involucradas. Además, incorporó premisas de la "doctrina del reportaje neutral", denominada en Argentina "doctrina Campillay", que excluye de responsabilidad el uso de modos no asertivos, cita de fuente de modo sustancialmente fiel u omisión de los nombres de los involucrados.[101]

La doctrina "Campillay" protege a quien atribuye –de modo sincero y sustancialmente fiel– la información a una fuente identificable,[102] utiliza un dis-

98. Cf. CSJN, "Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/Martínez, José Carlos s/daños y perjuicios", *Fallos* 342:1777, voto del juez Rosenkrantz y de la jueza Highton de Nolasco, considerando 13.

99. Cf. CSJN, "Quantín, Norberto Julio c/Benedetti, Jorge Enrique y otros s/derechos personalísimos acc. relacionadas", *Fallos* 335:2150.

100. CSJN, "Brieger, Pedro Rubén c/Widder, Sergio Daniel y otro s/daños y perjuicios", *Fallos* 346:467, del dictamen del Procurador Fiscal a los cuales se remite el Tribunal.

101. *Ibíd*., nota 61, pp. 122 y 123.

102. Entre otros, CSJN, "Espinosa, Pedro Francisco c/Herrera de Noble, Ernestina y otros", *Fallos* 317:1448, y "Perini, Carlos Alberto y otro c/Herrera de Noble, Ernestina y otro", *Fallos* 326:4285.

curso meramente conjetural que evita formas asertivas[103] o deja en reserva la identidad de las personas a quienes involucra la información difundida, evitando suministrar datos que permitan conducir a su fácil identificación.[104]

Por ende, no se aplica cuando la fuente es anónima,[105] cuando la remisión no es sincera[106] o cuando se realiza una mera referencia genérica a la fuente –"alguien dijo..."–.[107]

Filippini sostiene que las doctrinas "Campillay" y "de la real malicia" se han venido ampliando más y más, otorgándoles a los medios una formidable protección que equivale en los hechos a la impunidad. Por ello, es indispensable exigir que el estándar "Campillay" no se repute cumplido con la mera atribución del contenido a una fuente anónima, ni tampoco a una fuente privilegiada: si la prensa puede inundar su primera página con falsedades de un diputado que a su vez tiene inmunidad parlamentaria, entonces habrá soberanía de la mentira y nadie responderá.[108] Si se cuenta con indicios racionales de que lo que se va a difundir es falso, la mera cita de la fuente no alcanza para eximir de responsabilidad.[109]

103. El fundamento del uso del potencial radica en otorgar la protección a quien se ha referido solo a lo que puede ser o no, sin dar por cierto lo que afirma, por lo que no basta con la utilización del modo verbal potencial o términos que relativizarían lo afirmado si se añaden detalles meticulosos que sugieren verosimilitud. Lo que importa es que el sentido global del discurso no exceda lo conjetural y no tenga la potencialidad de crear sospechas en el público. Cf. CSJN, "Martín, Edgardo Héctor c/Telearte S. A. y otros s/daños y perjuicios", *Fallos* 340:1364; "Bruno, Arnaldo Luis c/Sociedad Anónima La Nación s/daños", *Fallos* 324: 2419, y "Burlando, Fernando Andrés c/Diario El Sol de Quilmes y otro s/daños y perjuicios", *Fallos* 326:145.

104. CSJN, "E., R.G. c/Editorial La Capital S. A. s/daños y perjuicios", *Fallos* 335:2283.

105. CSJN, "Acuña, Carlos Manuel Ramón s/arts. 109 y 110 del C. P.", *Fallos* 319:2965.

106. CSJN, "Alsogaray, Álvaro Adolfo c/Editorial La Página SA s/daños y perjuicios", *Fallos* 334:1714.

107. Entre otros, CSJN, "Triacca, Alberto Jorge c/Diario La Razón y otros s/daños y perjuicios", *Fallos* 316:2416.

108. *Ibíd*., nota 87, pp. 76-78.

109. Cf. CSJN, "Menem, Eduardo c/Sanz, Tomás M. y otros", *Fallos* 321:2848, considerando 16.

Además de las acciones directas que pueden limitar indebidamente la libertad de expresión, existen las vías o medios indirectos, que están expresamente prohibidas por el artículo 13.3 de la CADH.

A modo de ejemplos, el artículo menciona "el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", por lo que esta enunciación "no es taxativa ni impide considerar cualesquiera otros medios o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías".[110]

La Corte IDH ha entendido que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del dueño de un medio de comunicación –obligándolo a venderlo– constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas.[111]

Otra vía de censura indirecta identificada por la CSJN es la utilización de medios económicos por parte del Estado, puesto que "la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión".[112]

La falta de una regulación apropiada tendiente a limitar la discreción de la administración en la decisión de asignar, retirar o no asignar recursos para la compra de espacios publicitarios puede habilitar el uso de esa herramienta de política pública como mecanismo de sanción a aquellos medios o informadores críticos.[113]

Si bien nadie tiene derecho a recibir publicidad oficial y, por lo tanto, tampoco existe una obligación del Estado de comprar espacio publicitario en un medio específico,[114] no es posible que el Estado retire la publicidad que ha

110. Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340.

111. *Ibíd*., nota 7, párr. 162.

112. CSJN, "Editorial Rio Negro S. A. c/Neuquén Provincia de y otro s/acción de amparo", *Fallos* 330:3908.

113. Cf. CSJN, "Editorial Perfil S. A. y otro c/EN –Jefatura de Gabinete de Ministros– SMC s/amparo ley 16986", *Fallos* 334:109.

114. Cf. CSJN, "Emisiones Platenses S. A. s/acción de amparo", *Fallos* 320:1191.

contratado o decida no asignarla exclusivamente como consecuencia del contenido de la expresión del medio o del informador.

Loreti y Lozano explican que existen otras formas de silenciamiento más allá de los procesos de concentración, el abuso de posiciones dominantes y las prácticas monopólicas llevadas a cabo por algunos grupos multimedia. Mencionan la denominada "censura empresarial", que se vincula con la propia lógica comercial destinada a maximizar audiencias y anunciantes, por lo que representa una amenaza de invisibilización para ciertos grupos y problemáticas que no coinciden con la estrategia de captación de consumidores de los medios comerciales. Asimismo, hay informaciones que no son difundidas, ya sea por la línea editorial o por compromisos políticos o económicos de las empresas, lo que se denomina "censura por gerenciamiento".[115]

En relación con la necesidad de la existencia de salvaguardas o de garantías generales en los procesos de concesión o renovación de licencias el Comité DH indicó que

> los Estados Partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión, incluidas las emisoras comunitarias y comerciales. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, y cumplir por todos los demás conceptos lo dispuesto en el Pacto. En los regímenes de licencias para los medios de difusión con capacidad limitada, como los servicios audiovisuales por satélite o terrestres, hay que asignar en forma equitativa el acceso y las frecuencias entre las empresas de radio y televisión públicas, comerciales y de la comunidad. Se recomienda que los Estados partes que no lo hayan hecho aún establezcan un órgano independiente y público encargado de las licencias de emisión de radio y televisión, facultado para examinar las solicitudes y otorgar las licencias.[116]

La Corte IDH, por su parte, en "Granier y otros" reconoció la potestad y necesidad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión, la cual

115. *Ibíd*., nota 61, pp. 74 y 103.

116. Comité DH, Observación General Nº 34, *Libertad de opinión y libertad de expresión*, 102º período de sesiones (2011), párr. 39.

> abarca no solo la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias, sino también la de planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, siempre y cuando se respeten las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión. Lo anterior debido a que la adopción o renovación de una concesión en materia de radiodifusión no puede ser equiparable a la de otros servicios públicos, por cuanto los alcances del derecho a la libertad de expresión deben permear la regulación sobre la materia.[117]

Dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión.

La Corte IDH resaltó que

> el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión.[118]

A los fines de impulsar el pluralismo informativo el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público.[119]

---

117. 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. 165.

118. *Ibíd*., nota 110, párr. 170. El Estado es el garante fundamental del pluralismo, sobre todo en relación con los medios audiovisuales, cuyos programas se difunden a gran escala. Cf. TEDH, *Case of Fărăsilă and Ciocîrlan v. Romania*, Application N° 25329/03, Court (Third Section), 10 May 2012, párr. 64.

119. *Ibíd*., nota 110, párr. 106.

Al referirse a las radios comunitarias indígenas, el Tribunal regional señaló que

> la pluralidad de medios constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión, lo que se refleja en una obligación del Estado de proteger y garantizar este supuesto […] y la búsqueda por el equilibrio en la participación al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación, para que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos.[120]

En el caso concreto, esta obligación estatal se materializaba mediante la adopción de medidas que permitieran el acceso al espectro radioeléctrico de las radios comunitarias, especialmente a las comunidades indígenas,

> por la importancia que tiene para ellas este medio de comunicación para difundir y conservar su cultura y teniendo en cuenta que constituyen grupos étnicamente diferenciados que se encuentran en una situación de marginación y exclusión social derivada de la pobreza y la discriminación.[121]

Teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 2 de la CADH, la Corte IDH sostuvo que

> los Estados están internacionalmente obligados a establecer leyes y políticas públicas que democraticen el acceso a los medios y garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas aéreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio y televisión. Esta obligación comprende el deber de los Estados de establecer medidas adecuadas para impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios.[122]

En la Argentina, luego de años de intensos debates entre Estado y sociedad civil, en el 2009 se sancionó la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual –conocida como "Ley de Medios"– con la finalidad de "la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de

120. *Ibíd*., nota 12, párr. 88.

