

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO IV
Nº4
2014

ISSN 2250-5210



ARGENTINA
1983

CLADH

Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos



Universidad
Zaragoza

ridh | REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO IV N°4 2014

ISSN 2250-5210

CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

LUCAS EMMANUEL GÓMEZ Presidente – Cofundador

C. IGNACIO DE CASAS Vicepresidente – Cofundador

IGNACIO A. BOULIN VICTORIA Tesorero – Cofundador

MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN Directora Ejecutiva

Mendoza

Tierra del Fuego 79 (5500) Mendoza – República Argentina.

Santiago de Chile

Camino La Ronda N° 2137, (7700402) Lo Barnechea,

Santiago de Chile – República de Chile.

Tel.: (54-261) 424 2344 – contacto@cladh.org – www.cladh.org

Para comunicarse con
Revista Internacional de Derechos Humanos
remita sus mensajes a
contacto@revistaidh.org

Para más información ingrese a
www.revistaidh.org

IMPORTANTE: Los artículos son publicados y/o traducidos con permiso expreso de sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización previa. Las opiniones vertidas en los artículos aquí publicados son de responsabilidad absoluta y exclusiva de sus autores y en consecuencia no reflejan ni comparten necesariamente el parecer del editor, del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y/o de sus miembros.

Edición y Coordinación

Georgina Alejandra Guardatti

Universidad de Mendoza – Argentina / Universidad de Zaragoza – España

Comité Honorario

† Prof. Dr. Ángel G. Chueca Sancho

Comité Científico Editorial

C. Ignacio de Casas – Universidad de Mendoza – Argentina

Ignacio A. Boulín Victoria – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Lucas Emmanuel Gómez – Universidad de Mendoza – Argentina

Cintía M. Bayardi Martínez – Universidad de Congreso – Argentina

Diego Riveros – Universidad de Los Andes – Chile

Fernando Álvarez – Universidad de Los Andes – Chile

Alejandro González – Varas Ibañez – Universidad de Zaragoza – España

Fernando Arlettaz – Universidad de Zaragoza – España

Comité de Evaluación

Grupo de Investigación sobre Migraciones Internacionales

e Integración – Universidad de Zaragoza – España

Adriel A. Fernández Santander – Universidad Austral – Argentina

María Laura Farfán Bertrán – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Soledad Bertelsen Simonetti – Harvard University – Estados Unidos

Claudio Ereche – Universidad de Los Andes – Chile

Colaboradores

Gisela Ferrari – Universidad Católica Argentina – Argentina

Lucía Vázquez Ger – Universidad Austral – Argentina

Ariana Callejas – Universidad del Istmo de Guatemala – Guatemala

Natalia Callejas Aquino – Universidad Francisco Marroquín – Guatemala

Marcela Sofía Argueta Castillo – Universidad Francisco Marroquín – Guatemala

Producción editorial

Gabriela Príncipe – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Traducción y revisión abstracts

Gerardo Patricio Tovar – Editor independiente – Argentina

Asesoramiento editorial y diseño

Contenido

Georgina Alejandra Guardatti

Editorial 9

Artículos 13

Citlali Urtiz y Carlos Manuel Rosales

*El juez como agente activo en el trato digno
a la víctima en el proceso judicial* 15

Diego Jorge Lavado

*Treinta años de democracia argentina. La respuesta estatal
frente a los crímenes de lesa humanidad
cometidos por la última dictadura militar* 41

Tarik Lama Gálvez

*El desplazamiento forzado de población indígena por Israel:
una política que transgrede el derecho internacional* 107

Marcelo Trucco

*Aspectos a considerar para un eficaz acceso a instancias
internacionales de protección de derechos humanos* 125

Magdalena M. Eaton

*La realización del derecho a la vivienda a través del
otorgamiento de títulos de propiedad* 147

Gerald L. Neuman

*Importación, exportación y consentimiento regional
en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 175

Análisis de casos _____	219
María Milagros Berti García y Fernando J. Nasazzi Ruano <i>Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina,</i> <i>a la luz del derecho a la identidad biológica y al</i> <i>vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno</i> _____	221
Noticia de los autores _____	239
Pautas para la presentación de colaboraciones _____	245

Editorial

Por Georgina Alejandra Guardatti¹

El cuarto número de la *Revista Internacional de Derechos Humanos* (RIDH) continúa promoviendo el diálogo interdisciplinario, interinstitucional e interregional, mediante la publicación de artículos de actualidad realizados por investigadores y especialistas en la materia para debatir y reflexionar sobre las diversas perspectivas de la protección de los Derechos Humanos.

En primer lugar, la Licenciada en Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México y Magister en Victimología, Citlali Urtiz, en coautoría con el Dr. Carlos Manuel Rosales, de la Universidad de Chile, han colaborado con un artículo que propone analizar los elementos y herramientas que requiere un juez para desempeñar sus funciones y, en particular, el trato digno a la víctima. Para ello, analizan el requisito formal de jurisdicción y los diversos principios que deben regir su actuación.

El Dr. Diego Jorge Lavado, Profesor Titular de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Cuyo en Argentina, ha contribuido con un artículo de suma actualidad, dado que recuerda los treinta años de democracia argentina. En particular, se refiere a la respuesta estatal frente a los crímenes de lesa humanidad cometidos por la última dictadura

¹ Editora y coordinadora de Revista Internacional de Derechos Humanos. Abogada por la Universidad de Mendoza (Argentina). Máster Oficial en Especialización e Investigación en Derecho: Derechos Humanos, Libertades y Derecho Penal, Universidad de Zaragoza (España). Doctoranda en Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza (España). Jefe de Trabajos Prácticos, Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad de Mendoza (Argentina). Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

cívico-militar. Para ello, nos presenta el contexto sociopolítico en que irrumpió la misma, su apogeo y caída. Luego, enseña la evolución completa del proceso de verdad y justicia por los crímenes de lesa humanidad que se consumaron durante esos años.

Una cuestión novedosa comparte el Licenciado por la Universidad de Chile, Tarik Lama Gálvez, quien también ha realizado sus estudios en Criminología y Derecho en la Universidad de Murcia. Se trata del desplazamiento forzado de la población indígena por Israel, como política que transgrede el Derecho Internacional. El artículo analiza el llamado Plan Prawer-Begin, es decir, la política pública israelí que busca desplazar a la población indígena del desierto del Naqab (Negev) a zonas “autorizadas”. El autor presenta un estudio sobre la situación de esa nación en territorios ocupados; examina el impacto internacional de dicha política en instituciones internacionales e intenta dilucidar si nos encontramos frente a crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, el Dr. Marcelo Trucco, quien se desempeña como Docente en la Maestría de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), ha investigado sobre los aspectos necesarios para lograr un eficaz acceso a las instancias internacionales de protección de derechos humanos. Dado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece distintas instancias para reclamar en el ámbito internacional por violaciones a los derechos fundamentales de las personas ocasionadas por la acción u omisión de los Estados, y que, cada una de estas instancias, universales y regionales, poseen características propias, ventajas y desventajas que deben ser valoradas, el autor analiza entonces las distintas cuestiones que deben tenerse en cuenta para una elección estratégica que permita obtener los mejores resultados. Asimismo, pretende aportar herramientas prácticas para aquellos profesionales del Derecho y organismos no gubernamentales que efectúan denuncias ante instancias internacionales.

La realización del derecho a la vivienda a través del otorgamiento de títulos de propiedad es el tema abordado por la abogada egresada de la Universidad de Mendoza en Argentina, Magdalena M. Eaton, Máster en Derecho Internacional Público por la Universidad de Utrecht. La autora

parte del concepto de seguridad en la tenencia como piedra angular del derecho humano a la vivienda adecuada. Sostiene que se ha pregonado, en repetidas ocasiones, la necesidad de otorgar títulos de propiedad como garantía máxima del efectivo goce y ejercicio de dicha seguridad en casos de asentamientos precarios, caracterizados por la ocupación de tierras de propiedad de terceros, sean estos públicos o privados. Y se cuestiona: cuánta verdad hay en las bondades que se le adjudican a este tipo de políticas. Para responder a ese interrogante, busca analizar las ventajas y desventajas de las políticas de regularización dominial a través del otorgamiento masivo de títulos de propiedad.

Gerald L. Neuman, titular de la cátedra J. Sinclair Armstrong de Derecho Internacional, Derecho Extranjero y Derecho Comparado en Harvard Law School, nos ha conferido la publicación exclusiva de la versión en español de su artículo “Importación, exportación y consentimiento regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado originalmente en el año 2008, en su versión en inglés, en la Revista Europea de Derecho Internacional. Sustenta el autor que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado un cuerpo significativo de jurisprudencia sobre derechos humanos a través de la interpretación de convenciones regionales de derechos humanos y de la adaptación de precedentes europeos y globales y de soft law global; también ha esperado influenciar fuera de su región, ofreciendo interpretaciones innovadoras en la materia e identificando normas como *ius cogens*. Entiende que la metodología de la Corte, en los últimos años, parece haber otorgado escasa consideración al consentimiento de la comunidad regional de Estados como factor en la interpretación evolutiva de un tratado de derechos humanos. Por ello, en este artículo, el autor ilustra y critica dicha tendencia, sostiene que una mayor atención a indicios de consentimiento regional podría mejorar la aceptación y efectividad del sistema interamericano de derechos humanos.

En la sección análisis de casos, M. Milagros Berti García y Fernando J. Nasazzi Ruano, ambos profesores de Derecho de Familia en la Universidad de Mendoza (Argentina), presentan un estudio ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno.

Para finalizar, agradecemos especialmente a los miembros del Comité Científico Editorial y del Comité de Evaluación por la exhaustiva labor realizada; como así también, a nuestros colaboradores por su activa participación y a la producción editorial, en la persona de Gerardo Tovar, por su generoso asesoramiento continuo.

Anhelando que los temas desarrollados en el presente número contribuyan al intercambio de ideas en defensa y promoción de los Derechos Humanos, nos encontraremos en la próxima edición de *Revista Internacional de Derechos Humanos*.

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI

Mendoza, Junio de 2014

Artículos

El juez como agente activo en el trato digno a la víctima en el proceso judicial

Citlali Urtiz

Licenciada en Psicología, Universidad Nacional Autónoma de México (México).
Maestría en Victimología, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Carlos Manuel Rosales

Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (México).
Diplomado por la Universidad de Heidelberg (Alemania).
Estudios de Maestría y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile (Chile).

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto mostrar y analizar los elementos y herramientas que requiere un juez para desempeñar sus funciones y, sobre todo, tratar con dignidad a la víctima. Por ello, se analizará el requisito formal de la jurisdicción y la utilización de diversos principios que deben regir su actuación.

Palabras clave: justicia; tribunales; jurisdicción; principios rectores judiciales.

Abstract: This paper aims to display and analyze the elements and tools that a judge needs to carry out his duties and above all, to treat the victim with dignity. Therefore, the formal requirements of the jurisdiction and the use of various principles that should govern his performance are analyzed.

Keywords: justice; courts; jurisdiction; judicial governing principles.

Artículo recibido: 28/08/13 Aceptado: 14/02/14

Sumario

1. Introducción
2. Naturaleza y fin de los principios normativos
3. Imparcialidad
4. Independencia
5. Legalidad
6. Objetividad
7. Publicidad
8. Conclusiones
9. Bibliografía

1. Introducción

La realización de un delito implica el daño o menoscabo físico, psicológico o económico a una persona, lo que conlleva a reconocer a la persona afectada como víctima u ofendido. Sin embargo, el concepto de “víctima” fue poco atendido por la ciencia jurídica después de que fue secularizada la venganza, pues se consideraba que con la venganza privada, la reparación del daño, una multa o una sentencia se había cumplido con el deber de suministrar un castigo al acusado por aquella conducta delincencial, dando por satisfecho el interés de la víctima y de la sociedad.

Con la evolución del derecho penal, se le dio mayor importancia a la afectación sufrida por la víctima; pues su actuación se basaba principalmente en presentar la denuncia y ser la prueba visible de que se había cometido un delito; pero la víctima no era considerada como parte activa en el proceso, por lo que se reconoció que tenía derecho a asistencia legal y médica y, posteriormente, la facultad de poder participar en el proceso penal.

Con el establecimiento del Estado y el progreso de las instituciones, se estableció que uno de sus fines consiste en brindar seguridad y protección a los derechos y libertades de la población; para ello se necesita determinar un conjunto de leyes e instituciones públicas, pues: “un Estado se justifica, si protege los derechos y libertades de los gobernados” (Nieto, 2003, 134).