121. *Ibíd*., nota 12, párr. 117.

122. *Ibíd*., nota 12, párr. 91, y *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, nota 2, párr. 93.

abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación".

La norma trajo consigo un cambio de paradigma, al promover la participación de diferentes actores en la prestación de servicios de comunicación –haciendo hincapié en los grupos sociales que han sido históricamente excluidos– y, al mismo tiempo, garantizar que el sector comercial siga siendo económicamente viable. También establece restricciones a la concentración de la propiedad de medios destinadas a evitar la formación de monopolios y oligopolios y garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local y avanza sobre la desconcentración del sistema actual, a través de un proceso de desinversión o desensamblaje.[123]

El artículo 2 de la ley considera que la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual es de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población.

Entre los aspectos más destacados de la "Ley de Medios" podemos mencionar que reconoce el carácter de bien público del espectro radioeléctrico, que será administrado, asignado, controlado y gestionado por la autoridad de aplicación, que en la actualidad es el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) –artículos 7 y 10 de la Ley N° 26.522, modificados por el Decreto N° 267/15–.

Otro órgano creado por la norma es la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, cuya función principal es recibir y canalizar las consultas, reclamos y denuncias del público de la radio y la televisión y demás servicios regulados por la norma teniendo legitimación judicial y extrajudicial para actuar de oficio, por sí y/o en representación de terceros, ante toda clase de autoridad administrativa o judicial. Asimismo, se expresará a través de recomendaciones públicas a los titulares, autoridades o profesionales de los medios de comunicación social contemplados en la ley, o de presentaciones administrativas o judiciales en las que se les ordene ajustar sus comportamientos al ordenamiento jurídico en cuanto se aparten de él –artículo 19–.

Además, reconoce a las personas de existencia ideal de carácter público estatal, universidades nacionales, institutos universitarios nacionales,

123. *Ibíd*., nota 61, pp. 172 y 187.

pueblos originarios y a la Iglesia Católica como prestadores de servicios de comunicación audiovisual, por lo que se les otorgará autorizaciones para la instalación y explotación de servicios de radiodifusión a demanda y de manera directa, de acuerdo con la disponibilidad de espectro, cuando fuera pertinente –artículos 37, 145 y 151–.

La norma protege las cuotas nacionales de programación, garantiza el derecho al acceso universal a los contenidos informativos de interés relevante y de acontecimientos deportivos, de encuentros futbolísticos u otro género o especialidad y dispone que las emisiones de televisión abierta y los programas informativos, educativos, culturales y de interés general de producción nacional deben incorporar medios de comunicación visual adicionales en los que se utilice subtitulado oculto, lenguaje de señas y audio descripción, para la recepción por personas con discapacidades sensoriales, adultos mayores y otras personas que puedan tener dificultades para acceder a los contenidos –artículos 65, 66 y 77–.

La "Ley de Medios" fue impugnada judicialmente al poco tiempo de su sanción y los grandes medios obtuvieron medidas cautelares para evitar su aplicación. La CSJN demoró cuatro años en declarar su constitucionalidad.

En su voto el juez Petracchi advirtió que

> las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales […] han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en que se encuentran las empresas contemporáneas […] Y, en este nuevo escenario, la concepción clásica de la libertad de expresión –entendida solamente como el derecho a estar libre de toda interferencia estatal– se adapta mal a la prensa contemporánea.[124]

Para la CSJN,

> a diferencia de lo que sucede en la libertad de expresión en su dimensión individual donde la actividad regulatoria del estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se

124. *Ibíd*., nota 6, voto del juez Petracchi, considerando 9.

> intensifica. Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable.[125]

Con relación a la obligación de garantizar el pluralismo informativo, sostuvo que "una de las formas que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es a través de la sanción de normas que *a priori* organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación".[126]

Por último, señaló que, toda vez que la función de los medios es "ser instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirlas, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones" y que es precondición de la democracia la discusión libre y abierta de los asuntos públicos, "resulta necesario garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación".[127]

2. El derecho de rectificación o respuesta

La CADH reconoce en su artículo 14 el derecho de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta. En ningún caso la rectificación eximirá de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

Este derecho se corresponde directamente con el artículo 13.2 de la CADH cuando establece como límite al ejercicio de la libertad de expresión el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.[128]

125. *Ibíd*., nota 6, voto del juez Lorenzetti y de la jueza Highton de Nolasco, considerando 24.

126. *Ibíd*., nota 125, considerando 27.

127. *Ibíd*., nota 125, considerando 23.

128. Cf. Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7. párr. 25, y *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, nota 2, párr. 23.

Por ello, la Corte IDH ha afirmado que el contenido de ambos artículos está necesariamente relacionado,

> ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1.[129]

La CADH establece expresamente que este derecho debe ser ejercido "en las condiciones que establezca la ley". Sin embargo, la falta de reglamentación por parte de los Estados no debe condicionar su ejercicio.

En efecto, según la Corte IDH, "esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, mas no a su creación, existencia o exigibilidad internacional", por lo que

> si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la CADH, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin […] Pero si se tratara de restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la CADH.[130]

De igual modo, la CSJN ha interpretado que este derecho es operativo más allá de si está reglamentado o no, por lo que, en tanto órgano del Estado que debe evitar su responsabilidad internacional debía, a través de su sentencia, adoptar las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin de la CADH.[131]

129. *Ibíd*., nota 11, párr. 107.

130. *Ibíd*., nota 128, párr. 32.

131. Cf. CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich Gerardo y otros", *Fallos* 315:1492, considerando 22.

Para el Máximo Tribunal,

> el derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron [...] no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injurias, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva.[132]

En este sentido, señaló que

> es un medio ceñido y acotado que persigue proteger ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación de las interferencias que *prima facie* podrían haber sufrido, dando al afectado la posibilidad de responder aquello que de él se ha dicho.[133]

El ejercicio de este derecho no procede frente a una mera opinión disidente con la sostenida por la persona afectada, sino que requiere que se haya difundido una ofensa de gravedad sustancial; es decir, una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental que invade los sentimientos más íntimos de aquella.[134]

El espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad y no debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial, aunque debe primar el criterio de razonabilidad y buena fe.[135]

Adicionalmente, la CSJN hizo algunas precisiones sobre su aplicación: a) rige para publicaciones en cualquier medio, incluyendo los gráficos; b) está limitado al ámbito de lo fáctico; es decir, a lo relativo a la exactitud o inexactitud de hechos que puedan ser objeto de prueba judicial, quedando excluido aquello que es atinente a la interpretación de los hechos, valoraciones u opi-

132. *Ibíd*., nota 131, considerando 23.

133. CSJN, "Petric Domagoj, Antonio c/Diario Página 12 s/amparo", *Fallos* 321:885, considerando 12.

134. *Ibíd*., nota 131, considerando 25.

135. *Ibíd*., nota 131, considerando 32.

niones; c) la inexactitud fáctica debe ser perjudicial; d) la información que da origen al derecho debe referirse a la persona afectada o, al menos, aludirla de modo tal que resulte fácil su individualización; y e) no es admisible que cualquiera pueda exigir el acceso gratuito a los medios de comunicación con el único propósito de refutar los hipotéticos agravios inferidos a las figuras a las que adhiere.[136]

3. El derecho al acceso a la información

El derecho de toda persona a solicitar el acceso a la información de interés público bajo el control del Estado se encuentra reconocido en el artículo 13 de la CADH, en el artículo 19 del PIDCP y en el artículo 10 del CEDH.[137] En la CN, de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN, se encuentra protegido en los artículos 1, 14, 16, 31, 32, 33 y 75, inciso 22.[138]

Al interpretar el artículo 10 del CEDH, el Tribunal Europeo afirmó que no confiere un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública, ni obliga al gobierno a proporcionarla, salvo cuando el acceso a dicha información sea instrumental para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.[139]

De este modo, el solicitante debe justificar que el propósito del pedido es divulgar la información solicitada. Adicionalmente, ha requerido que la información a obtener sea "necesaria"; es decir, indispensable para lo que posteriormente se pretenda difundir.

En la determinación de si la negación de acceso a la información constituye una interferencia con el derecho a la libertad de expresión se debe evaluar: a) el propósito de la solicitud; b) la naturaleza de la información solicitada;

136. *Ibíd*., nota 133, considerando 9.

137. Cf. TEDH, *Case of Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary,* Application N° 37374/05, Court (Second Section), 14 April 2009, párr. 35.

138. Cf. CSJN, "Asociación Derechos Civiles c/EN PAMI dto 1172/03 s/amparo ley 16986", *Fallos* 335:2393.

139. *Ibíd*., nota 76, párr. 39.

c) la función particular de quien solicita la información en su recepción y difusión al público; y d) si la información está producida y disponible. Se encuentran legitimados para acceder a la información las ONG, la prensa, los "investigadores académicos y autores de literatura sobre asuntos de interés público" y "los blogueros y los usuarios populares de las redes sociales".[140]

En el ámbito interamericano, la Corte IDH sostuvo que este derecho

> permite la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso y, al mismo tiempo, la transparencia de las actividades estatales y fomenta la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.[141]

En los supuestos de información particularmente relevante en materia del derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud, esa obligación impone el deber de suministrar al público la máxima cantidad de información de oficio.[142] Esta obligación positiva es conocida como "obligación de transparencia activa".