En particular, el objetivo de implantar un sistema de administración de justicia se materializa en un sistema democrático, a través del establecimiento de tribunales independientes y de la regulación de procedimientos jurisdiccionales para la resolución de conflictos, que resuelvan imparcial y públicamente los conflictos expuestos y, consecuentemente, se determinen las sanciones correspondientes (Ponce de León, 1997, 7).

Este trabajo de investigación indagará sobre los principios jurisdiccionales que deberán regir la actuación de los jueces y magistrados para que la víctima sea tratada con dignidad, que el proceso de re-victimización sea con menos tribulación, pero sobre todo, que la víctima sienta satisfecha su exigencia de justicia.

En primer lugar, se expondrá la naturaleza y la función jurisdiccional de los Tribunales; en segundo lugar, se analizará la utilidad de los principios en materia de impartición de justicia; posteriormente, se presentará y examinará un conjunto de principios rectores que deben regir la actuación jurisdiccional de los magistrados; para finalizar, un conjunto de conclusiones que resumirán y comprobarán la importancia de estos principios judiciales, para que la víctima reciba un trato basado en la dignidad y el respeto, y recuperar cuanto antes posible su calidad de vida.

El objetivo de la presente investigación es intentar averiguar y describir qué principios normativos judiciales deben considerarse para que un Tribunal ejecute una debida actuación y se le otorgue un trato digno a la víctima.

2. Naturaleza y fin de los principios normativos

La manifestación más concreta de la justicia en todo sistema social es la correcta aplicación de las leyes y la posibilidad de proteger su cumplimiento y respeto a través de instancias que permitan resolver las controversias, conflictos y diferencias que se susciten (Andrade Martínez, 2002, 601).

Para que haya una seguridad jurídica eficaz “se necesitan que las reglas sean públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, entre otros rasgos” (Orozco Henríquez, 2006, 239).

Algunos de los elementos esenciales de un Tribunal:

1. debe ser jurídico, ya que su finalidad es garantizar la vigencia del Derecho,
2. cualquier conflicto surgido por la inobservancia de las normas jurídicas debe ser resuelto, no por la vía de construir para cada caso una solución política negociada, sino imponiendo siempre la auténtica obediencia del derecho preestablecido, y
3. debe ser efectivo, eficiente, disponible y accesible para todo actor, con independencia de la fuerza política que tenga, puede solicitar y obtener el pleno respeto de sus derechos (TEPJF, 2003, 56-57, 74-75).

Las características institucionales que debe tener un Tribunal son:

1. debe ser especializado, esto es, no sólo en lo jurisdiccional, lo que promueve niveles crecientes de eficiencia en el desempeño de sus funciones (Ibíd., 59),
2. tiene la labor de declarar el Derecho aplicable para resolver los conflictos que se presenten con motivo de los comicios a cargo del Tribunal, en el cual ni los partidos ni ninguna otra autoridad o poder tienen representación o injerencia (Ibíd., 60),
3. el Tribunal permite garantizar “1. el ejercicio republicano del poder público evitando que una sola instancia lo concentre con el riesgo de abusar de él y, 2. que las citadas funciones se realicen de manera especializada, atendiendo sólo a los principios de cada una” (Ibíd., 61),
4. debe contar con autonomía funcional, ya que actuará sin subordinación institucional a órgano alguno. La autonomía normativa faculta el poder dictar, él mismo, las normas generales que reglamentan su funcionamiento interno (Ibíd., 62-63),
5. el Tribunal debe gozar con cierta autonomía administrativa, en razón de que le corresponde, con exclusividad, la atribución de manejar sus recursos, determinando a qué prioridades, comprendidas dentro de su competencia, deberán aplicarse los recursos humanos, materiales y financieros a su disposición (Lowenstein, 1964, 232-251 y 294-325).

Con lo anterior, se justifica la pertinencia y finalidad de contar con un Poder Judicial.

Los tribunales deben disponer del reconocimiento del Estado para aplicar las normas. Esta función del Poder Judicial le reconoce la capacidad para que sean acatadas y respetadas las normas. Esto lo ejerce a través de la jurisdicción.

La jurisdicción es la atribución positiva que posee un Tribunal para impartir justicia. Su validez de actuación se basa en la jurisdicción que es entendida como

el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia (Arellano García, 1992, 346).

Con una adecuada jurisdicción se otorga seguridad jurídica a la población, esto significa que “el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas” (Orozco Henríquez, 2006, 237 y Pérez Luño, 1991). Esto implica que los jueces deben realizar su labor de manera idónea. Por un lado, deben contar con profesión y reputación (requisito de calificación) y, por otro lado, el aislamiento de los jueces: forma de designación, tenencia del cargo, remuneración asegurada, forma de destitución (requisitos de aislamiento) (Ansolabehere, 2007, 98).

Ahora bien, es menester presentar la manera en cómo se llevarán a cabo los cometidos de los tribunales. Esto se hace a través de principios y reglas.

El profesor Ronald Dworkin define el término “principio” como una pauta que ha de observarse, porque es una exigencia de la justicia, equidad o de otro aspecto de la moral. Por lo mismo, “los principios inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan” (Dworkin, 1995, 19 –22 y Blix, 2004,

88)¹. Por lo mismo, para Dworkin, “los principios son la base que construyen los sistemas jurídicos, irradiándose a todo el sistema jurídico” (Ibíd. 77-78)².

Los principios son abstractos, de contenido impreciso e incierto, que han llegado para quedarse. Porque constituyen “los presupuestos que hacen posible a la democracia; además, de que se establecen como un vínculo preventivo, que se autoimpone la comunidad para autoprotgerse y, no perder el rumbo” (Salazar, 2007a, 42).

Los principios tienen las siguientes funciones:

1. Función creativa: antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

2. Función interpretativa: implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.

3. Función integrativa: significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que la aplicación del derecho opera una u otra (Atienza, 2005).

Para que estos principios tengan el valor intrínseco y el peso ponderativo deben estar incorporados en la Constitución, “porque si no sólo

1 Ronald Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez.

2 Esta concepción la tomó a partir de que, a partir de los principios se crean las normas. Básicamente, la distinción que hace Dworkin entre reglas y principios es que, las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica; los principios carecen de dicha consecuencia, en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición ente los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por lo tanto, los principios son superiores a la norma (Orozco Henríquez, 255-280).

serían meros principios morales y la necesidad de ponderación no sería un postulado jurídico, sino extrajurídico” (Alexy, 2004, 74).

Luigi Ferrajoli estima que los principios generales en un ordenamiento jurídico son principios políticos, expresamente enunciados en las Constituciones y leyes, o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal (Ferrajoli, 1995, 171). Estos principios representan un factor de racionalización del poder de disposición y limitación del arbitrio en otro caso a él conectado (Ibíd., 173–174). Por lo que señala que los principios de la democracia son: “desde el de legalidad hasta el de publicidad y transparencia, el de representatividad a los de responsabilidad política y, control popular del funcionamiento del poder” (Ibíd., 9).

Se puede concluir que los principios constitucionales son conceptos, directrices o ideas abstractas, que sirven para materializar las funciones y los fines del Estado (Hernández Valle, 1992, 7 y ss.).

La selección y materialización de los principios rectores de un Estado sucede a partir de ciertas circunstancias, coyunturas, etc. Esto es lo que permite establecer un sistema político y legal³.

Estos principios se depositan en la Constitución para su jerarquización y deben permear en la creación, aplicación y resolución de las diversas situaciones que se presentan, en las actividades del Estado⁴.

Del estudio de diversas Constituciones y de la doctrina se puede advertir que los principios gobernantes más relevantes en materia judicial son: imparcialidad, independencia, legalidad, objetividad y publicidad (Rosales, 2009, 307).

El primer principio jurídico que se estudiará es el de la imparcialidad

3 Por ejemplo, en el modelo de Estado Democrático de Derecho para la administración pública, los principios que rigen al Estado son: probidad, economía, publicidad, rendición de cuentas, eficacia, responsabilidad, participación, legalidad y eficiencia.

4 El modelo de Estado Democrático de Derecho es una de las evoluciones histórico-políticas del Estado de Derecho (*rule of law*). Estos valores no sólo deben ser rectores de la organización administrativa y/o de sus decisiones, sino que deben considerarse para las distintas esferas del poder público (Voz “Estado de Derecho”, Orozco Henríquez, José de Jesús, Enciclopedia Jurídica Mexicana, 1986, Volumen III, D–E, 830–832).

que se deriva de la apropiada actuación de los jueces y los efectos que deben provocar sus sentencias.

3. Imparcialidad

La imparcialidad es definida por la Real Academia Española como “la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

Se puede entender la imparcialidad como “la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en sentido estricto, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes” (Trujillo, 2007,30).

La imparcialidad se puede considerar como un hábito de conducta y de disposición objetiva, que puede obtenerse con el desempeño de las labores, que va madurando con el raciocinio y se coloca por encima de la posición particular, y que pone al juzgador por encima de la *litis* y sometido sólo al imperio de la ley (Dromi, 1982, 55-60).

Isabel Trujillo valora, en primera instancia, a la imparcialidad desde el punto de vista jurídico:

La imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del derecho. Se sitúa dentro del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados” (Trujillo, 2007,2). Esta autora estima que existen dos conceptos primarios de imparcialidad: “el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera imparcial a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo (Ibíd., 3 y Saldaña Serrano, 2007, 48-51).

Se deben distinguir tres concepciones de este principio:

1) desde el punto de vista del hombre virtuoso, la imparcialidad consistiría en la capacidad de liberar bien; 2) la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien en materia de relaciones subjetivas conectadas con la operación de la distribución; es decir, la virtud del que realiza un buen juicio de justicia y, 3) la imparcialidad consistiría en una característica de la ley relativa a su justicia y sabiduría (Ibíd., 30).

De esta manera, se puede observar que la imparcialidad “no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizá si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades” (Ibíd., 292).

En materia judicial, la imparcialidad es un producto de la voluntad de decidir o juzgar rectamente, con base en la experiencia, en la capacidad profesional y estar bien informado sobre el negocio que se va a resolver (Galván Rivera, 2006, 93).

Este principio jurisdiccional se encuentra definido en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (CEPJF) mexicano en su artículo 2º, como la “actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables” (Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de México, 2004, 18 y Trujillo, 2007, 360–381).

Por lo anterior, el principio de imparcialidad significa que, en el desarrollo de sus actividades, todas las autoridades jurisdiccionales deben reconocer y velar permanentemente por el interés de la sociedad y por los valores fundamentales de la democracia supeditando a estos, de manera irrestricta, cualquier interés personal o preferencia política (TEPJF, 2003, 15).

La imparcialidad del juzgador no es un gesto o un favorecimiento hacia la víctima o el procesado, sino que es un principio judicial para que no exista ningún tipo de apoyo y poder conservar el equilibrio procesal, que permitirá que la impartición de justicia no se encuentre viciada por ningún elemento o hecho que provoque cualquier parcialidad.

Las materias primas para un juicio imparcial son: la independencia, la legalidad y la estabilidad del juez en su cargo. A continuación se analizará el principio de independencia desde dos vertientes: como principio institucional y como principio garante del sistema de administración de justicia.

4. Independencia

En la actualidad, las democracias constitucionales occidentales comparten una característica fundamental: la independencia del juez, o sea, un conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad respecto a las partes y a las instituciones políticas y sociales (Guarnieri y Pederzoli, 1999, 16).

De manera más particular, la independencia judicial es la nota que no puede conseguirse más que con la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y de saberse sujetos a la promoción y con la adecuada retribución y estímulos que les brinde tranquilidad personal. Todo ello, en su conjunto, significará la existencia de un Poder Judicial que no guarde dependencia en ningún sentido y, mucho menos, en relación de jerarquía alguna, con los otros funcionarios de los otros poderes públicos, a fin de estar en la capacidad de cumplir con el papel que la Constitución les ha asignado (Herrendorf, 1994, 97-109).

La independencia jurisdiccional significa que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa, económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la libertad para actuar, sin tomar en cuenta ningún elemento que no sea la ley (Melgar Adalid, 2000, 29).

Esta garantía judicial tiene por objeto mantener su imparcialidad y ajenidad de cualquier influencia a los servidores del Poder Judicial (Guarnieri y Pederzoli, 1999, 17).

La subordinación del juez es sólo a la ley y esto es, precisamente, su protección más eficaz y su garantía para una independencia judicial plena. “La amplitud y la efectividad de las garantías personales que rodean al juez están estrechamente conectadas con las características particulares

de la organización judicial que, en gran medida, son tributarias del tipo de reclutamiento” (Ibíd., 46).