Es importante resaltar que "la información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea efectiva para los distintos sectores de la población".[143]

---

140. Cf. TEDH, *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary,* Application N° 18030/11, Court (Grand Chamber), 8 November 2016, párrs. 157-168.

141. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 86 y 87; *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 213, y nota 14, párr. 145.

142. Cf. Corte IDH. *Caso Furlán y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 294, y nota 141, párr. 221.

143. *Ibíd*., nota 142.

A diferencia de su par europeo, la Corte IDH señaló que el Estado tiene la obligación de entregar la información solicitada o dar una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la CADH pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto, sin que sea necesario que la persona solicitante acredite un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.[144]

Las restricciones deben estar previamente fijadas por ley, responder a un objetivo permitido por la CADH y ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.[145]

De acuerdo con ello, la Corte IDH señaló que rige

> un principio de máxima divulgación con una presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones, por lo que resulta necesario que la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información recaiga en el órgano al cual la información fue solicitada. En caso de que proceda la negativa de entrega, el Estado deberá dar una respuesta fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información. La falta de respuesta del Estado constituye una decisión arbitraria.[146]

En casos de violaciones de derechos humanos, el Estado no se puede amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación.[147]

Tampoco puede invocar la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados, sino que debe fundamentar la negativa a proveerlos, de-

144. *Ibíd*., nota 141, párrs. 77 y 219 respectivamente.

145. *Ibíd*., nota 141, párrs. 88-91, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 261 y 262.

146. *Ibíd*., nota 141, párrs. 77, 92, 98 y 120, y nota 144, párr. 262.

147. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 202.

mostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. En este contexto, los poderes públicos deben actuar de buena fe.[148]

En la Argentina, el Decreto N° 1172/03 establecía pautas para el acceso destinadas exclusivamente a aquella información en poder de dependencias del Poder Ejecutivo Nacional.

Ello fue modificado con la sanción de la Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública, toda vez que en la actualidad se extendió el deber de entregar la información que se encuentre, ya sea por la existencia de una obligación positiva de poseerlos o bien con motivo del desenvolvimiento de su aparato burocrático, en manos de, entre otros, la Administración Pública Nacional, el Poder Legislativo, el Poder Judicial de la Nación, los ministerios públicos, el Consejo de la Magistratura, las empresas y sociedades en las que el Estado nacional tenga participación, el Banco Central de la República Argentina, concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o de uso del dominio público, organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades y cualquier entidad privada a la que se le hayan otorgado fondos públicos –artículo 7–.

La norma consagra el principio de transparencia activa, por el cual los sujetos obligados deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros –artículo 32–.

Asimismo, recoge en su artículo 1 el principio de máxima divulgación, el cual, en palabras de la CSJN,

> establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cues-

148. *Ibíd*., nota 142, párr. 211.

> tionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.[149]

La legitimación para solicitar acceso a la información bajo el control del Estado es amplia y "corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal".[150]

Finalmente, sobre el contenido del pedido de información pública, el Tribunal afirmó que no alcanza la información que versare sobre "el origen racial y étnico de terceros, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o información referente a la salud o a la vida sexual".[151]

149. CSJN, "Savoia, Claudio Martín c/EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986", *Fallos* 342:208, considerando 10; "Giustiniani, Rubén Héctor c/Y. P. F. S. A. s/amparo por mora", *Fallos* 338:1258, y "Oehler, Carlos A. c/Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s/recurso de inconstitucionalidad", *Fallos* 337:1108.

150. *Ibíd*., nota 149.

151. CSJN, "Garrido, Carlos Manuel c/EN - AFIP s/amparo ley 16.986", *Fallos* 339:827, y "CIPPEC c/EN Mº Desarrollo Social Dto. 1172/03 s/amparo ley 16986", *Fallos* 337:256.

Capítulo 28

Derecho a la intimidad y a la privacidad

Marina Ditieri y Sebastián A. Rey

El derecho a la intimidad y a la privacidad ha sido reconocido normativamente en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el interamericano, entre los que se destacan la DUDH –artículo 12–, el PIDCP –artículo 17–, la CDN –artículo 16–, la CADH –artículo 11– y la DADH –artículo V–.

Dentro del derecho interno, encuentran su fundamento en el artículo 19 de la CN, que establece que

> [l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En el derecho de fondo estaban regulados en el artículo 1071 bis del Código Civil, aunque en la actualidad han sido incorporados a los artículos 52 y 1770 del CCyCN.

En función de la normativa citada, no caben dudas de que el derecho a la intimidad es considerado un derecho personalísimo que permite establecer un límite entre una persona y las injerencias de otras respecto al entorno que considere de carácter íntimo. A partir de ello, se garantiza a cada persona el derecho a que haya aspectos en su vida al que solo tenga acceso quien esta considere, sin ser sometida a la curiosidad de terceros. Ello comprende tanto acciones que se realizan en privado como en público. No pueden entenderse

las acciones privadas como aquellas que se realizan en privado, puesto que muchos delitos pueden ser ejecutados en privado.

Volviendo al artículo 19 de nuestra Carta Magna, que recoge el principio de autonomía personal o de reserva, centra su razón de ser en que toda persona tiene el derecho de poder disfrutar de la autonomía de la voluntad tanto en su manifestación interna como externa, sin que cuestiones externas le impidan elegir lo que le resulte más conveniente de acuerdo con sus creencias y deseos.

Los límites que autorizan al Estado en la elección del plan de vida de cada persona están dados por la edad/capacidad y la afectación o daño a un tercero. Ello no abarca cualquier tipo de afectación, sino solo cuando la conducta implique un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, excluyéndose las meras preferencias acerca del modo de vida que se debería adoptar.[1]

Por ende, las personas adultas y capaces tienen derecho a realizar opciones, de conformidad con sus propios valores, aun cuando estas puedan parecer irracionales o imprudentes, representen una desviación de ciertos modelos de virtud personal o tengan el efecto de autodegradar moralmente a quien la realiza.[2] En este contexto deben leerse, por ejemplo, la Ley N° 26.529 sobre los Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado y la Ley N° 26.742 de Muerte Digna.

1. Cf. Nino, C. (1979). ¿Es la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres? *La Ley, tomo 1979-D*, p. 755. En este sentido, el TEDH sostuvo que la normativa que prohibía los actos homosexuales realizados en privado entre varones que consienten libremente, si bien se fundaba en los estándares éticos y la moral imperante en Irlanda del Norte, era violatoria del artículo 8 del CEDH en tanto se entrometía en el derecho al respeto de la vida privada. Cf. TEDH, *Case of Dudgeon v. The United Kingdom*, Application N° 7525/76, Court (Plenary), 22 October 1981, párr. 60.

2. Como señalaba Nino, el texto constitucional no permitiría posturas perfeccionistas –basadas en la búsqueda de la perfección moral de las personas– y en muy pocos casos posiciones paternalistas –se protege a la persona de sí misma por medio de castigos que desalienten determinadas conductas–. *Ibíd*., nota 1, pp. 746 y 748. Ejemplos de posturas paternalistas aceptables son la vacunación obligatoria y el deber de quien conduce un vehículo de usar casco o cinturón de seguridad.

La CSJN ha seguido este criterio en casos que se relacionaban con la procedencia de la objeción de conciencia para recibir determinados tratamientos médicos.

En "Bahamondez" el actor había sido internado debido a una hemorragia digestiva. En tales circunstancias se había negado a recibir una transfusión de sangre por considerarla contraria a sus convicciones religiosas. Si bien al momento de dictar sentencia el caso se había vuelto abstracto, pues el actor ya había sido dado de alta, algunos jueces reconocieron que el artículo 19 de la CN concede la posibilidad de disponer de los propios actos, del propio obrar, del propio cuerpo y de la propia vida. Para garantizar el ejercicio del derecho a la autonomía personal, la posibilidad de que las personas mayores de edad puedan decidir aceptar o rechazar interferencias en su intimidad corporal resulta indispensable.[3]

Toda vez que la libertad de religión implica que ninguna persona puede ser obligada a obrar contra su conciencia; es decir, que cuenta con una inmunidad de coacción por parte de terceros o del Estado, las personas pueden ejercer la objeción de conciencia, para lo cual deberán acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias y la pertenencia al culto que dicen profesar.[4]

Por su parte, en "Albarracini Nieves" un padre solicitó una medida precautoria para que se realizara una transfusión de sangre a su hijo mayor de edad que se encontraba inconsciente en terapia intensiva. Debemos destacar que existía una declaración firmada ante escribano en la que el ahora paciente reconocía pertenecer a los Testigos de Jehová y no aceptaba transfusiones sanguíneas.

---

3. Cf. CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", *Fallos* 316:479, voto de los jueces Barra y Fayt, considerando 13.