La racionalidad que subyace al principio de independencia judicial es, sin duda, la necesidad de contar con una auténtica imparcialidad en la administración de justicia. No sólo para proteger a los individuos en contra de cualquier tipo de arbitrariedad o abuso sino, sobre todo, para permitir que tan sólo sea un órgano imparcial el autorizado para determinar el sentido de la norma jurídica (Caballero Juárez y Concha Cantú, 2002, 309).

Las injerencias a su labor pueden ser externas o internas:

La independencia exterior se plantea ante los otros poderes formales. El Judicial –o jurisdiccional– no depende del Ejecutivo ni del Legislativo en el cumplimiento de las facultades que le reserva la Constitución Política, con base en la división de poderes. La independencia interior se presenta cuando el juzgador está en posibilidad de conocer o resolver sin que lo distraigan circunstancias propias –oriundas, a menudo, de sus relaciones o situaciones personales– que pudieran desviar la legitimidad del juicio (García Ramírez, 1997, 30–31)⁵.

El principio de independencia judicial es señalado por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación como la “actitud del juzgador frente a influencia extrañas al derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél” (Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, 2004, 17).

La independencia judicial hace referencia a las garantías y atributos de que disponen los órganos y autoridades que conforman al Tribunal, para que sus procesos de deliberación y toma de decisiones se den con absoluta libertad y respondan única y exclusivamente al imperio de la ley, afirmándose su total independencia respecto de cualquier poder establecido (TEPJF, 2003, 14–15 y Nieto, 2003, 308).

5 El principio de independencia forma parte de las llamadas garantías jurisdiccionales.

Asimismo, el principio de independencia significa “libertad en el sentido de ausencia de subordinación. Entonces, la autoridad debe resolver de manera libre, sin aceptar ningún tipo de injerencia en la toma de sus decisiones jurisdiccionales, sea de poderes públicos o de cualquier tipo de personas, organizaciones y entes políticos” (Canto Presuel, 2008, 49). Al brindarse independencia a los juzgadores se gestiona una imparcialidad para el juzgador, manteniéndose un orden democrático institucional. Es determinante contar con autoridades independientes para hacer desaparecer cualquier duda en su actuación y, sobre todo, para garantizar las condiciones de un óptimo desempeño.

La finalidad de la independencia del Poder Judicial es proveer un “sistema de garantías mutuas, para evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular unilateralmente las reglas del sistema político” (Negretto y Ungar, 1997, 83). Se deduce entonces, que la independencia judicial depende de los valores éticos y de la formación del juzgador, “de ahí emanan todas las determinaciones del impartidor de justicia”⁶.

La independencia judicial conservará que la magistratura no se encuentre sujeta a ningún elemento interno o externo en sus actuaciones. En el caso de la víctima, le permitirá generar una confianza hacia el sistema de administración de justicia y sobre todo, que sienta que el juez no se encuentra supeditado a intereses o favores, que afectarían al justiciable.

Uno de los pilares del Estado de Derecho es la aplicación de la norma al caso, lo que permite que los ciudadanos cuenten con sentencias basadas en leyes previamente establecidas generando seguridad a los justiciables.

5. Legalidad

La legalidad, para la Real Academia Española, es un término derivado del vocablo “legal”, es decir, “que tiene la cualidad de legal o parte del ordenamiento jurídico vigente”. Así, el principio de legalidad es definido

6 Por ejemplo, la Corte Warren ha sido considerada como una corte liberal, mientras que la Corte encabezada por Rehnquist ha sostenido una tendencia conservadora (Wolfe, 1994, 258-291).

como “el principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho”.

Al considerarse el principio de legalidad conlleva, lógicamente, a su manifestación material, el denominado Estado de Derecho⁷.

En general, por “Estado de Derecho” (rule of law)⁸ se entiende, básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto significa que el “poder y actividad están regulados y controlados por el derecho. En este sentido, el Estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y, a su vez, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario” (Voz “Estado de Derecho”, Orozco Henríquez, José de Jesús, Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2002, Tomo III, D–E, 830–832).

El modelo de Estado de Derecho se conforma de diversos elementos, entre los que se destacan: “la soberanía popular; la división de poderes; el principio de legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano” (Coscolluela Montaner, 2004, 21).

El concepto de ley propio del Estado de Derecho, que transforma al imperio de la ley, exige que el gobierno sea quien esté sujeto a la ley, antes que la ley sea sometida por el gobierno (Wade, 1971, 18); en el que la legalidad será el *quid* para toda actividad del poder público y, por tanto, su actuación deberá estar fundada y motivada en el ordenamiento legal.

La historia del Estado de Derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica (Ferrajoli, 1995, 208).

La actuación del juzgador siempre deberá ser con base en la ley

7 Para Carl Schmitt, el Estado de Derecho es característico de todo Estado que respete sin condiciones el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan (Schmitt, 1966, 150).

8 Dicey introdujo al common law inglés el modelo de sometimiento de la administración al derecho, denominándolo rule of law en su obra Introduction of the study of the law of the Constitution aparecida en 1855. En su opinión, el rule of law expresa, entre otras cosas, la idea de la igualdad formal ante la ley y la negación de cualquier privilegio a la ley (Escuin Palop, 2004, 25–26).

(legalidad) o, lo que otros han llamado, el gobierno de los jueces, donde la norma jurídica significa la base de las instituciones.

El principio de legalidad limita la acción de las autoridades en un gobierno constitucional y, al mismo tiempo, debe servir como cimiento a toda la estructura del Estado (Hamilton, Madison y Jay, 2006, 229). Por lo que, la legalidad se sustenta en que la autoridad sólo está facultada a actuar en la forma que señala la norma jurídica y a cumplir las leyes cabalmente.

La legalidad involucra que

todo acto de la autoridad debe encontrarse motivado y fundado en una norma en sentido material, es decir, general, abstracta e impersonal, expedida con anterioridad a los hechos sujetos a estudio. En este sentido, para el ejercicio de las atribuciones y el desempeño de las funciones que tienen encomendadas las autoridades, se deben observar escrupulosamente el mandato constitucional que las delimita, los tratados internacionales aplicables a la materia y las disposiciones legales que las reglamentan (Canto Presuel, 2008, 57).

La base de este principio exige que “la función jurisdiccional ciña su marco de actuación a la normatividad constitucional y legal que regula su organización, atribuciones, funcionamiento y competencia” (Cienfuegos Salgado, 2008, 90-91).

Leoncio Lara define al principio de legalidad en cuanto a sus objetivos:

conlleva a que el Tribunal en el cumplimiento de sus fines y en el ejercicio de sus atribuciones cumpla de manera absoluta con las disposiciones constitucionales y legales que lo configuran y lo delimitan, en especial con los ordenamientos jurídicos (Lara Sáenz, 2003, 39-40 y Galván Rivera, 2006, 90-91).

La legalidad involucra, en todo momento y en cualquier circunstancia, el ejercicio de sus atribuciones y el desempeño de las funciones que tienen

encomendadas todo Tribunal. Por ello, debe observar, escrupulosamente, el mandato constitucional que las delimita y las disposiciones legales que las reglamentan (TEPJF, 2003, 14).

La debida aplicación de la normatividad conlleva a que se lleven los procesos de manera debida. Esto significa que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables; por lo que es preciso que, para que haya un proceso, deban existir verdaderas garantías judiciales, que se hagan observar todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁹.

Este principio es muy importante para que la justicia sea alcanzada, pues en la manera en que un proceso se acerque más a la legalidad, más próximo estará de la justicia. La víctima tendrá derechos sustantivos (asistencia médica, psicológica, legal, entre otros) y adjetivos (participación activa en el proceso) que deberá proteger y procurar el sistema de impartición de justicia.

A continuación, se analizará otro principio que deberá regir la actuación del juez: la objetividad.

6. Objetividad

La Real Academia Española define a la objetividad como “la cualidad de objetivo”. Por el concepto “objetivo”, el mismo texto lo define como “perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. Desinteresado, desapasionado” (Tribe, 1991, 67).

Ronald Dworkin considera la objetividad como la cualidad suficiente y plena de la interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada hasta lo humanamente posible de

9 Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, 145 (Alvarado Velloso, 2000).

cualquier asomo de subjetividad o de relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio a la impartición de justicia (Dworkin, 1995, 154 y ss.).

El principio de objetividad relaciona un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de las visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si estas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional del Tribunal (TEPJF, 2003, 15).

En materia judicial, este principio significa “que la autoridad debe basar su actuación en hechos debidamente demostrados y tangiblemente admitidos, sin que quepa la posibilidad de que sus miembros actúen con base en impulsos o apreciaciones subjetivas, exige por tanto la necesidad de elementos de constatación para cualquier observador externo” (Cienfuegos Salgado, 2008, 101).

Flavio Galván señala que la objetividad implica “un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si estas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional” (Galván Rivera, 2006, 93).

El artículo tercero del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de México detalla el principio de objetividad judicial: “actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho, le suministra y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir” (Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México, 2004, 18).

Este principio genera que el juzgador se sustraiga de sus ideas, gustos, pasiones y de sus convicciones al momento de actuar. En el ámbito de su función, la autoridad debe colocar una barrera entre su personalidad y su trabajo profesional, sin hacer favoritismos que podrían afectar el debido proceso o su sentencia.

Otro principio fundamental para una buena y sana impartición de justicia es el de publicidad.

7. Publicidad

La acepción que expone la Real Academia Española de este principio es “cualidad o estado de público; conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”.

La incorporación de la sociedad a la política crea una gran dimensión de lo público: “el interés público, las libertades públicas, la seguridad pública y la opinión pública” (Cabo de la Vega, 1997, 67).

Sobre este tema, Ernesto Garzón Valdés estima que “la publicidad es un principio normativo [que] puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado”¹⁰.

El carácter público de los actos del Estado viene determinado por la función que desempeñan dichos actos. “Si se trata de actos realizados íntegra o exclusivamente como consecuencia de la existencia y funciones del Estado o que tengan como causa inmediata la satisfacción de un determinado interés colectivo, dichos actos son públicos” (Carpizo, 2006, 107).

Antonio de Cabo distingue dos tipos distintos de publicidad:

1. la que se relaciona con el Estado (es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado, es decir, la publicidad en sentido orgánico) y 2. aquí lo público, como la razón última de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado es la de satisfacer los intereses colectivos del pueblo (Cabo de la Vega, 1997, 159–161).

De esta manera, lo público se concibe como una interrelación entre lo público de la sociedad y lo público del Estado, siendo la sociedad la encargada de trasladar y especificar el interés nacional a la esfera estatal (Ibíd., 199).

10 Citado por Ybes-Marie Doublet, *Financiamiento, corrupción y gobierno, Dinero y contienda político-electoral*, 494. La publicidad puede ser clasificada como especialidad orgánica, como garantía, como interés y como ámbito (Cabo de la Vega, 1997, 67).

Un aspecto fundamental aunado a la publicidad es la transparencia. Ambos conceptos se confunden por su familiaridad. Además, en bastantes ocasiones, se han entendido y utilizado como sinónimos. Resulta necesario discernir cada concepto.

La transparencia es definida por la Real Academia Española como “cualidad de transparente”. Esta acepción poco nos dice de la naturaleza de este concepto. Es menester investigar la voz “transparente”, que significa “que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse; claro, evidente que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

En su sentido jurídico, la transparencia es el derecho de los ciudadanos para conocer y analizar las actividades del Estado. Así, esta garantía de control sobre las acciones del Estado nos acerca más a la justicia y al desarrollo social y, por tanto, al fortalecimiento del Estado (Villanueva, 2002, 25-40).

De manera general, la transparencia viene a ser la actitud o actuación pública que deja ver claramente la realidad de los hechos y actos públicos. En consecuencia, se puede referir como aquello que nos permite apreciar en el orden político con nitidez lo que realiza el Estado. Por ello, la transparencia en una sociedad abierta, garantiza el libre acceso a la información, favoreciendo de ese modo la transparencia del poder (Ibíd., 40-42).

En materia de transparencia, lo importante no es el “qué” se hace, si no el “cómo” se hace. Por lo tanto, la transparencia nos debe permitir satisfacer nuestras dudas, en materia pública y, sobre todo, vigilar la actuación del gobierno (Garapon, 1997, 83).

La transparencia se puede materializar de tres maneras diferentes: a solicitud personal, por ministerio de ley y por mutuo consentimiento. En el primer caso, el solicitante, ya sea persona física o jurídica, debe tramitar su solicitud en el lugar correspondiente y bajo los mecanismos de forma y de fondo que se le indiquen¹¹. En el segundo caso, las autoridades deben

11 Se debe tener presente que los ciudadanos gozan del derecho a la información.

La finalidad de este principio es proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información, en posesión de los poderes públicos, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía y cualquier otra entidad pública;

hacer pública la información que señale la ley (como por ejemplo, salarios, licitaciones, compras, etc.). En el tercer caso, para un buen manejo de instituciones privadas y que no tengan la obligación de transparentarse, puedan exteriorizar sus trabajos, administración de recursos, reglamentos, etc. con el objetivo de legitimar su actuación¹².