4. Los debates sobre objeción de conciencia han sido muy ricos, por ejemplo, en materia de servicio militar obligatorio. La CSJN ha reconocido que "[l]a posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano, motivada por la obligación legal del servicio de las armas, puede alcanzar no sólo a aquéllos que profesan un culto en particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante. En tal sentido, el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplía de forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida". CSJN, "Portillo, Alfredo s/infracción art. 44 ley 17531", *Fallos* 312:496, considerando 9.

La CSJN se remitió a los argumentos brindados en "Bahamondez", pero agregó que la Ley N° 26.529 otorga al paciente la posibilidad de aceptar o rechazar ciertos tratamientos médicos con o sin expresión de causa, además de conceder la posibilidad de emitir "directivas anticipadas" sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar dichos tratamientos.[5]

En otro orden de ideas, durante décadas se produjo un rico debate sobre los posibles límites y sanciones que el Estado puede establecer en relación con el consumo de estupefacientes, en gran medida por los cambios de criterio de las distintas composiciones de la CSJN sobre la materia.

En efecto, en el año 1978 el Tribunal se mostró a favor de la criminalización de la tenencia de estupefacientes, incluso para consumo personal, comparando a la creciente difusión de la toxicomanía en el mundo con las guerras y las pestes, por lo que sería irresponsable por parte de los gobiernos que no instrumentaran todas las medidas a su alcance para erradicarla. Asimismo, se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación, quien había invocado la necesidad de salvaguardar la salud de la comunidad.[6]

Con el retorno de la democracia, en "Bazterrica" el Máximo Tribunal cambió su posición y manifestó que, "en el caso de tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva",[7] pues "no está probado [...] que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general".[8]

En su voto, el juez Petracchi señaló que las acciones privadas de las personas no se convierten en públicas porque el Estado las prohíba. Para el magistrado, "si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la

5. Cf. CSJN, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias", *Fallos* 335:799.

6. Cf. CSJN, "Colavini, Ariel Omar", *Fallos* 300:254.

7. CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes". *Fallos* 308:1392, considerando 8.

8. *Ibíd*., nota 7, considerando 9. La CSJN también advirtió que "el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan". *Ibíd*., nota 7, considerando 12.

moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo".[9]

Ante un nuevo cambio de integración del Tribunal, en "Montalvo" se retomó el criterio adoptado en "Colavini", por lo que se consideró que "entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentran sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal".[10]

El fallo contiene referencias a la protección del interés general a partir de evitar que las conductas de los/as usuarios/as constituyan un medio de difusión de la droga; al efecto "contagioso" de la drogadicción y la tendencia a "contagiar" de los drogadictos; a que detrás del tenedor de estupefacientes está el "pasador", el verdadero traficante y quien siembra o cultiva; y un asombroso epílogo en el que se afirma que el tipo penal que castigaba la tenencia de estupefacientes protegía "los valores morales, la familia, la sociedad, la juventud, la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda".

El fracaso de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal con la finalidad de combatir el narcotráfico –actividad criminal que lejos de haber disminuido se acrecentó notablemente– motivó a que, en el año 2009, en "Arriola", la CSJN reconociera que no cabe penalizar las conductas realizadas en el ámbito privado en tanto no ocasionen un peligro o daño para terceros.

Así, retomó las cuestiones centrales que habían sido acertadamente resueltas en "Bazterrica", destacó que en muchos casos la respuesta punitiva del Estado contra el adicto se traduce en una revictimización, y determinó que

9. *Ibíd*., nota 7, voto del juez Petracchi, considerandos 7 y 11. El magistrado acertadamente señala que considerar que el consumidor es el mejor medio disponible para llegar al traficante es insostenible, pues implicaría que, para una eficacia mayor en el combate de la comercialización de drogas, el Estado debería fomentar el consumo, para que la actividad se haga más visible y se obtenga mayor información. Del mismo modo, afirma que castigar al consumidor porque es un "potencial" traficante equivaldría a castigar a un coleccionista porque es un potencial ladrón de los objetos que colecciona. *Ibíd*., nota 7, voto del juez Petracchi, considerando 19.

10. CSJN, "Montalvo, Ernesto Alfredo s/inf. ley 20.771", *Fallos* 313:1333, considerando 12.

la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal resultaba contraria a lo previsto en el artículo 19 de la CN.[11]

Con relación al consumo de estupefacientes, corresponde que hagamos una referencia a la utilización del cannabis con fines medicinales.

En el ámbito europeo, el TEDH ha sostenido que las cuestiones de política sanitaria se encuentran, en principio, dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, que están mejor situadas para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades sociales.[12]

En "Thorn" tuvo que determinar si la sanción penal que se le impuso al demandante –una multa de 520 euros– por cultivar marihuana para aliviar su dolor supuso una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada.

El TEDH consideró que la injerencia se realizó de conformidad con la Ley de Delitos de Drogas y el Código Penal, y que persiguió los fines legítimos de "la prevención del desorden o del delito" y "la protección de la salud o de la moral".

Dadas las características que había tenido el proceso interno, entendió que el caso no trataba sobre la libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico, sino sobre la producción y uso de estupefacientes sin autorización.

Si bien sostuvo que era comprensible que el demandante se hubiera dedicado al cultivo y consumo de cannabis y que el delito fuera en cierto modo excusable, dado que el caso no refería una situación en la que hubiera existido un riesgo particular de difusión de estupefacientes y el cannabis en cuestión no contenía altos niveles de THC, concluyó que las autoridades no se habían extralimitado al aplicar su margen de apreciación, por lo que determinó que no se había violado el artículo 8 del CEDH.[13]

11. CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", *Fallos* 332:1963.

12. Cf. TEDH, *Case of Vavřička and others v. The Czech Republic*, Applications N° 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 and 43883/15, Court (Grand Chamber), 8 April 2021, párr. 274, y *Case of Hristozov and others v. Bulgaria*, Applications N° 47039/11 and 358/12, Court (Fourth Section), 13 November 2012.

13. Cf. TEDH, *Case of Thörn v. Sweden*, Application N° 24547/18, Court (First Section), 1 September 2022.

En la Argentina, la Ley N° 27.350 y el Decreto N° 883/20 regularon la posibilidad de obtener autorizaciones estatales para el cultivo de la planta de cannabis con fines medicinales, para lo cual se creó el Registro del Programa de Cannabis de pacientes que cultivan dicha planta con fines medicinales para sí, a través de una tercera persona o de una organización civil.

Con posterioridad, el Ministerio de Salud de la Nación reguló algunos aspectos vinculados a la registración, a los rangos máximos para el autocultivo de cannabis tanto por personas físicas como por ONG y al consentimiento informado para los tratamientos con aceite de cannabis.

Jurisprudencialmente, la CSJN señaló que la autoridad del Estado para controlar los productos usados con fines medicinales se justifica, entre otras razones, en el propósito de asegurar que ellos, en especial los psicotrópicos, sean efectivamente administrados en un tratamiento médico en el que se evalúe el riesgo o consecuencias adversas que pueden generar para la salud.[14]

Para la CSJN, la intervención estatal para asegurar la existencia de algún tipo de control directo o indirecto que evalúe los beneficios y administre los riesgos adversos del consumo de aceite de cannabis persigue una finalidad de salud pública.[15] Además, consideró que existen razones de seguridad pública que justifican el control estatal respecto del cultivo de cannabis: la prevención del tráfico ilícito.[16]

Por lo tanto, afirmó el deber estatal de tipificar como delito el cultivo de la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes, pero reconoció que el Estado puede autorizar dicho cultivo con fines médicos o científicos mediante la intervención previa de un organismo oficial pertinente que fije los concretos términos y alcances de esta autorización.

14. CSJN, "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", *Fallos* 310:112.

15. CSJN, "Asociación Civil Macame y otros c/Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986", *Fallos* 345:549, considerando 13.

16. *Ibíd*., nota 15, considerando 14.

1. Tensiones entre el derecho a la intimidad y otros derechos humanos

Como se explicó en el capítulo 27, el derecho a la libertad de expresión goza de una amplia protección en nuestra CN y posee un lugar destacado debido a su importancia para el funcionamiento de una sociedad democrática.

El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad puede producirse cuando se divulga información que afecta la dignidad, honor o imagen de una persona. Ante la colisión entre derechos fundamentales, la CSJN considera que se debe analizar el caso en concreto para resolver tal conflicto.

Cuando las informaciones difundidas son veraces, se debe determinar si hubo o no una indebida intromisión en la esfera de intimidad.[17]

En "Ponzetti de Balbín" la revista *Gente* había publicado en su tapa una fotografía del dirigente Ricardo Balbín agonizante en la sala de terapia intensiva en la que se hallaba internado. Sus familiares reclamaron los daños y perjuicios que la publicación les produjo.

La CSJN sostuvo que el derecho a la privacidad e intimidad, tutelado en el artículo 19 de la CN, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas y la salud mental y física; es decir, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas a cada persona y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.[18]

Agregó que, además de las esferas doméstica, familiar y de amistad, este derecho comprende "aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen", por lo que "nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad

17. CSJN, "Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios", *Fallos* 324:2895.

18. Cf. CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S. A.", *Fallos* 306:1892, considerando 8.

no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello".[19]

El Tribunal reconoció que la intromisión a la privacidad solo podrá justificarse por ley y siempre que medie interés superior en resguardo de las libertades de terceros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.[20]

Por último, destacó respecto de figuras públicas que "su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general". Empero, "ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública y el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de la vida privada protegida de toda intromisión".[21]

En el ámbito regional, la Corte IDH ha señalado que el ámbito de la vida privada "se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública"[22] y, entre otros aspectos, comprende "tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público".[23]

Un precedente sumamente importante es "Fontevecchia y D'Amico", caso en el que el director y el editor de la revista *Noticias* habían sido condenados civilmente por haber publicado fotos de un hijo no reconocido del entonces presidente Menem.

La Corte IDH indicó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero las restricciones a este derecho tienen carácter excepcional.[24] Asimismo, remarcó que los funcionarios públicos están más expuestos al escru-

19. *Ibíd*., nota 18.

20. *Ibíd*., nota 18.

21. *Ibíd*., nota 18, considerando 9.

22. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194.

23. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párr. 48.

24. *Ibíd*., nota 23, párr. 43.

tinio público porque se han expuesto voluntariamente a él. Debido al interés público de sus actividades, estas "salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público".[25]

Para el Tribunal, los Estados deben brindar la protección de la ley contra interferencias o injerencias abusivas de las autoridades públicas, así como de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación.[26]

Si bien las imágenes o fotografías personales están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada que consagra el artículo 11 de la CADH, no toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada. Esto resulta aún más claro cuando las imágenes se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país, dado que no sería razonable exigir que un medio de comunicación deba obtener un consentimiento expreso en cada ocasión que pretenda publicar una imagen del Presidente de la Nación.

En este caso las imágenes no habían sido obtenidas en un clima de hostigamiento o persecución respecto del presidente Menem o a través de algún medio intrusivo y estaban dirigidas a apoyar la credibilidad de la nota escrita, por lo que contribuían al debate de interés general y no estaban dirigidas a satisfacer la curiosidad del público respecto de la vida privada del presidente.[27]

Por ello, concluyó que no hubo una injerencia arbitraria en su derecho a la vida privada.[28]

La Corte IDH también ha relacionado el derecho a la privacidad con otros derechos y/o garantías.

En relación con la inviolabilidad del domicilio, ha dicho que se trata de un espacio en el que se puede desarrollar libremente la vida privada[29] y si bien la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas no se encuentra ex-

25. *Ibíd*., nota 23, párr. 47.

26. *Ibíd*., nota 23, párr. 49.

27. *Ibíd*., nota 23, párrs. 67-70.

28. *Ibíd*., nota 23, párr. 71.

29. Cf. Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C No. 165, párr. 95, y *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 157.

presamente prevista en el artículo 11 de la CADH, al ser una forma de comunicación como la correspondencia –que sí se encuentra enunciada en dicha norma–, también está incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.[30]

De ese modo, el artículo 11

> se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.[31]

Teniendo en cuenta que la interceptación telefónica puede representar una seria interferencia en la vida privada,

> debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos.[32]

30. Cf. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 55.

31. Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, párr. 114.

32. *Ibíd*., nota 31, párr. 131. La Corte IDH destacó que "guardar secreto de las conversaciones telefónicas interceptadas durante una investigación penal es un deber estatal: a) necesario para proteger la vida privada de las personas sujetas a una medida de tal naturaleza; b) pertinente para los efectos de la propia investigación, y c) fundamental para la adecuada administración de justicia". *Ibíd*., nota 31, párr. 162.

Similar ha sido la jurisprudencia del TEDH al interpretar el artículo 8 del CEDH. Si bien ha sostenido que la vacunación obligatoria representa una injerencia al respeto de la vida privada,[33] también la ha considerado como una injerencia prevista por la ley, que persigue el objetivo legítimo de proteger la salud, por lo que en algunos casos está justificada.[34]

En cuanto al derecho a la imagen, ha expresado que constituye uno de los principales atributos de la personalidad y comprende la posibilidad de controlar el uso y rechazar la publicación de la imagen.[35] Si bien la libertad de expresión incluye la publicación de fotografías, debe compatibilizarse con el derecho a la imagen y a la reputación.[36]

2. El derecho a la intimidad y a la privacidad en la era digital. El derecho al olvido

Como señala la Ley N° 26.032, la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet se consideran comprendidas dentro del derecho a la libertad de expresión. La era digital se caracteriza por la velocidad y facilidad con la que circula la información. Ante el avance de las nuevas tecnologías, la protección del derecho a la intimidad y a la vida privada se halla en una situación de mayor riesgo y se enfrenta a nuevos desafíos.

33. Cf. TEDH, *Salvetti v. Italy*, Application N° 42197/98, Court (First Section), 9 July 2002.

34. *Ibíd*., nota 12. En igual sentido, la CSJN confirmó una sentencia que intimó a los padres de un niño a que acreditasen el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a la vacunación en forma compulsiva, ya que ésta no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Cf. CSJN, "N.N. o U.V. s/protección y guarda de personas", *Fallos* 335:888, considerandos 10 y 11.

35. Cf. TEDH, *Case of López Ribalda and others v. Spain*, Applications N° 1874/13 and 8567/13, Court (Grand Chamber), 17 October 2019, párr. 89.

36. Cf. TEDH, *Case of Von Hannover v. Germany (no. 2)*, Applications N° 40660/08 and 60641/08, Court (Grand Chamber), 7 February 2012, párr. 103.

En el marco de la ONU, el Consejo DH creó el mandato del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad en julio de 2015. La mayoría de los informes temáticos anuales que ha elaborado tratan sobre el derecho a la privacidad en el ámbito digital.[37] Asimismo, ha comenzado a analizar las implicancias para la privacidad de las esferas de vigilancia a gran escala, el uso creciente de datos personales por los gobiernos y las empresas, la vigilancia e interceptación de las comunicaciones por los Estados, las bases de datos forenses de ADN y los datos abiertos y macrodatos.

En los últimos años el TEDH ha tenido que analizar las regulaciones y decisiones de autoridades administrativas, independientes y/o judiciales, de países europeos sobre temas de espionaje y vigilancia electrónica.[38]

En "Weber and Saravia" el TEDH enunció las salvaguardas que determinan la pertinencia de las reglas de vigilancia en materia de comunicaciones: la definición de la naturaleza de los delitos que pueden requerir o tener entidad para una orden de intercepción o intervención de las comunicaciones; la definición de las categorías de las personas susceptibles de tener sus comunicaciones intervenidas; el límite a la duración de la intervención; el procedimiento a ser seguido para el examen, uso y almacenamiento de los datos obtenidos; las precauciones a ser adoptadas para el caso de comunicar los datos a otros Estados o autoridades, y las circunstancias en las que los registros pueden o deben ser borrados o destruidos.[39]

Si bien también se aplican para los casos de interceptación masiva de comunicaciones, el Tribunal analizó las particularidades de este fenómeno.

37. Cf. Consejo DH, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, 34º período de sesiones, A/HRC/34/60; Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, 37º período de sesiones, A/HRC/37/62; Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, 43° período de sesiones, A/HRC/43/52, e Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad. La inteligencia artificial y la privacidad, así como la privacidad de los niños, 46° período de sesiones, A/HRC/46/37.

38. Cf. TEDH, *Case of Ben Faiza v. France*, Application N° 31446/12, Court (Fifth Section), 8 February 2018.

39. Cf. TEDH, *Case of Weber and Saravia v. Germany,* Application N° 54934/00, Court (Third Section), 29 June 2006, párr. 95.

Así, sostuvo que, en la era actual, cada vez más digital, la gran mayoría de las comunicaciones toman forma digital y se transportan a través de redes de telecomunicaciones globales utilizando una combinación de los caminos más rápidos y más baratos sin ninguna referencia significativa a las fronteras nacionales. La vigilancia que no está dirigida directamente a las personas tiene, por tanto, la capacidad de tener un alcance muy amplio. Por tanto, las salvaguardas son fundamentales y, sin embargo, elusivas. A diferencia de la intercepción dirigida, que se utiliza principalmente para la investigación de delitos, la interceptación masiva también se utiliza, tal vez incluso predominantemente, para la recopilación de inteligencia extranjera y la identificación de nuevas amenazas de actores conocidos y desconocidos. Al operar en este ámbito, los Estados tienen una necesidad legítima de mantener el secreto, lo que significa que poco o nada de la información sobre el funcionamiento de sus sistemas será de dominio público, y la información disponible puede expresarse en terminología que es oscura y puede variar significativamente de un Estado a otro.[40]

Mientras las capacidades tecnológicas han aumentado considerablemente el volumen de las comunicaciones que atraviesan Internet, las amenazas a las que se enfrentan los Estados y sus ciudadanos también han proliferado. Estas incluyen, entre otras, el terrorismo global, el narcotráfico, la trata de personas y la explotación sexual de niños. Muchas de estas amenazas provienen de redes internacionales de actores hostiles con acceso a una cada vez más sofisticada tecnología que les permite comunicarse sin ser detectados. El acceso a dicha tecnología también permite que agentes estatales y no estatales hostiles alteren la infraestructura digital e incluso el correcto funcionamiento de los procesos democráticos mediante el uso de ciberataques, una seria amenaza para la seguridad que, por definición, existe solo en el dominio digital y como tal solo se puede detectar e investigar allí.[41]

40. Cf. TEDH, *Case of Centrum För Rättvisa v. Sweden*, Application N° 35252/08, Court (Grand Chamber), 25 May 2021, párr. 236 y *Case of Big Brother Watch and others v. The United Kingdom,* Applications N° 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Court (Grand Chamber), 25 May 2021, párr. 322.