La transparencia se ha colocado en la categoría de lo políticamente correcto pero aún está lejos de alcanzar tal reconocimiento en las prácticas burocráticas cotidianas. Y esto se debe, entre otras causas, a que la transformación cultural de aceptar, comprender y asimilar la transparencia como condición consubstancial del quehacer público tomará algunas generaciones (Bonilla Núñez, 2008, 12).

El principio de publicidad de los actos públicos conlleva a la transparencia de sus actuaciones, esto crea claridad en sus labores, que implica que ellos entreguen y justifiquen una rendición de cuentas.

La rendición de cuentas se erige como un medio de control del poder, con miras a limitar y prevenir los abusos en el ejercicio del mismo, que busca equilibrar su permanencia, vigencia e inclusive alternancia como resultado de los incesantes, vibrantes, quizá heroicos y tan sangrientos excesos que engrosan el mar histórico que le comprende. Monitorea, además, a las autoridades en el cumplimiento de la ley, acción que abarca en una forma amplia tres grandes puntos: la información (derecho a la información), la justificación y en su caso las sanciones o castigos.

De esta manera, en un Estado constitucional de Derecho resulta imperativo el compromiso de maximizar la transparencia y la rendición de cuentas, como condiciones básicas de la democracia.

La publicidad y la transparencia permitirán que la víctima pueda

estableciéndose allí, el titular del derecho y los sujetos obligados a cumplir esa prerrogativa (Castillo González, 2006, 257).

12 Estos tres mecanismos para transparentar información sirven para poner a disposición de la población diversa información. En general, podríamos considerar a la publicidad, como el género, y a la transparencia, como la especie.

participar, vigilar y controlar las actuaciones judiciales. Esto no es un beneficio exclusivo para las partes en conflicto, sino que permitirán que la magistratura legitime su papel frente a la sociedad al conocerse su actuación.

Para finalizar este trabajo de investigación, se presentarán un conjunto de conclusiones que resumen y proyectan el propósito de este artículo.

8. Conclusiones

1. El Estado tiene como principio fundacional brindar seguridad y una debida impartición de justicia a la población. El instrumento por excelencia con que cuenta el Estado para estos cometidos es el establecimiento de un Poder Judicial que estará compuesto por Tribunales y Jueces.

2. Los Tribunales están comprometidos y gobernados con base en la legalidad. Pues el Derecho es un medio, y la justicia, un anhelo social. Pero no es suficiente poseer normas, sino que el Poder Judicial debe estar reconocido y empatado con los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo). Para ejercer sus funciones necesita contar en primer plano con jurisdicción (reconocimiento institucional y funcional). Para el desarrollo de su acción deberá apegarse a un conjunto de principios, que dirigirán su actuación y, con esto, impartir justicia.

3. Los principios rectores judiciales son los lineamientos que sirven para que los Tribunales puedan actuar de manera autónoma, en que su acción no se encuentre subordinada a nada ni nadie, en donde las partes posean los mismos derechos y obligaciones, con imparcialidad y sin preferencias o favoritismos en sus sentencias, de manera que sean conocidas todas sus actuaciones; que sus razonamientos jurisdiccionales no contengan ningún sesgo de su personalidad o gustos, pero sobre todo, que se apeguen lo más posible a la normatividad, pues cuando una sentencia se apega lo más posible a la ley, estará más cerca de la justicia.

4. La imparcialidad tiene relación con la independencia, pues si el juez es imparcial, se debe a su independencia, misma que le permite emitir resoluciones sin una carga, favoritismo o indicación. Entonces, se

puede observar que la independencia es una condición para que el juez sea imparcial¹³. La publicidad de los actos públicos permite vigilar la actuación de las autoridades, al mismo tiempo, observar que los jueces se sujeten al principio de legalidad, al fundar y motivar sus resoluciones; pues al conocerse sus trabajos, se sabrá si se han apegado al marco jurídico (Cabo de la Vega, 1997, 89).

5. La certeza judicial nace por la necesidad de los ciudadanos, como de todos los actores políticos, de tener garantizados sus derechos. Además, la certeza nos permite asimilar y confiar en sus resoluciones¹⁴.

6. Los Jueces son los responsables de la conservación del Estado social y democrático de Derecho. Tienen el deber de restablecer el imperio de la norma y hacer que la sociedad sienta que sus derechos serán respetados y protegidos (Bobbio y Bovero, 1986, 30–33).

Pero no es suficiente que los jueces satisfagan los requisitos constitucionales y legales para cumplir su labor. Los jueces deben obtener legitimidad a partir de su función jurisdiccional¹⁵. En la mayoría de los casos, los magistrados carecen de legitimidad democrática, por lo que deben obtenerla al momento y en la forma en que apliquen las normas (Yackle, 2007, 80).

Sin embargo, la aplicación de las leyes produce exclusivamente legalidad no legitimidad. Esta última deviene de la forma en cómo se justifiquen sus decisiones y cómo esa justificación es percibida, entendida y aceptada por la comunidad (Nieto, 2003, 4 y 294). Por lo que las sentencias no sólo deben estar fundadas y motivadas, también “deben responder a

13 Orozco Henríquez, Jesús. Judicialización de la política y legitimidad judicial (Vázquez, 2007, 106).

14 La Suprema Corte de Justicia de México ha manifestado que el principio de certeza permite y garantiza que “todos los participantes en el proceso electoral, conozcan con claridad y seguridad, las reglas a qué están sujetas en su actuación las autoridades electorales”. Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001.

15 Orozco Henríquez, Jesús. Judicialización de la política y legitimidad judicial (Vázquez, 2007, 101).

una verdadera interpretación de la Constitución, para que puedan generar legitimidad en la sociedad”¹⁶.

7. Sin duda, la víctima tiene el derecho de contar con un trato diferenciado por el impacto, el daño y el menoscabo que sufrió, así como por las consiguientes secuelas. En estos casos, el juzgador debe considerar y ponderar su especial situación, que sucede con la re-victimización de la persona en el proceso. Por ello, el juez debe dirigir procedimientos que sean lo menos dolorosos o traumáticos, pero con el cuidado de no producir un trato preferente. Se trata, en definitiva, de generar un proceso que sea más próximo y justo para la víctima para que obtenga una reparación de daño y pueda recobrar su calidad de vida.

9. Bibliografía

- Alexy, Robert. 2004. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alvarado Velloso, Adolfo. 2000. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Santa Fe: Rubinzal.
- Andrade Martínez, Virgilio. 2002. *Balance y perspectivas de la justicia electoral en México. Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*. México: TEPJF.
- Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia*. México: Fontamara.
- Arellano García, Carlos. 1992. *Teoría general del proceso*. México: Porrúa.
- Atienza, Manuel. 2005. *Las razones del derecho*. México: UNAM.
- Barreiro Pereira, Francisco Javier. 1999. *Sistemas de Justicia Electoral*. México: TEPJF.
- Blix, Brian. 2004. *Jurisprudence*. USA: Carolina Academic Press.
- Blix, Brian H. 2009. *Diccionario de teoría jurídica*. México: UNAM. III.
- Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. 1986. *Orígenes y fundamentos del poder político*. México: Grijalbo.
- Bonilla Núñez, Samuel. 2008. Derecho de acceso a la información pública: Un derecho en construcción. *Revista Justicia. Punto de Equilibrio* (México).

16 Courtis, Cristian. La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía. 18.

- Caballero Juárez, José Antonio y Concha Cantú, Hugo Alejandro. 2002. *Diagnóstico sobre la administración de Justicia en las entidades federativas*. México: UNAM. IJ.
- Cabo de la Vega, Antonio. 1997. *Lo público como supuesto constitucional*. México: UNAM.
- Canto Presuel, Jesús. 2008. *Diccionario Electoral*. México: TEQROO.
- Carpizo, Jorge. 2006. *Concepto de democracia*. México: UNAM.
- Castillo González, Leonel. 2006. *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. México: TEPJF.
- Chioyenda, Giuseppe. 1989. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Cárdenas. Volumen II.
- Cienfuegos Salgado, David. 2008. *Justicia y Democracia*. México: El Colegio de Guerrero.
- Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de México. 2004. México: SCJN.
- Comanducci, Paolo. 1999. *Razonamiento jurídico*. México: Fontamara.
- Coscolluela Montaner, Luis. 2004. *Manual de derecho administrativo*, Volumen I. Madrid: Civitas.
- Dromi, José Roberto. 1982. *El Poder Judicial*. Buenos Aires: UNSTA.
- Dworkin, Ronald. 1995. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana. 1986 y 2002. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México–Porrúa.
- Escuin Palop, Catalina. 2004. *Curso de derecho administrativo*. Valencia: Tirant.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 2008. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Fix-Zamudio, Héctor y Cossio Díaz, José Ramón. 1999. *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*. México: FCE.
- Galván Rivera, Flavio. 2006. *Derecho Procesal Electoral*. México: Porrúa.
- Garapon, Antoine. 1997. *Juez y Democracia*. España: Flor de Viento.
- García Ramírez, Sergio. 1997. *Poder Judicial y Ministerio Público*. México: Porrúa.
- González Roura, Felipe. 1998. *Justicia Electoral y resolución de conflictos*:

- quince años de experiencia Argentina. *Revista Jurídica Jalisciense* (México) 1 (Año 8).
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. 1999. *Los jueces y la política*. España: Taurus.
- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John. 2006. *El Federalista*. México: FCE.
- Hernández Valle, Rubén. 1992. *Los principios constitucionales*. San José de Costa Rica: Escuela Judicial.
- Herrendorf, Daniel E. 1994. *El Poder de los Jueces*. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Lara Sáenz, Leoncio. 2003. *Derechos Humanos y Justicia Electoral. Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*. México: TEPJF. N° 4.
- Lowenstein, Karl. 1964. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Marshall, Geoffrey. 1982. *Teoría constitucional*. Madrid: Espasa.
- Maya Rayas, Carlos. 2004. *Los tribunales electorales en México en la transición democrática: los casos de Tabasco y Yucatán*. México: IEDF.
- Melgar Adalid, Mario. 2000. *El Consejo de la Judicatura Federal*. México: Porrúa.
- Merryman, John Henry. 1993. *La tradición jurídica romana-canónica*. México: FCE.
- Negretto, Gabriel y Ungar, Mark. 1997. *Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina. Política y Gobierno*. México: CIDE. Volumen IV.
- Nieto, Santiago. 2003. *Interpretación y argumentación jurídicas*. México: UNAM.
- Orozco Henríquez, Jesús. 2006. *Justicia electoral y garantismo jurídico*. México: Porrúa.
- Ortiz Mayagoita, Guillermo. 2004. *La justicia constitucional electoral en el sistema jurídico mexicano. Justicia Electoral*. México, Puebla: TEPJF.
- Ossorio, Manuel. 2004. *Diccionario de ciencias jurídicas*. Guatemala: Dastancan.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. 1991. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Pina, Rafael y Castillo, José. 1990. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Porrúa.

- Ponce de León, Armenta, Luis. 1997. *Derecho Político Electoral*. México: Porrúa.
- Rosales, Carlos Manuel. 2009. Principios rectores en materia electoral en Latinoamérica. *Revista IIDH* (Costa Rica: Asdi y Embajada de Noruega) 49: 307.
- Salazar, Pedro. 2007. *La laicidad: antídoto contra la discriminación*. México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación.
- Salazar, Pedro. 2007a. Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra. En *Corte, jueces y política*, compilado por Rodolfo Vázquez. México: Fontamara.
- Saldaña Serrano, Javier. 2007. *Virtudes del juzgador*. México: SCJN.
- Schmitt, Carl. 1966. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional.
- Sheldon, Charles H. 2001. *Essentials of the american constitution*. Boulder (Colorado): West view.
- Serrano Migallón, Fernando. 2006. *Derecho Electoral*. México: Porrúa.
- TEPJF. 2003. *El sistema mexicano de justicia electoral*. México: TEPJF.
- Tribe, Laurence H. 1991. *On Reading the Constitution*. Cambridge (Maryland): Harvard University Press.
- Trujillo, Isabel. 2007. *Imparcialidad*. México: UNAM.
- Vázquez, Rodolfo (compilador). 2007. *Corte, jueces y política*. México: Fontamara.
- Villanueva, Ernesto. 2002. *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*. México: UNAM. IIJ.
- Wade, H.W. 1971. *Estudio del derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Wolfe, Christopher. 1994. *The rise of modern judicial review*. Totowa (New Jersey): Littlefield Adams Quality paperbacks.
- Yackle, Larry. 2007. *Regulatory Rights*. Chicago: The University of Chicago Press.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso *Hilaire, Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002.

Treinta años de democracia argentina. La respuesta estatal frente a los crímenes de lesa humanidad cometidos por la última dictadura militar

Diego Jorge Lavado

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza (Argentina).
Profesor Titular de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

Resumen: Primero presentamos un panorama del contexto sociopolítico en que irrumpió la última dictadura cívico-militar en la República Argentina, su apogeo y caída. Luego, continuamos con la evolución completa del proceso de verdad y justicia por los crímenes de lesa humanidad que se perpetraron en esos años, el que se ha extendido prácticamente desde que recuperamos la democracia hace 30 años, con las ideas del Presidente Raúl Alfonsín de promover la autodepuración de las fuerzas armadas y establecer responsabilidad limitada, hasta la decisión del Presidente Néstor Kirchner de garantizar los juicios que se están desarrollando actualmente en todo el país contra todos los responsables del terrorismo de Estado.

Palabras clave: derechos humanos; justicia de transición; crímenes de lesa humanidad; tortura; desaparición forzada de personas; atribución de responsabilidad.

Abstract: We first present an overview of the socio-political context in which the last civilian-military dictatorship in Argentina broke out, its rise and fall. Then we continue with the complete evolution of the process of truth and justice for the crimes against humanity that were committed in those years. This process of truth and justice has extended from the recovered democracy 30 years ago –with the idea of President Raúl Alfonsín of promoting “self-purification” of the armed forces and establishing limited liability up to the decision of President Néstor Kirchner to ensure

the trials that are currently being held across the country and against all those responsible for state terrorism.

Keywords: human rights; transitional justice; crimes against humanity; torture; forced disappearance of persons; attribution of responsibility.

Artículo recibido: 02/12/13 Aceptado: 14/02/14

Sumario

1. Introducción
2. El contexto socio político en que se cometieron los crímenes
3. Los desbarranques de la dictadura
4. La decisión de Raúl Alfonsín: autodepuración y responsabilidad penal limitada
5. El juicio a los comandantes
6. Los alcances de una sentencia histórica
7. Garantía de impunidad para mandos intermedios y subordinados: leyes de “obediencia debida” y de “punto final”
8. La decisión de Carlos Menem de volver a “foja cero” con los indultos
9. Nuevas estrategias ante órganos internacionales, tribunales locales y extranjeros para pulsear contra la impunidad
10. La decisión de Néstor Kirchner de “ir por todos” y sus efectos
11. La sentencia de la CSJN en el caso “Simón”
12. Situación actual de los juicios y proyección a futuro
13. Bibliografía

1. Introducción

El 10 de diciembre del año 2013 se cumplieron tres décadas de continuidad democrática en Argentina, el período más largo de estabilidad institucional en los últimos 83 años. Si bien el camino fue tortuoso, con marchas y contramarchas, durante todo este tiempo de transición, las instituciones del Estado de Derecho se han consolidado frente a los

sectores totalitarios y hoy nadie apostaría a que un nuevo golpe cívico–militar pueda arrebatarnos nuevamente nuestros derechos más elementales.

Muchos avances hemos vivido con la democracia recuperada, pero la nota de mayor originalidad es, sin duda alguna, que la sociedad argentina ha logrado comprometer a todos los poderes del Estado en la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia por los crímenes cometidos durante los oscuros años del terrorismo de Estado. Se trata de una conquista que no tiene parangón en ningún otro país del planeta y que ha consistido, ni más ni menos, en aplicar la ley para juzgar la violencia, recuperar la paz social y la confianza en el sistema democrático.

Este artículo está escrito desde el interior de un país extenso en lo geográfico y concentrado en lo político, con la convicción de que el derrotero que va desde la perpetración al juzgamiento de estos crímenes, se sufrió y se vivió de manera similar en cada uno de los rincones del territorio Nacional, y que cada experiencia personal forma parte de una historia dolorosa que nos identifica como sociedad. Es por ello que haremos permanente referencia a los alcances que el mismo tuvo, y aún tiene, en la provincia de Mendoza.

2. El contexto socio político en que se cometieron los crímenes

La situación de violencia política y social en la Argentina de los años 70 fue la principal consecuencia de excluir a los sectores populares de la vida institucional. Cuando en 1912 se implementó el sufragio universal y secreto, quienes concentraban el poder económico comenzaron a perder poder político, de allí en más recurrieron a distintos artilugios para mantenerse en el gobierno y proteger sus intereses sectoriales, sea golpeando la puerta de los cuarteles o apostando por el “fraude patriótico”.

Fue así que, desde 1930 en adelante, la oligarquía vernácula se alió con las Fuerzas Armadas, tradicionalmente integrada por hijos de familias acomodadas, y promovió la constante interrupción del orden constitucional cuando el juego democrático no le favorecía. Es por ello que, durante más de 50 años, entre 1930 y 1983, los militares dominaron la escena política y violaron nuestra Carta Magna una docena de veces, a tal punto que en

ese medio siglo sólo dos presidentes no fueron derrocados por golpes de Estado¹.

Este proceso se radicalizó durante el gobierno de facto que dio el golpe al segundo gobierno de Perón en 1955. La llamada “Revolución Argentina” implementó el fusilamiento de militantes políticos como herramienta represiva y llegó al punto de sustraer el cadáver de “Evita” y mantener en el exilio durante 18 años al ex presidente, sancionar con cárcel a quien entonara la marcha peronista, tuviera en su poder imágenes y símbolos del partido o pronunciara el nombre de su conductor (Walsh, 1972).

La cosa siguió de mal en peor cuando luego del golpe del 66, los personeros de la dictadura de turno invadieron los ámbitos más íntimos de la vida social, no sólo de las clases populares, como era una constante en sus antecesores, sino que se inmiscuyeron en ámbitos propios de la clase media, como la educación superior, la cultura y hasta la diversión nocturna (Raffin, 2006)².

El ahogamiento de las libertades y la permanente frustración de

1 Ellos fueron Agustín Pedro Justo (1932-1938), quien había accedido a la presidencia mediante fraude y con los principales dirigentes de la Unión Cívica Radical proscritos, y el primer gobierno de Juan Domingo Perón (1946-1951). Recordemos que Hipólito Irigoyen fue derrocado en 1930 por el General Uriburu, Ramón Castillo en 1943 por el General Pablo Ramírez, Juan Domingo Perón en 1955 por los Generales Lonardi y Aramburu, Arturo Frondizi en 1962 por el General Poggi, el Brigadier Alsina y el Almirante Penas, Arturo Illia en 1966 por el General Onganía y María Estela Martínez en 1976 por el General Videla, el Almirante Massera y el Comodoro Agosti.

2 Este autor nos recuerda que, además de mantener la proscripción del peronismo que venía desde el golpe de 1955, “el ‘onganiato’ significó un ataque violento a la clase media en ámbitos que habían sido considerados como propios: el medio universitario y el mundo de la cultura en general [...] personajes como el jefe de la policía Luís Margaride erigido en ‘guardián de la moralidad’ de la ciudad de Buenos Aires, realizaron campañas contra la minifalda, el pelo largo, los hoteles alojamiento y los clubes poco iluminados. Las ocho universidades nacionales fueron intervenidas y su autonomía anulada”. *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*.

cualquier expectativa de participación política, empujó a las nuevas generaciones a buscar distintas alternativas de militancia. Algunos se inclinaron por la vía armada, pero la mayoría de ellos optó por el trabajo de base y las tareas solidarias destinadas a crear conciencia en los más humildes para que se sumaran al reclamo por la recuperación de sus derechos ciudadanos. La respuesta de los militares en el poder fue intensificar la represión y encarcelar a los integrantes de grupos guerrilleros, pero cuando el descontento comenzó a generalizarse decidieron redoblar la apuesta y, el 22 de agosto de 1972, fueron fusilados en la base naval Almirante Zar 16 guerrilleros que se habían rendido una semana antes, cuando no pudieron sumarse a la fuga del Penal de Rawson que encabezaron los líderes de varias organizaciones armadas (Larraquy, 2010, 293–301). Como bien se ha dicho, la “Masacre de Trelew” fue todo un anticipo de lo que estaba por venir (Luna, 2003).

Con su retorno definitivo al país, el 20 de junio de 1973, se esperaba que Juan Domingo Perón diera contención a más de 2.000.000 de personas que fueron a esperarlo al aeropuerto de Ezeiza, y a otros tantos que siguieron el histórico momento por los medios de difusión, pero sobre todo que pudiera controlar los enfrentamientos que existían en el interior del movimiento. Sin embargo, el viejo líder no estuvo a la altura de las circunstancias y él, que tanto había alentado desde el exilio la resistencia organizada contra las sucesivas dictaduras, despreció todo el esfuerzo que los sectores progresistas habían hecho por su regreso y volvió a recostarse sobre los personajes más siniestros de su entorno. De ahí en adelante todo fue decepción para quienes tenían la ilusión de cambiar el mundo, primero la Triple A, luego la muerte de Perón y finalmente el golpe de Estado cuando faltaban ocho meses para las elecciones generales convocadas para el 12 de diciembre de ese año, frustrando nuevamente cualquier ilusión política en favor de las mayorías.

Si bien es cierto que la represión ilegal ya era evidente desde finales de 1975, la verdadera “cacería” se desató a las 00:00 hs del 24 de marzo de 1976³. La provincia de Mendoza no fue una excepción y, el 22 de marzo

3 El Comunicado N° 1 de la Junta Militar que derrocó al gobierno democrático decía

de 1976, miembros de las fuerzas de seguridad secuestraron, en su casa de Godoy Cruz, a Susana Bermejillo, profesora de literatura de sólo 25 años, que luego fue ejecutada junto al estudiante Mario Jorge Susso. A minutos del golpe, militares y policías asaltaron la vivienda de Francisco Tripiana, en un humilde barrio de San Rafael, y hasta el día de hoy se encuentra desaparecido.

El día del golpe los comandantes de las tres fuerzas armadas se reunieron en el Comando General de Ejército para suscribir la llamada “Acta para el Proceso de Reorganización Nacional”, y constituir una “Junta Militar” que asumiría el poder político de la República en remplazo de las autoridades legítimas debido al “*estado actual del país*”. La Junta Militar declaró caduco los mandatos de la Presidente de la Nación, de los gobernadores de provincias y los intendentes municipales; disolvió el Congreso nacional, las legislaturas provinciales y los consejos municipales; removió a los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Tribunales Superiores y Cortes Provinciales; y declaró “ilegal” toda actividad política o gremial y suspendió el funcionamiento de las asociaciones empresariales y profesionales. Ese mismo día, la junta aprobó el llamado “Estatuto de Reorganización Nacional”, por medio del cual se arrogaba el “*poder constituyente*” y la facultad de designar, y en reemplazo de las autoridades legítimas, nombrar al “Presidente” de la Nación, a los interventores de provincias y delegados municipales. Las facultades legislativas que la Constitución otorgaba al Congreso pasaron a ser ejercidas por el “Presidente” y por una Comisión de Asesoramiento Legislativo integrada por nueve oficiales superiores de las fuerzas armadas. Así las cosas, las autoridades de los gobiernos provinciales fueron nombradas por el Poder Ejecutivo Nacional y éstos, a su vez, designaban a los miembros del Poder

textualmente: “Se comunica a la población que a partir de la fecha el país se encuentra bajo el control operacional de la Junta de Comandantes Generales de las FF.AA. Se recomienda a todos los habitantes el estricto acatamiento a las disposiciones y directivas que emanen de la autoridad militar, de seguridad o policial, así como extremar el cuidado en evitar acciones y actitudes individuales o de grupos que puedan exigir la intervención drástica del personal en operaciones”.

Judicial que, tanto a nivel nacional como provincial, perdieron su estabilidad y pasaron a estar “*en comisión*”.

En Mendoza, el interventor federal a cargo de la Gobernación desde noviembre de 1975, el General Pedro León Lucero, fue remplazado el día del golpe por el Coronel Tamer Yapur, quien al mes siguiente entregó el gobierno al Brigadier Jorge Sixto Fernández. La intervención militar llegó a todas las instituciones de la provincia. Al frente a la Universidad Nacional de Cuyo, por ejemplo, fue designado el Comodoro Ingeniero Héctor Eduardo Ruiz, quien estableció la prohibición de “toda actividad que asuma formas de adoctrinamiento, propaganda, proselitismo o agitación de carácter político o gremial docente, estudiantil y no docente”.