41. *Ibíd*., nota 40, párrs. 237 y 323 respectivamente.

Al analizar la forma en la que se lleva a cabo la intercepción masiva de comunicaciones electrónicas, el TEDH señaló que, primero, son interceptadas en masa por los servicios de inteligencia, por lo que pertenecen a un gran número de personas, muchas de las cuales no serán de interés para los servicios de inteligencia. Luego de esta búsqueda inicial, que en su mayor parte está automatizada, se aplican diferentes tipos de filtros (como una dirección de correo electrónico) y/o búsquedas complejas a los paquetes de comunicaciones y datos relacionados con las comunicaciones interceptadas. En una tercera etapa el material interceptado es examinado por primera vez por un analista. Finalmente, el material es utilizado por los servicios de inteligencia, lo cual puede implicar la creación de un informe de inteligencia y la difusión del material a otros servicios de inteligencia nacionales o extranjeros.[42]

Las dos primeras salvaguardas mínimas que el TEDH fijó en "Weber and Saravia" no se aplican fácilmente a las intercepciones masivas.[43] Por ende, para minimizar el riesgo de abuso de poder en la intercepción masiva, consideró que el proceso debe estar sujeto a "salvaguardas de extremo a extremo", lo que significa que, a nivel interno, debe hacerse una evaluación en cada etapa del proceso acerca de la necesidad y proporcionalidad de las medidas que se toman; que la intercepción masiva debe estar sujeta a autorización independiente desde el principio, cuando el objeto y alcance de la operación se están definiendo; y que la operación debe estar sujeta a una supervisión y revisión independiente *ex post facto*.[44]

El Tribunal consideró grave la inexistencia de una normativa que asiente la obligación estatal de dar a publicidad los criterios de selección de qué tipo de identificación podría usar para la vigilancia masiva (datos de correo, perfiles de redes sociales, usuarios de aplicaciones, etc.), o de los criterios empleados para las búsquedas en general. La definición de tales parámetros, así como respecto de quiénes serían los operadores de tales actividades en concreto,

42. *Ibíd*., nota 40, párrs. 240-243 y 326-329 respectivamente.

43. *Ibíd*., nota 40, párrs. 262 y 348 respectivamente.

44. *Ibíd*., nota 40, párrs. 264 y 350 respectivamente.

debe estar sujeta a la expedición de una orden previa de supervisión por parte de un órgano independiente.[45]

Finalmente, sostuvo que si bien la autorización judicial es una salvaguarda importante contra la arbitrariedad no es un requisito necesario. De este modo, la intercepción masiva puede ser autorizada por un organismo independiente; es decir, por un organismo que sea independiente del Poder Ejecutivo. No obstante, la naturaleza y la lógica de la vigilancia secreta dictan que no sólo la vigilancia en sí, sino también la revisión que la acompaña se realiza sin el conocimiento de la persona. En un campo donde el abuso en casos individuales es potencialmente tan fácil y podría tener consecuencias tan dañinas para la sociedad democrática en su conjunto, en principio es deseable confiar el control de la supervisión al Poder Judicial, pues ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y un procedimiento adecuado.[46]

Lo expuesto demuestra que el derecho a la privacidad es fundamental para el goce y el ejercicio de los derechos humanos dentro y fuera de internet[47] y su protección

> es amplia, ya que no solo abarca la información sustantiva contenida en las comunicaciones, sino también los metadatos, puesto que, al analizarse y reunirse, estos pueden dar una mejor idea del comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona que la información obtenida accediendo al contenido de una comunicación privada.[48]

45. Cf. TEDH, *Case of Catt v. The United Kingdom,* Application N° 43514/15, Court (First Section), 24 January 2019, y nota 40, párrs. 247 y 250.

46. El organismo independiente que conceda la autorización debe ser informado tanto del fin de la interceptación como de los portadores o rutas de comunicación que probablemente sean interceptadas. Esto le permitiría evaluar la necesidad y la proporcionalidad de la operación de interceptación masiva y si la selección de portadores es necesaria y proporcionada en relación con los fines para los que se realiza la interceptación. *Ibíd*., nota 40, párrs. 265 y 266 y 351 y 352 respectivamente.

47. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018). El derecho a la privacidad en la era digital, A/HRC/39/29, párr. 11.

48. *Ibíd*., nota 47, párr. 6.

En virtud de lo señalado, la AG fijó ciertos principios rectores para el tratamiento de datos personales, utilizando como pilares varios documentos internacionales:

a) Principio de legalidad, licitud y legitimidad: implica que el tratamiento de los datos personales, en todo su ciclo de vida, debe ser realizado por la persona responsable o encargada, de manera respetuosa de las leyes sobre la materia, en tanto sean de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. De manera enunciativa, se señalaron como causas legitimantes para el tratamiento de los datos personales al consentimiento de la persona titular, una obligación legal de la persona responsable, el interés público y los intereses vitales de la persona titular o de un tercero, entre otras.

b) Principio de consentimiento: la persona titular de los datos debe manifestar su voluntad para que puedan ser recolectados, grabados, transformados, comunicados, transferidos y, en general, se pueda realizar cualquier tratamiento de aquellos hasta su eliminación.

c) Principio de transparencia: los datos deberán ser tratados por la persona responsable de manera transparente, debiendo informar a su titular las condiciones de tratamiento a las que será sometida su información personal desde el momento de la recogida, de forma que esté en condiciones de poder materializar el control que le corresponde sobre aquella.

d) Principio de finalidad: guía y delimita todas las actividades del tratamiento de los datos personales desde la recopilación hasta la cancelación. Implica que los datos pueden ser utilizados exclusivamente dentro de los límites de la finalidad para la cual fueron recabados. La finalidad debe ser explícita, específica, legítima y pertinente.

e) Principio de lealtad: la información personal debe ser tratada respetando de manera fiel todos los términos y condiciones que habilitaron su recopilación y utilizando medios que faciliten dicho objetivo.

f) Principio de proporcionalidad: el tratamiento de los datos personales debe limitarse únicamente al cumplimiento de los fines para los cuales fueron recopilados.

g) Principio de minimización: los datos deben ser en cada momento limitados a lo indispensable para llevar a cabo la finalidad establecida.

h) Principio de calidad: también conocido como principio de exactitud o integridad, implica que los datos sean precisos, exactos, completos y estén actualizados, lo que obliga a las personas responsables a adoptar medidas para cumplir con ello.[49]

Como se explicó en el capítulo 3.3, el artículo 43 de la CN consagra la acción de *habeas data* con el fin de resguardar y proteger los datos personales, de modo de garantizar el derecho a la intimidad y privacidad de las personas. Por su parte, la Ley N° 25.326 proporciona una definición amplia de la protección de los datos personales.

En su jurisprudencia, la CSJN ha establecido algunos lineamientos vinculados al derecho a la intimidad, la protección de los datos y el acceso a la información.

En "DGI c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", ante el pedido de los datos identificatorios de quienes se encuentran matriculados/as y trabajaban en forma autónoma con el fin de controlar los aportes previsionales, el Tribunal afirmó que no existe transgresión de la intimidad "siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen".[50]

El fallo deja de manifiesto que no todo acceso a los datos personales afecta directamente el ámbito de intimidad. La protección de los datos "actúa contra toda injerencia, o intromisión, arbitraria o abusiva en la vida privada de los afectados", circunstancia que no se advertía en el expediente.

El TEDH, por su parte, ha determinado la violación del derecho a la privacidad por la difusión de información vinculada a la salud de una persona, que se encontraba en una base de datos confeccionada a partir de información perteneciente a diferentes organismos del Estado ruso –entre ellos, el Hospital de Enfermedades Infecciosas– y que se comercializaba como "Base de datos del Centro de Información del Departamento del Interior de Moscú". Ade-

49. Cf. AG (2022). Derecho a la privacidad. Principios que informan la privacidad y la protección de datos personales, 77° período de sesiones.

50. CSJN, "DGI c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/medidas cautelares", *Fallos* 319:71, considerando 8.

más, advirtió que las autoridades tienen la obligación de investigar las denuncias sobre difusión de información que solo podía estar en poder del Estado.[51]

En otro caso cuestionó la publicación sistemática y obligatoria del nombre y el domicilio de los principales deudores fiscales por parte de la Autoridad Tributaria con la finalidad de lograr mejoras en la disciplina fiscal a través de su efecto disuasorio.[52]

Aunque la legislación húngara clasificaba a estos datos como información de interés público, no los excluía de las garantías para la protección del derecho a la vida privada.

En este contexto, el TEDH señaló que las autoridades nacionales competentes, ya sea a nivel legislativo, ejecutivo o judicial, debieron realizar un equilibrio entre los derechos en juego, para lo cual, debían tener en cuenta el interés público en la difusión de la información en cuestión; la naturaleza de la información divulgada; las repercusiones y el riesgo de perjuicio al disfrute de la vida privada de las personas afectadas; el alcance potencial del medio utilizado para la difusión de la información –en particular, el de Internet–; y los principios básicos de protección de datos.

Otra preocupación que existe en cuanto a la privacidad *on line* es la Inteligencia Artificial, que suele basarse en grandes conjuntos de datos –generalmente personales–, lo cual incentiva la recopilación, el almacenamiento y el tratamiento de datos a gran escala, por lo que los Estados y las empresas deben ser prudentes a la hora de emplearlos, específicamente, en la elaboración de perfiles, la adopción automatizada de decisiones y las tecnologías de aprendizaje automático.

51. La base de datos adquirida contenía datos sobre más de 400.000 personas que residían o lo habían hecho en Moscú. En el caso de la víctima, figuraba su nombre y apellido; fecha y lugar de nacimiento; nacionalidad; lugar de residencia y domicilio; y una condena que había cumplido por vandalismo, robo y posesión ilegal de drogas. En el apartado "Notas", se afirmaba que era "un gamberro, ladrón y drogadicto, padecía sida y hepatitis"; entre otros datos. Cf. TEDH, *Case of Y. G. v. Russia,* Application N° 8647/12, Court (Third Section), 30 August 2022.

52. Cf. TEDH, *Case of L. B. v. Hungary,* Application N° 36345/16, Court (Grand Chamber), 9 March 2023.

Estas tecnologías

> pueden ser una herramienta extraordinariamente poderosa si se ponen al servicio del bien, al ayudar a las sociedades a superar algunos de los grandes problemas de nuestro tiempo. No obstante, también pueden tener efectos negativos, incluso catastróficos, si se implantan sin tener suficientemente en cuenta sus consecuencias para los derechos humanos.[53]

La responsabilidad de los motores de búsqueda de internet (como Google o Yahoo) es un aspecto sobre el cual la CSJN se ha pronunciado.

Así, en "Rodríguez" ha señalado que los buscadores merecen la misma tutela constitucional que los medios de comunicación, lo cual no es incompatible con el derecho de las personas a solicitar que se eliminen los enlaces con las imágenes o textos que puedan producirle un daño, cuando los intermediarios hayan sido debidamente requeridos y tomado conocimiento efectivo de la ilicitud.

Los "buscadores" no tienen una obligación general de "monitorear" –supervisar, vigilar– los contenidos que se suben a la red y que son provistos por las personas responsables de cada una de las páginas web. Sobre esa base, son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado.

En cambio, cuando el buscador conoce la ilicitud de un contenido y ese conocimiento no es seguido de un actuar diligente, habrá responsabilidad. En este contexto es relevante el momento de la notificación, ya que con anterioridad los motores de búsqueda no tienen conocimiento de los datos que indexan. Si la notificación ocurrió y aquellos no adoptan las medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes, el buscador deberá responder por los daños ocasionados.[54]

53. AG, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "El derecho a la privacidad en la era digital", A/HRC/48/31, 13 de septiembre de 2021, párr. 2.

54. Cf. CSJN, "Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios", *Fallos* 337:1174. En igual sentido, "Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/ daños y perjuicios", *Fallos* 340:1236, y "Paquez, José c/Google Inc. s/ medidas precautorias", *Fallos* 342:2187.

En cuanto a la ilicitud de los contenidos dañosos, el Tribunal consideró que son manifiestas en casos como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual.

Si bien son todos supuestos de ilicitud, no todos reconocerían la condición de "palmaria" de modo suficiente como para que los buscadores no requieran el mencionado "esclarecimiento".[55]

Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso exija un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, no puede exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

En el ámbito regional, el TEDH sostuvo que el proveedor y editor de un portal de noticias *on line* tienen responsabilidad sobre los comentarios difamatorios que allí se publiquen que puedan dañar la reputación de terceros, puesto que entablar una acción civil contra los autores de aquellos sería complicado –establecer la identidad de quien escribió comentarios anónimos es sumamente difícil–. Por ello deben tener algún tipo de control sobre los comentarios que se subían, para lo cual deben tomar los recaudos suficientes.[56]

55. Cf. Loreti, D. y Lozano, L. (2015). Derecho a la intimidad y al honor. Libertad de expresión. *Derechos Humanos, IV*(10), 123.

56. Cf. TEDH, *Case of Delfi A.S. v. Estonia*, Application N° 64569/09, Court (First Section), 10 October 2013, párrs 77, 86 y 91. El Tribunal destacó que existía un sistema automático

Para concluir, resta referirnos al derecho al olvido, que ha sido definido como el derecho al borrado digital de hechos pasados que tiene toda persona que se haya sentido vulnerada en su derecho a la privacidad, debido a causas justificadas o porque con el paso del tiempo sus datos personales han perdido su virtualidad, con independencia del perjuicio efectivamente causado o de si son exactos o ciertos o de que mediare o no el consentimiento de la persona interesada.[57] No implica una eliminación del contenido de su fuente original, sino dificultar su localización mediante una desindexación.[58]

Este derecho fue reconocido por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *leading case* "Costeja". A partir de la legislación europea de protección de datos de aquel entonces, específicamente la Directiva N° 95/46, admitió el "derecho al olvido" o a la supresión o desindexación de datos cuando sean inexactos, inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, no estén actualizados o que se conserven durante un período superior al necesario.[59]

Con posterioridad, en el ámbito europeo los motores de búsqueda habilitaron formularios *on line* para ejercer el derecho al olvido, mediante la posibilidad de peticionar la desindexación de datos personales. En el año 2018, la Unión Europea aprobó el Reglamento General de Protección de Datos que reconoció expresamente en su artículo 17 el "derecho de supresión" o "derecho al olvido".

---

que borraba comentarios basado en la cantidad de lenguaje obsceno utilizado, un sistema mediante el cual los/as usuarios/as reportaban comentarios inapropiados notificando a los administradores del sitio y que los administradores del sitio a veces borraban comentarios por iniciativa propia.

57. Cf. Sancho López, M. (2018). *El derecho al olvido en el big data: Nuevos retos para la protección de la privacidad.* (Tesis doctoral). Universidad de Valencia, p. 355.

58. Cf. Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on "Google Spain and Inc. v. AEPD and Mario Costeja González", 26 de noviembre de 2014. Recuperado de http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf

59. Cf. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "Google Spain S.L. y Google Inc. c/Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González", ECLI:EU:C:2014:317, párr. 92.

En la Argentina el derecho al olvido no se encuentra legislado. Sin embargo, la CSJN tuvo que pronunciarse sobre la materia en "Denegri".

La actora demandó a Google Inc. con el objeto de que se le ordene suprimir ciertos sitios web en los que se exponía información suya relativa a hechos ocurridos hace más de veinte años vinculados a una causa penal de trascendencia (el "caso Cóppola") que podían obtenerse mediante el ingreso de su nombre en el motor de búsqueda.

La CSJN resaltó los principios protectorios de la libertad de expresión y analizó cuáles serían las consecuencias de una eventual decisión judicial que ordenara desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado y hacer cesar su repetición. Esta medida extrema dificultaría la búsqueda, por lo que importaría una grave restricción a la circulación de información de interés público, sobre la que pesa una presunción de inconstitucionalidad.[60]

En este sentido, sostuvo que

> [s]i se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés público –reflejado, principalmente, en las graves consecuencias que se derivaron de los hechos que lo componen–, exige su permanencia y libre acceso por parte de los individuos que la integran, pues ella forma parte de una época determinada cuyo conocimiento no cabe retacear a quienes conforman –y conformarán– dicha sociedad sin motivos suficientes que tornen aconsejable una solución con un alcance distinto.[61]

De acuerdo con lo resuelto en "Rodríguez", la Corte convalidó la posibilidad de bloquear determinados contenidos, ya que

> [u]na posición contraria, que solo admitiese la responsabilidad ulterior, llevaría al absurdo de pretender que la persona que probó la afectación a sus derechos constitucionales deba iniciar constantemente nuevos reclamos reparatorios, de-

60. Cf. CSJN, "Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personalísimos: acciones relacionadas", *Fallos* 345:482, considerandos 7-11.

61. *Ibíd*, nota 60, considerando 14.

> bido a que el buscador mantiene los contenidos ya sentenciados como dañosos en la web. Es decir, en estos casos si se parte de un supuesto de responsabilidad ulterior por el daño acreditado, se podría eventualmente admitir la supresión o bloqueo de los contenidos perjudiciales para evitar o prevenir daños similares futuros.[62]

No obstante, entendió que en este caso no se produjo una lesión ilícita del derecho al honor, ya que se trataba de contenidos veraces, de interés público, referidos a una etapa de la vida pública de la actora en los que había participado en forma activa. Tampoco consideró que hubiera una vulneración al derecho a la intimidad, ya que la protección de la privacidad no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que la persona titular consiente revelar al público.[63]

De este modo, para el Tribunal una persona que fue y es figura pública no tiene el derecho a limitar el acceso a información veraz y de interés público que sobre ella circula en internet.

62. *Ibíd*., nota 60, considerando 12.

63. *Ibíd*., nota 60, considerandos 16-20.