Los medios de comunicación local, al igual que los nacionales, fueron intervenidos por personal militar y se convirtieron en aparato de propaganda del régimen. El poeta y dramaturgo mendocino Antonio Di Benedetto fue detenido en la propia redacción del centenario diario Los Andes, sufrió la cárcel durante un año y medio, sin que existiera acusación alguna en su contra⁴.

La junta militar prometía una soberanía política basada en instituciones “democráticas revitalizadas”, los valores de la “moral cristiana” y de la “tradicción nacional”, recuperando la dignidad de “ser argentino”, la “seguridad nacional” (erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia) y el “orden jurídico-social”. En el plano económico, los tiranos ofrecían consolidar una situación económica que permitiera la autonomía nacional y la plena realización del “hombre argentino” a través del trabajo fecundo con “igualdad de oportunidades”, fortaleciendo las estructuras empresariales y sindicales y el sistema educativo para lograr nuestra inserción internacional en el mundo “occidental y cristiano”.

Estos “propósitos y objetivos” pomposos no era más que un discurso

4 Varios años más tarde, en una entrevista periodística, el escritor señaló: “nunca estaré seguro si fui encarcelado por algo que publiqué. Mi sufrimiento hubiese sido menor si alguna vez me hubieran dicho por qué exactamente; pero no lo supe. Esta incertidumbre es la más horrorosa de las torturas”. Diario Clarín, *Volver por la puerta grande*, Buenos Aires, jueves 14 de abril de 1983.

perverso, el maquillaje de lo que en realidad se estaba tramando tras bambalinas: la más sangrienta dictadura jamás vivida en un país signado por golpes militares que, no sólo aniquilaría a grandes sectores de la sociedad argentina, sino que la sumiría en una situación económica catastrófica.

Está claro que ése no fue el delirio solitario de unos pocos militares trasnochados, sino que todos los gobiernos ilegítimos, que se instauraron a partir de los años 60 en el Cono Sur de nuestro continente, contaron con el apoyo directo o indirecto de sectores de la sociedad civil y del Departamento de Estado norteamericano, aún cuando cada una de ellos tuvo tiempos y rasgos propios que marcaron algunas diferencias con sus vecinos⁵.

Tanto en Argentina como en Chile, Uruguay y Brasil, los militares que asaltaron el poder pretendieron justificar su accionar como medida de último recurso para salvar una democracia amenazada por el marxismo internacional, o como una decisión extrema en el contexto de una “*guerra sucia*”. Lo cierto es que el resultado fue todo lo contrario, porque durante los años en que la voluntad popular estuvo postergada se produjeron las más graves violaciones a los derechos y la mayor entrega de nuestra soberanía política y económica que se haya conocido en nuestra historia reciente.

Por cierto, cuando en nuestro país se concretó el golpe de Estado, el poder de combate de las organizaciones guerrilleras era insignificante frente a los 130.000 miembros de las FFAA. La organización Montoneros reconoció haber sufrido 4.500 bajas de sus militantes, en el primer año posterior al golpe de Estado; pero la mayoría de ellos no participaban de la lucha armada y sólo desarrollaban actividades políticas o sindicales.

Entonces, ¿cuál fue el verdadero objetivo de quienes usurparon los gobiernos en la región? La directriz era imponer un nuevo modelo económico que nos retrotrajo a las formas de producción de finales del siglo

5 Así, la interrupción del orden constitucional se dio en Paraguay entre 1954 y 1990, en Brasil entre 1964 y 1985, la llamada “Revolución argentina” entre 1966 y 1973, en Uruguay entre 1973 y 1985, en Chile entre 1973 y 1989, y nuevamente Argentina con el autoproclamado “Proceso de Reorganización Nacional” entre 1976 y 1983.

XIX. Para ello, los personeros de la dictadura implementaron un sofisticado plan de dominación del conjunto de la sociedad, un complejo aparato de represión y exterminio, que estuvo signada por la secuencia de secuestro, tortura, desaparición forzada, sólo comparable con el que 40 años antes establecieron los nazis con fines eugenésicos (Raffin, 2006, 131–151).

Las notas que diferencian a la represión en Argentina con la de sus vecinos, no es tanto su carácter clandestino y feroz⁶, sino que, en el caso argentino, no se concentró sobre los grupos más vulnerables económicamente sino que se extendió a todos los sectores sociales, afectando principalmente a los jóvenes con compromiso social⁷.

Hay que reconocer que el golpe no sólo contó con el apoyo de sectores de la sociedad civil que concentraban el poder económico, sino que durante gran parte de su vigencia (1976–1979), el gobierno encabezado

6 A modo ilustrativo, vale la pena detenerse en algunas de la órdenes secretas de la Junta Militar, tales como: “a) Operaciones contra elementos subversivos: Aplicar el poder de combate con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos donde se encuentren” (R-C-9-1: 4003 i). El delincuente subversivo que empuñe armas debe ser aniquilado, dado que cuando las fuerzas armadas entran en operaciones no deben interrumpir el combate ni aceptar rendiciones. “Emboscada: esa oportunidad de lograr el aniquilamiento no debe ser desaprovechada y las operaciones serán ejecutadas por personal militar, encuadrado o no, en forma abierta o en cubierta” (5013). b) Instrucciones para operaciones de seguridad” (RE 10-51): 3002. 8) Elementos a llevar: capuchas o vendas para el transporte de detenidos a fin de que los cabecillas detenidos no puedan ser reconocidos y no se sepa donde son conducidos. (3004) Los tiradores especiales podrán ser empleados para abatir cabecillas de turbas o muchedumbres. (3002) La evacuación de los detenidos se realizará con la mayor rapidez, previa separación por grupos: jefes, hombres, mujeres y niños, inmediatamente después de la captura” (Asociación Andina de Juristas, 1988, 16).

7 Vale la pena recordar que, según el Informe “Nunca Más”, la distribución de desaparecidos por edad fue la siguiente: de 0 a 15 años: 1,65%; de 16 a 25 años: 43,23%; de 26 a 35 años: 38,16%; de 36 a 45 años: 10,13%; de 46 a 55 años: 4,25%; de 56 a 65 años: 1,92%; más de 66 años: 0,66% (Informe de la CONADEP, 1984, Capítulo II)

por el General Jorge Rafael Videla y sus delegados en las provincias tuvo la aceptación, y hasta la complicidad, de varios personajes de la política. En Mendoza, por ejemplo, el principal aliado de las sucesivas dictaduras fue siempre el autodenominado “Partido Demócrata de Mendoza”, que manifestó su apoyo al golpe de 1976 con elogiosas solicitudes sobre el accionar de los militares en el gobierno, y luego aportó sus “mejores cuadros” para que se incorporaran en la administración de facto, recurriendo al típico discurso de neutralización de valores para justificar su apoyo (Abalo, 1997, 130)⁸.

Esta no era la primera experiencia autoritaria de los “gansos de Mendoza” quienes ya habían sido cómplices de anteriores dictaduras, como cuando asumieron el gobierno provincial durante la presidencia de facto de Agustín Lanusse. Las cosas tampoco terminaron bien en esa ocasión, ya que el 4 de abril de 1972 estalló el “Mendozazo” que costó la vida a varios ciudadanos y forzó la renuncia del histórico dirigente partidario Francisco Gabrielli (Marianetti, 1972 y AAVV, 1972).

Pero el apoyo explícito a la dictadura no fue sólo el dislate de un grupo minúsculo del sector político, también así se manifestaron las autoridades de la Iglesia Católica que, además de apoyar cada golpe que ha sufrido la democracia argentina, prestó la asistencia espiritual requerida para perpetrar miles de secuestros, violaciones, torturas y asesinatos de personas inermes. Incluso, algunos jerarcas de la curia se convirtieron en los principales agentes de marketing de la empresa genocida, como sucedió con el Arzobispo de Mendoza, Monseñor Olimpo Maresma, quien en

8 Allí puede encontrarse el argumento de los “demócratas” a favor del golpe, cuando decían: “la República agonizante de 1976 [...] suspiró aliviada cuando las FFAA interrumpieron la constitucionalidad formal. La necesidad de la suspensión de la vigencia formal del Estado de Derecho fue en esos momentos una realidad como lo es hoy el total, pleno y urgente restablecimiento del mismo [...] las circunstancias vividas, los objetivos propuestos y la adhesión lisa y llana que hacen las bases doctrinarias de la propuesta política de las FFAA a la Constitución Nacional y sus principios rectores nos comprometen en la tarea de que el Proceso de Reorganización Nacional arribe al éxito”.

la homilía por el 65° Aniversario de la Coronación Pontificia de la Virgen del Carmen de Cuyo, el 9 de setiembre de 1976, decía en un acto público:

el enemigo vive en nuestro interior y lo que es más grave, está alojado en el interior de muchos argentinos. Por eso nuestro trabajo debe ser total: debe abarcar el cuerpo y el espíritu [...] estamos en una guerra casi civil que no hemos declarado y que nos han declarado⁹.

Por si quedaba alguna duda de esa colaboración de los principales miembros de la Iglesia Católica con el “Proceso”, la misma fue reconocida por el propio Jorge Rafael Videla en una de las últimas entrevistas que concedió poco antes de morir, preso en el penal de Marcos Paz (Angoso, 2012)¹⁰.

El sector académico de Mendoza tampoco fue ajeno a este tipo de apoyo explícito a la dictadura, y hasta se dio el curioso caso de un

9 Ésta y otras manifestaciones de miembros de la Iglesia Católica durante la última dictadura en <http://www.desaparecidos.org/arg/iglesia/complice/3.html>.

10 En esa entrevista Videla decía: “Mi relación con la Iglesia fue excelente, mantuvimos una relación muy cordial, sincera y abierta. No olvide que incluso teníamos a los capellanes castrenses asistiéndonos y nunca se rompió esta relación de colaboración y amistad. El presidente de la Conferencia Episcopal, Cardenal Primatesta, a quien yo había conocido tiempo atrás en Córdoba, tenía fama de progresista, o sea proclive a la izquierda de entonces, pero cuando ocupó su cargo y yo era presidente del país teníamos una relación impecable. Y debo reconocer que llegamos a ser amigos y en el problema del conflicto, de la guerra, también tuvimos grandes coincidencias. La Iglesia argentina en general, y por suerte, no se dejó llevar por esa tendencia izquierdista y tercermundista, politizada claramente a favor de un bando, de otras iglesias del continente, que sí cayeron en ese juego. No faltó que algún miembro de esa Iglesia argentina entrara en ese juego pero eran una minoría no representativa con respecto al resto”. También en Pagina 12: *Preguntas sin respuesta. Exclusivo dialogo secreto de la iglesia con Videla sobre el asesinato de los detenidos-desaparecidos*. Buenos Aires, 06/05/12. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-193425-2012-05-06.html>.

reconocido profesor de Derecho Constitucional que escribió un artículo pretendiendo justificar la fractura del orden constitucional frente al caos que caracterizó al gobierno de María Estela Martínez de Perón, argumentando que las fuerzas armadas se hicieron cargo del poder constituyente cuando éste se encontraba vacante (Pérez Guilhou, 1976, 75-116). Este profesor universitario, que había sido Ministro de Educación de la Nación durante la dictadura de Onganía, reveló tiempo después que Videla le ofreció ese mismo cargo, pero no lo aceptó porque el propio Onganía le había advertido que se trataba de “gente poco seria”¹¹. Su simpatía con los cultores del terrorismo de Estado volvió a aflorar cuando publicó sus condolencias por el fallecimiento del General Lépori, quien estaba acusado por el secuestro del abogado Ángel Bustelo y la desaparición de otras dos personas en el tercer juicio que, por delitos de lesa humanidad se hizo en nuestra provincia¹².

Aún con estas voces abiertamente comprometidas con el “Proceso”, la mayoría de la ciudadanía se mantuvo paralizada y en silencio durante sus primeros años, y esta actitud fue también una de las condiciones para que la dictadura lograra instaurar en todos los rincones del país un enorme plan de exterminio que costó la vida de más de 150 mendocinos. Mucho se ha dicho sobre el desconocimiento de lo que estaba sucediendo para justificar la indiferencia de la mayor parte de la sociedad; pero lo cierto es que, a un año del golpe militar, el conocido periodista Rodolfo Walsh envió su célebre *Carta abierta de un escritor a la Junta Militar* a la redacción de varios periódicos nacionales y corresponsales extranjeros. Si bien ésta no se publicó por acción de la censura, alcanzó rápida difusión por canales alternativos y “desnudó” los reales “logros” de la dictadura en los primeros doce meses de gestión.