Abreviaturas

AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCT	Comité contra la Tortura
CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
Comisión DH	Comisión de Derechos Humanos (ONU)
Comité DH	Comité de Derechos Humanos
Consejo DH	Consejo de Derechos Humanos (ONU)

Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CPNA	Código Penal de la Nación Argentina
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación
CS	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
NNyA	Niños, niñas y adolescentes
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SIDH	Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los autores y las autoras

Julia Ben Ishai

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Maestranda en Estudios de Género y Políticas Públicas (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Ayudante de Primera de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz). Ayudante de Segunda de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Directora de la revista del Instituto Contra Legem. Participó como investigadora de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UNPAZCYT y DECYT). Se desempeña profesionalmente como prosecretaria letrada en el Consejo de la Magistratura de la Nación. Con anterioridad, cumplió funciones en la Dirección Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales y en la Dirección General de Asuntos Jurídicos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación). Autora de capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

Ornella Johanna Bergés

Abogada (Universidad Nacional de José C. Paz). Escribana (Universidad Siglo XXI). Diplomanda en Derecho Penal y Procesal Penal (UNPAZ). Especializanda en Derechos de las Familias, Niñez y Adolescencia (UNPAZ). Ayudanta de Primera de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ). Participó como investigadora de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UNPAZCYT). Autora de artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

Gabriel Fernando Bicinskas

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz) y de Derechos Humanos y Garantías, Terrorismo de Estado y Delitos de Lesa Humanidad y Función Social de la Administración de Justicia (Universidad Nacional de Avellaneda). Profesor de posgrado (UNPAZ). Fue docente en la Especialización en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Participó como codirector e investigador de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UNPAZCYT y DECYT). Vocal de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos. En la actualidad integra el Colectivo de Derechos Humanos Yopoi. Con anterioridad fue director general del Observatorio de Derechos Humanos (Municipalidad de Quilmes) e integró el Departamento de Justicia y Paz del Obispado de Quilmes. Autor de capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas e internacionales.

Marina Chertcoff

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Diplomada en Derechos Humanos de la Mujer (Universidad Austral). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Jefa de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz). Docente de la Especialización en Abogacía del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación). Participó como investigadora de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UNPAZCYT y DECYT). Se desempeña profesionalmente en el Equipo de Trabajo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Defensoría General de la Nación (Ministerio Público de la Defensa). Con anterioridad, cumplió funciones en la Comisión del Migrante y en diferentes defensorías públicas oficiales (Ministerio Público de la Defensa) y en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Autora de capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

Marina Ditieri

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Diplomada en Género y Bioética Aplicada (Universidad de Champagnat). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Maestranda en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Pla-

ta). Jefa de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz). Ayudante de Segunda de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Presidenta de la Comisión de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. Secretaria de la Comisión de Derechos Humanos de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. Coordinadora general de la revista *Género y Derecho Actual*. Ejerce la profesión de abogada litigante. Con anterioridad fue asesora legal en la Secretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación). Autora de capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

Marcos Ezequiel Filardi

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús). Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz). Profesor de posgrado (UNPAZ). Participó como investigador de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UNPAZCYT y DECYT). Integrante de la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria (Escuela de Nutrición, UBA), de la Red de Abogadas y Abogados por la Soberanía Alimentaria (REDASA), del Colectivo de Derechos Humanos Yopoi, del Movimiento por la Salud de los Pueblos (MSP) y del Museo del Hambre. En la actualidad se desempeña como asesor en la Dirección Nacional de Agroecología (Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación). Con anterioridad fue jefe de Departamento de la Dirección Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), cotitular de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio (Defensoría General de la Nación), y se desempeñó en diversas dependencias del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Autor de libros, capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas e internacionales.

Macarena Bernarda Gómez

Abogada (Universidad Nacional de Avellaneda). Participó como investigadora de apoyo en diversos proyectos de investigación en derecho (UNPAZCYT y DECYT). Se desempeña profesionalmente como asesora de la Di-

rección Provincial de Políticas de Genero y Derechos Humanos (Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires). Autora de artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

Tatiana Hirschhorn

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Licenciada en Ciencia Política (UBA). Maestranda en Ciencia Política (Universidad Torcuato Di Tella). Profesora adjunta de Derechos Humanos y Garantías, Práctica Profesional I y Práctica Profesional II (Instituto Universitario de la Policía Federal). Jefa de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías y Filosofía del Derecho (Universidad Nacional de José C. Paz). Ayudante de Primera de Principios Generales de Derechos Humanos y Derecho Constitucional (Ciclo Básico Común, UBA). Coordinadora en el Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales, UNPAZ). Se desempeña profesionalmente como coordinadora de Recepción, Evaluación y Dictámenes de Denuncias de la Dirección de Asistencia a la Víctima (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo). Con anterioridad fue asesora legal en el Área de Asistencia y Asesoramiento a la Persona en Situación de Discriminación y coordinadora de los Observatorios de la Discriminación (INADI) y cumplió funciones en la Dirección Nacional de Políticas y Regulación de Servicios (Agencia Nacional de Discapacidad) y en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Provincia de Buenos Aires). Autora de capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

María Laura Iseas

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Diplomada en Género y Derechos Humanos (Universidad de Chile). Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Especialista en Magistratura con mención en Derecho Público (Universidad Nacional de La Matanza - Escuela del Servicio de Justicia). Doctoranda en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús). Ayudanta de Primera de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz). Docente de la Especialización en Abogacía del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación). Participó como investigadora de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UBACYT). Se

desempeña profesionalmente como secretaria de la Fiscalía Nacional en lo Laboral N° 5. Con anterioridad fue responsable del Área de Modernización y Gestión de Proyectos de la Secretaría Disciplinaria Técnica y de Recursos Humanos (Ministerio Público Fiscal de la Nación), responsable Legal y Técnica del Registro Nacional de Bienes Decomisados y Secuestrados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) y responsable del Área de Litigio de Interés Público y Acceso a la Información Pública (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia) y cumplió funciones en diversas dependencias del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en la Secretaría de Derechos Humanos (Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Autora de artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas.

Rosario Muñoz

Abogada con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires). Especializanda en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF/UNER). Maestranda en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University Washington College of Law). Jefa de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz). Fue docente en la Especialización en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Participó como investigadora de apoyo en diversos proyectos de investigación en Derecho (UNPAZ-CYT y DECYT). Se desempeña profesionalmente como secretaria de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Con anterioridad, cumplió funciones en la Comisión del Migrante y en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio (Ministerio Público de la Defensa) y en el Consejo de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Autora de capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas e internacionales.

Sebastián Alejandro Rey

Abogado con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derechos Humanos con recomendación del jurado para su publicación (Universidad Nacional de La Plata). Doctor en Derecho con recomendación del jurado para su publicación y para el Premio Facultad (UBA). Profesor titular interino de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de

José C. Paz). Profesor adjunto interino de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Profesor titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (PTN). Director de la Diplomatura en Litigio en Derechos Sociales y Ambientales (UNPAZ). Profesor de posgrado (UNPAZ, UNR, UNLPam y UCASAL). Director y codirector de Proyectos de Investigación en Derecho (UNPAZCYT y DECYT). Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (UBA) y del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales (UNPAZ). Secretario de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos. Es director de la *Revista Debates sobre Derechos Humanos* (EDUNPAZ) y fue director de la *Revista de Derechos Humanos* (Infojus). Se desempeña profesionalmente como secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Con anterioridad fue director nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) y cumplió funciones en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio y el Programa para la Aplicación de Tratados de Derechos Humanos (Ministerio Público de la Defensa) y en la Unidad de Asistencia para causas por violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado (Procuración General de la Nación). Autor de libros, capítulos de libros y artículos sobre la materia en revistas jurídicas argentinas e internacionales.

Juan Pablo Vismara

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Diplomado en Gestión Ambiental y en Industria del Gas y del Petróleo (Universidad Austral). Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de José C. Paz) y de Derecho del Ambiente y los Recursos Naturales (Universidad Nacional de Avellaneda). Profesor de posgrado (UNPAZ). Fue docente en la Especialización en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Participó como investigador de apoyo en diversos proyectos de investigación en derecho (UNPAZ-CYT, DECYT y PROAPI-UNDAV). En la actualidad integra el Colectivo de Derechos Humanos Yopoi. Con anterioridad fue concejal en el Concejo Deliberante de la ciudad de Balcarce, se desempeñó como director nacional de Control Ambiental y subsecretario de Desarrollo Sustentable (Secretaría de Ambiente de la Nación) y ejerció la profesión de abogado litigante.

COLECCIÓN MORRAL DE APUNTES

DH

El tomo II del *Manual de Derechos Humanos* es una obra en la que el abordaje de la temática y el compromiso del Dr. Rey con la educación inclusiva y democrática permitieron que confluyeran las voces de todo el cuerpo docente que, cada cuatrimestre, transmite a futuras abogadas y a futuros abogados la pasión por la defensa y la plena efectividad de los derechos humanos [...]. Efectivamente, las y los autores no eluden los discursos que moldean al sujeto contemporáneo y que han intentado, también a lo largo de la historia, expulsar y silenciar aquellas singularidades, otrora marginadas de los debates académicos por incómodas o políticamente incorrectas. Se dieron cita aquí, para orgullo de nuestra comunidad académica, los temas clásicos en la materia: el derecho a la salud, a la salud sexual y reproductiva, la discriminación por motivo del sexo y del género, el derecho de las personas con discapacidad, los derechos de niños, niñas y adolescentes, los derechos de los pueblos indígenas y de las personas afrodescendientes, las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales y las desapariciones forzadas de personas, la trata de personas, el trabajo forzado y la esclavitud, el derecho al olvido, etcétera.

[Extracto de la Presentación]

EDUNPAZ Editorial Universitaria

UNPAZ Universidad Nacional de José C. Paz

ISBN 978-987-8262-26-0