11 Diario El Sol online, *El peso del pasado de un constitucionalista mendocino*, Mendoza, jueves 9 de febrero de 2012. http://elsolonline.com/noticias/view/124928/el-peso-del-pasado-de-un-constitucionalista-mendocino_1

12 Diario El Sol online. Mendoza, miércoles 25 de abril de 2012 <http://elsolonline.com/noticias/view/132602/el-juez-de-la-corte-mendocina-que-participo-con-dolor-la-muerte-de-un-represor>.

El conocido escritor y periodista recurrió a la contundencia de los números para dar a conocer la catástrofe que estaba viviendo la sociedad argentina. A esa fecha, ya se habían denunciado 15.000 desapariciones forzadas, 10.000 presos políticos, 4.000 asesinatos por razones políticas y decenas de miles de personas se habían exiliado. Se había reducido el salario real de los trabajadores en un 40%, disminuido su participación en el ingreso nacional en un 30%, la desocupación llegó a la cifra récord del 9% y 300.000 trabajadores habían sido despedidos. Se había reducido el consumo de alimentos en un 40%, de ropas en un 50%, la mortalidad infantil superaba el 30%, el presupuesto de educación y de salud pública disminuyó a menos de un tercio del gasto militar y la mitad de los ingresos por exportaciones fueron destinados a defensa y seguridad. En materia macro económica las cosas no fueron mejores, la inflación llegó al 400% anual, se duplicó la deuda externa y las inversiones cayeron en 13% (Walsh, 1995).

El autor de la Carta fue secuestrado a plena luz del día y en la vía pública al día siguiente de difundir la misma, y hasta hoy se encuentra desaparecido. Pero la información reunida por Walsh, a un año del golpe, no caería en saco roto; por el contrario, fue confirmada y adquirió difusión global gracias al rol fundamental que tuvieron las organizaciones locales de derechos humanos para que el mundo conociera lo que estaba pasando en Argentina y motivaría el interés de los organismos internacionales¹³.

La primera visita oficial por la situación de los derechos humanos

13 Entre las agrupaciones más combativas en esos primeros años se destaca “Madres de Plaza de Mayo”, la cual se formó de manera espontánea el 30 de mayo de 1977, cuando un grupo de 14 mujeres se encontraron en ese espacio público de la Ciudad de Buenos Aires cuando iban a preguntar por sus hijos “desparecidos” al Ministerio del Interior ubicada en la Casa Rosada. Como los policías les ordenaron que “circularan”, dado que la vigencia del estado de sitio prohibía las reuniones públicas, comenzaron a dar vueltas alrededor de la pirámide que queda en el medio de la plaza. Desde ese día y hasta que las fuerza las acompañe, podremos ver la ronda que los días jueves hacen las Madres, con sus pañuelos blancos cubriendo sus cabezas, en innumerables plazas a lo largo del país (Gorini, 2006).

en Argentina fue la que realizó Amnistía Internacional entre el 1º y el 15 de noviembre de 1976. En ese momento se lograron documentar más de 2.500 casos de personas de desaparecidas (Amnistía Internacional, 1977). Luego, vino la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que permaneció en Argentina entre el 6 y el 20 de setiembre de 1979. En esos pocos días constató 5.580 desapariciones forzadas y un número aun mayor de torturas, ejecuciones extrajudiciales, privaciones ilegítimas de libertad, violación a las garantías judiciales y otras tantas violaciones a los derechos fundamentales (CIDH, 1980).

A partir de 1980 ya era un secreto a voces, las atrocidades que se estaban cometiendo y el gobierno de facto comenzó a perder el respaldo del que gozaba inicialmente. Cuando el “Proceso” estaba por cumplir 6 años, conducido ahora por el general Roberto Eduardo Viola, hacía agua por todos lados y sus antiguos aliados comenzaron a alejarse. También, en el plano internacional las relaciones habían cambiado: el Gobierno de Estados Unidos estaba a cargo del demócrata “Jimmy” Carter¹⁴ que miraba con recelo a estos aprendices de Hitler, sobre todo después de que la CIDH presentó ante la Asamblea General de la OEA su “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina”. Ya en democracia la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) confirmó 8.960 desapariciones, cuando presentó su informe en 1984. Actualmente, el cómputo registrado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación supera los 10.000 casos de personas desaparecidas, y en los juicios que por delitos de lesa humanidad se están realizando en todo el país continúan saliendo a la luz nuevos casos que hasta ahora no habían sido registrados.

14 James Earl Carter, Jr. fue el 39º presidente de los Estados Unidos desde el 20 de enero de 1977 al 20 de enero de 1981. Durante su gestión demostró una sincera preocupación por el respeto de los derechos humanos, fue galardonado con el Premio Nobel de la Paz en el año 2002.

3. Los desbarranques de la dictadura

Además del plan sistemático de detenciones ilegales, torturas, desaparición forzada, apropiación de bebés y pillaje sobre los bienes de las víctimas, una desastrosa política económica había destruido la industria nacional, profundizado la exclusión social y el endeudamiento externo. En este contexto, el gobierno militar lejos de pensar en una salida hacia la democrática, quiso mostrar aires de “cambio” para que nada cambiara. Es así que el General Leopoldo Fortunato Galtieri reemplazó a Viola en la Presidencia de facto, pero el enroque no convenció a nadie y el descontento general comenzó a vencer al miedo. Los medios de comunicación sacaron a la luz los reclamos de los organismos de derechos humanos, de las agrupaciones sindicales y de los partidos políticos.

La Confederación General de Trabajadores (CGT) lanzó un plan de lucha que finalizaría con una movilización nacional en el 6° aniversario del golpe, pero para evitar provocaciones, decidieron postergarlo para una semana más tarde. Pese a la advertencia oficial, el 30 de marzo de 1982 se realizó la primera movilización nacional contra el gobierno de facto. La represión no se hizo esperar y los detenidos en todo el país llegaron a 2.074, de los cuales 170 fueron condenados a penas de hasta 5 días de arresto, entre ellos se encontraban varios periodistas y el Secretario General de la CGT, Saúl Ubaldini¹⁵.

A esta altura, el gobierno de Mendoza se encontraba en manos del contador Bonifacio Cejuela, del Partido Demócrata, que como se dijo había decidido cooperar nuevamente con la dictadura argumentando que de ese

15 Un comunicado oficial emitido el 29 de marzo advertía que las fuerzas policiales pasaban nuevamente a estar bajo el control operacional de las FFAA y que ninguna movilización sería autorizada, tal como lo exigía la ley 20.120 y que “la autoridad policial disolverá aquellas que se intenten realizar fuera de esas condiciones y quienes participen de las mismas incurrirán en infracción a sus normas, debiendo afrontar las consecuencias”. Diario Mdzol. *Martes 30 de marzo de 1982: hieren a Benedicto Ortiz y comienza la cuenta regresiva hacia Malvinas*. Mendoza, viernes 30 de marzo de 2012. <http://www.mdzol.com/mdz/nota/373208>.

modo suavizarían el rigor militar. Pero de poco sirvió la presencia de civiles en la gobernación mendocina al momento de atemperar la represión. Acá también un gran número de personas se movilizó hacia Casa de Gobierno el 30 de marzo y los *indignados* fueron recibidos a los tiros por las fuerzas conjuntas cuando llegaron a la intersección de las calles Pedro Molina y Mitre de Ciudad. El saldo de la jornada fueron 11 detenidos y 6 heridos de bala, entre los que se encontraba José Benedicto Ortiz, Secretario General de la filial Mendoza de la Asociación Obrero Mineros de Argentina (AOMA). Su muerte, ocurrida cuatro días más tarde en el hospital Central, se convertiría en la última víctima mendocina de la represión ilegal¹⁶.

Este lúgubre episodio distanció a los militantes del Partido Demócrata de las autoridades de facto y salieron a condenar los hechos de violencia intentando así desprenderse de la represión¹⁷. Pero los “gansos” no sólo habían cooperado aportando sus dirigentes más conspicuos al gobierno provincial sino que también era de ese partido el Ministro de Defensa Amadeo Ricardo Frúgoli, cuyo nombre trascendería las fronteras nacionales días más tarde, como consecuencia de los episodios que estaban por venir¹⁸.

16 Los otros heridos de bala durante la movilización fueron Juan Enzo Ortiz, Raúl Aldo González, Ricardo Jorge García, Bruno Antinori y Héctor Moirat. Diario Mdzol: *Recordando a José Benedicto Ortiz*. Mendoza, viernes 30 de marzo de 2012. <http://www.mdzol.com/mdz/nota/373317>.

17 El entonces presidente de la Juventud Demócrata de Mendoza, Gustavo Gutiérrez, declaró a la prensa que las autoridades militares habían “*mostrado torpeza y traición*” ante quienes ejercían el derecho a discrepar y con el representante de su partido que estaba al frente del Ejecutivo provincial en ese momento. Diario Mdzol, *Miércoles 31 de marzo de 1982: los demócratas se despegan de la represión*. Mendoza, sábado 31 de marzo de 2012. <http://www.mdzol.com/mdz/nota/373567>.

18 Frúgoli ya había sido Ministro de Bienestar Social durante la presidencia de facto de Roberto Marcelo Levingston (entre 1970 y 1971), Ministro de Justicia, durante la presidencia de facto de Roberto Eduardo Viola (del 29 de marzo al 22 de diciembre de 1981) hasta que asumió como Ministro de Defensa, durante la presidencia de facto de Leopoldo Galtieri, hasta la rendición de las FFAA en Malvinas el 14 de junio de 1982.

Frente a la compleja situación política, los militares buscaron dar un golpe de efecto y convencer a la sociedad que todavía eran imprescindibles para “salvar la patria”¹⁹. El conflicto generado un par de semanas antes por el izamiento de la bandera argentina en las islas Georgias, aceleró la decisión de exacerbar los sentimientos nacionalistas de gran parte de la población. Para ello, se puso en marcha una improvisada operación militar destinada a recuperar las islas Malvinas usurpadas por los ingleses desde 1833²⁰. Como manotazo de ahogado, Galtieri y sus secuaces nos embarcaron a todos en una breve guerra que, desde el inicio, estaba destinada al fracaso y durante la cual se intensificó la campaña de desinformación y triunfalismo. Pero toda la escenografía y la mentira se vinieron abajo cuando el 14 de junio de 1982, las FFAA argentinas se rindieron ante los ingleses. El ya celebre informe Rattenbach, emitido el 30 de setiembre de 1983 por la Comisión de Análisis y Evaluación de las Responsabilidades políticas y estratégico-militares en el Conflicto del Atlántico Sur (CAERCAS) reveló la verdadera intención de quienes desencadenaron el conflicto: salvar a la dictadura militar, ya en decadencia, utilizando un símbolo enraizado en el sentimiento de los argentinos, Malvinas²¹.

Siete años, ocho meses y dieciséis días duró la última dictadura militar que, sin duda alguna, constituyó una tremenda agresión a los más elementales valores de la democracia y dejó como saldo las más graves y numerosas violaciones a los derechos humanos que se hayan conocido

19 Diario Mdzol. *1° de abril de 1982: a horas de la consolidación de la estupidez.*

Mendoza, domingo 1° de abril de 2012. <http://www.mdzol.com/mdz/nota/373659>.

20 Diario Mdzol. *Martes 30 de marzo de 1982: hieren a Benedicto Ortiz y comienza la cuenta regresiva hacia Malvinas.* Mendoza, viernes 30 de marzo de 2012. <http://www.mdzol.com/mdz/nota/373208>.

21 Informe Rattenbach, en el párrafo 247 dice textualmente: “En definitiva, la decisión (de ocupar las islas) que se mantenía latente, estuvo influida por aspectos políticos particulares, tal, por ejemplo, la conveniencia de producir una circunstancia significativa que revitalizara el Proceso de Reorganización Nacional”. <http://www.casarosada.gov.ar/component/content/article/108-gobierno-informa/25773-informe-rattenbach>.

a lo largo de nuestra historia. Los militares argentinos habían fundido al país y sumido a la población en las profundidades de la crisis económica, destruyeron la industria nacional, derogaron las conquistas de la clase trabajadora y traicionaron el legítimo anhelo de la población por recuperar las Islas Malvinas. Esto último, lejos de salvar su imagen, exponía a las FFAA argentinas como una amenaza real para la seguridad hemisférica y la paz mundial, y serviría a los ingleses para convertir a Malvinas en una nueva base militar de la OTAN en el Atlántico Sur.

Los militares no solamente habían perdido todo crédito social sino que, además, comenzaban a trascender severos enfrentamientos entre las distintas fuerzas y entre los cuadros intermedios con los superiores de cada una de ellas. Apenas terminada la guerra, Galtieri fue destituido y su sucesor en el Ejército, Cristino Nicolaides, descabezó la cúpula de esa fuerza que había tenido en sus manos la conducción y ejecución de las operaciones en el Atlántico Sur. Los fuertes cuestionamientos y hasta las rebeliones en el interior de cada arma derivó en que los representantes de la Armada y Aeronáutica se retiraran de la Junta Militar, dejando al Ejército en la más cruda soledad. A esa altura ya habían trascendido distintos informes sobre la guerra que develaban serias críticas sobre la oportunidad y evaluación de las circunstancias en que se lanzó el desembarco del 2 de abril de 1982 y el 20 de setiembre se sublevó en Usuahia el Contraalmirante Horacio Zaratiegui, denunciando *“la ausencia de delimitaciones claras de responsabilidades respecto de la derrota”* (Verbitsky, 1998)²².

22 El 26 de setiembre de 1982 trascendieron las conclusiones del llamado Informe Calvi, donde se revelaban detalles insólitos sobre la forma en que se había manejado la cúpula militar durante la guerra, como cuando el General de Brigada Mario Benjamín Menéndez (Jefe del Comando Conjunto de las Islas) le llamó a Galtieri informándole que los ingleses lo habían emplazado para que se rindiera de inmediato. El entonces Presidente de facto le respondió “llámeme a las 19” y cuando el primero le dijo que sólo contaba con unos minutos le ordenó “vea general, agarre las fuerzas que tenga y contraataque”. El 24 de noviembre se conoció el crítico Informe Crespo, fechado el 1º de julio de ese año, donde entre otras cosas decía: “el accionar de las Fuerzas Armadas permite establecer, como conclusión que existen

Por otra parte, la situación social y económica también era calamitosa, el cierre de las fábricas y el crecimiento del desempleo eran constantes, mientras que la inflación alcanzó el 200% anual. El 2 de julio de ese año usurpó el cargo de Presidente el General Reynaldo Benito Antonio Bignone, quien a poco de asumir declaró el “estado de emergencia económica” y anunció el llamado a elecciones generales para el 30 de octubre de 1983. Además, dictó el decreto N° 2726/83 ordenando la destrucción de la documentación existente sobre la represión ilegal y dictaminaba la muerte de los desaparecidos; y el 23 de septiembre dictó la “ley” de autoamnistía (22.924), llamada de *Pacificación Nacional*, que amparaba a todos los miembros de las fuerzas armadas por todos los actos cometidos en la “guerra contra la subversión”.

4. La decisión de Raúl Alfonsín: autodepuración y responsabilidad penal limitada

Como se ve, cuando comenzó la transición hacia la democracia la situación de las Fuerzas Armadas era patética, ya que aparecían como los principales responsables de más de treinta años de interrupción del orden constitucional, la cara visible del terrorismo de Estado y los padres de la derrota de una guerra demencial.

Si queríamos que la democracia dejara de ser esa entelequia que se enseñaba en las escuelas, había que aprovechar la coyuntura, y quien ganara las elecciones tendría una misión decisiva: encarar la tarea impostergable de subordinar a los militares a la autoridad constitucional. La situación fue advertida con toda claridad por el candidato a presidente de la Unión Cívica Radical, quien contaban con la convicción necesaria y la autoridad moral suficiente para encarar ese desafío, en razón de su participación activa en organizaciones de derechos humanos en tiempos

tres fuerzas armadas totalmente diferentes en cuanto a su concepción y estrategia referida al trabajo en conjunto” y respecto al Ejército decía: “la situación interna del país, a la que habitualmente dedicaron la totalidad de sus esfuerzos, desdibujó su entrenamiento operacional”.

en que ese tipo de militancia ponía en riesgo la vida (Eliashev, 2011)²³.

Ese fue el gran acierto de Raúl Alfonsín, quien desde el inicio de su campaña marcó las diferencias con el candidato de la competencia, el justicialista Italo Luder. Mientras recorría el país, el candidato radical comenzaba sus discursos recitando el Preámbulo de la Constitución Nacional y prometía que si ganaba las elecciones anularía las medidas que obstaculizaran la revisión judicial del pasado, juzgaría a los Comandantes que dieron las órdenes de la represión ilegal y elevaría la pena para el delito de torturas al mismo nivel que la del homicidio.

Luego del contundente triunfo electoral por el 52% frente al 40% que obtuvo el Partido Justicialista, el equipo de Alfonsín encaró la tarea de cumplir las promesas de campaña. Su primera conquista frente al gobierno en retirada, fue lograr que la fecha de asunción quedara establecida para el 10 de diciembre, día universal de los Derechos Humanos²⁴. Ya en el cargo, entre las primeras medidas que tomó fue enviar al Congreso la ley que anulaba la amnistía que se había dado a los militares para cubrirse las espaldas²⁵. Además, firmó dos decretos que ordenaron el juzgamiento

23 Raúl Alfonsín no sólo había sido uno de los fundadores de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH), sino que también había actuado como abogado en defensa de presos políticos. Entre otros casos, defendió ante la Cámara Federal en lo Penal de la Nación, junto con el abogado Felipe Rodríguez Amaya, a algunos de los imputados en el secuestro y asesinato del presidente de la Fiat, Abelardo Salustro, ocurrido en abril de 1972.

24 Ese día, en el año 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas había aprobado la Declaración Universal de Derechos Humanos y por ello fue elegido como el día internacional de los Derechos Humanos.

25 La llamada "ley" de "Pacificación Nacional" N° 22.924, no era más que un Decreto dictado por el gobierno de facto. Declaraba en su artículo 1°: "extinguidas las acciones penales emergentes de delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 (fecha en que asumió el Presidente Cámpora) hasta el 17 de junio de 1982, así como cualquier hecho de naturaleza penal realizado en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera

a los Comandantes de las tres primeras juntas de gobierno, por una parte, y a los líderes de las organizaciones guerrilleras que habían sobrevivido a la represión, por la otra²⁶. También remitió al Parlamento un proyecto de reforma del Código de Justicia Militar, que permitiría a los tribunales federales la revisión de lo actuado por la justicia militar²⁷.

Otra medida fundamental del nuevo gobierno fue la creación de la

hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado”. La ley buscaba beneficiar a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores de delitos comunes y militares conexos con la violencia política con una amplitud que era sólo aparente, porque debido a las excepciones que establecía sólo beneficiaba a los responsables del terrorismo de Estado y no así a los sobrevivientes que hubiesen estado vinculados a organizaciones armadas. Por su parte, la ley 23.040 fue sancionada el 22 de diciembre de 1983 y declaró insanablemente nula a la “autoamnistía”. Su artículo 2° dice textualmente: “la ley de facto 22.924 carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergente de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 2° del Código Penal. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se altera por la existencia de decisiones judiciales firmes que hayan aplicado la ley de facto N° 22.924”.

26 Nos referimos a los Decretos 157 y 158, del 13 de diciembre de 1983. Mediante el primero de ellos, instruyó al Procurador General (en ese tiempo dependiente del Poder Ejecutivo Nacional) para que iniciaran acciones contra los líderes de Montoneros y ERP, Mario Firmenich, Fernando Vaca Narvaja, Ricardo Obregón Cano, Rodolfo Galimberti, Roberto Perdía, Héctor Pardo y Enrique Gorriarán Merlo. Con el segundo, como Comandante en Jefe, ordenó someter a proceso sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (CONSUFA) a los ex comandantes que integraron las tres primeras juntas del gobierno de facto Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Viola Armando Lambruschini, Omar Graffigna, Leopoldo Galtieri, Jorge Anaya y Basilio Lami Dozo, por los delitos de homicidio, privación ilegítima de libertad y aplicación de tormentos, entre otros.

27 Específicamente, así pasó a disponerlo el nuevo artículo 445 del Código de Justicia Militar, a partir de las reformas implementadas por ley con posterioridad a la ley 23.049, sancionada el 9 de febrero de 1984.

Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) la cual, a diferencia de otras experiencias que posteriormente se dieron en la región, no fue propiamente una comisión de “verdad y reconciliación”, sino que recolectó gran cantidad de valiosísima información que luego serviría de base para el juzgamiento a los responsables del terrorismo de Estado. Luego de siete años de peregrinajes estériles por distintas instancias del Estado, por primera vez las víctimas de la represión ilegal serían escuchadas por un ente oficial y sus desgarradores testimonios quedarían plasmados para siempre en el Informe *Nunca más*, constituyendo una herramienta fundamental para la difusión y prueba de lo que fue el plan sistemático de exterminio montado por la dictadura (Crenzel, 2008)²⁸.

Todas estas decisiones fueron fundamentales para lograr la subordinación militar al poder político. Sin embargo, del Decreto 158/83 surge claramente que la idea de Alfonsín y su equipo de colaboradores era darles la oportunidad a los militares para que se juzgaran a sí mismos. Ese juzgamiento sería limitado, porque la idea central era concentrar toda la responsabilidad en los mandos superiores, garantizando así la impunidad de los mandos intermedios y subordinados²⁹.

28 La CONADEP fue creada por Decreto 187 del 15 de diciembre de 1983. La primera edición del Informe fue de 40.000 ejemplares, los que se agotaron en un mes, en los meses posteriores se realizaron 4 ediciones que sumaron otros 160.000. En 1985, cuando empezaba el juicio a las juntas, se reimprimieron 165.000 volúmenes, y en los 11 años siguientes, otros 53.000. Hasta la actualidad, el total de las ediciones alcanza los 258.000 ejemplares.

29 Veamos sino los considerandos del Decreto 158/83, cuando dice que: “todos los habitantes del país, y especialmente, los cuadros subalternos de las fuerzas armadas, fueron expuestos a una intensa y prolongada campaña de acción psicológica destinada a establecer la convicción de que “los agentes disolventes o de la subversión [...], merecían estar colocados fuera de la sociedad y aun privados de su condición humana, y reducidos por tanto a objetos carentes de protección jurídica [...]. Que la existencia de planes de Órdenes hace a los miembros de la Junta Militar actuante en el período indicado, y a los mandos de las Fuerzas Armadas con capacidad decisoria, responsables en calidad de autores mediatos por los hechos delictivos ocurridos en

Para llevar adelante esta justicia selectiva, el nuevo gobierno quería que se formara una sola causa ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (CONSUFU) donde, de manera sumaria, se juzgara sólo a aquellos que dieron las órdenes ilegales, no a los que las ejecutaron, salvo que hubieran cometido “excesos” en el cumplimiento de las mismas o se tratara de atrocidades manifiestas. A tal efecto, el CONSUFU se abocó el 28 de diciembre de 1983 y contaba con un plazo de seis meses, prorrogable por otro tanto, para instruir las causas, quedando abierta la instancia ante la justicia federal, merced a la reforma reciente del Código de Justicia Militar. La causa contra los comandantes podría ser revisada, entonces, por la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, un tribunal que con el retorno de la democracia fue conformado por jueces que habían demostrado una clara independencia durante la dictadura (Eliachev, 2011, 110 y 170)³⁰.

Pero las cosas no salieron como estaban planeadas. La reforma al Código de Justicia Militar no fue en los términos que pretendía el Poder Ejecutivo, ya que el error de los subordinados sobre la legalidad de la orden sólo sería aceptado como presunción que admitía prueba en contrario y siempre que éstos no hubiesen cometido hechos “atrocés o aberrantes”³¹.

el marco de los planes trazados y supervisados por las instancias superiores (art. 514 del Código de Justicia Militar); la responsabilidad de los subalternos, que el texto de esa norma desplaza, se ve especialmente reducida por las circunstancias de hecho derivadas de la acción psicológica antes destacada, que bien pudo haberlos inducido, en muchos casos, a error sobre la significación moral y jurídica de sus actos dentro del esquema coercitivo a que estaban sometidos”.

30 El autor nos informa que los jueces Jorge Valerga Araoz, Guillermo Ledesma y Jorge Torlasco, junto a Mario Ocampo, Juan Seiján, fueron de los primeros jueces federales que declararon la inconstitucionalidad de la llamada “ley de autoamnistía” que dictó la dictadura.

31 La ley 23.049 fue aprobada el 9 de febrero de 1984. En el Congreso de la Nación se impuso el proyecto del Senador neuquino Elías Sapag, un político más bien conservador en otros temas, pero la represión había golpeado en el seno de su familia, quien logró imponer el párrafo *in fine* del artículo 11 cambiando sustancialmente

Además de no contar con la estructura ni el personal suficiente para encarar el juzgamiento de las más de 3.000 causas que en poco tiempo se acumularon en sus dependencias, los miembros del CONSUFA carecían de toda voluntad para juzgar a su compañeros de armas por lo actuado durante la represión ilegal, que no sólo compartían sus métodos, sino que muchos creían que debían revindicarse. ¿Qué otra cosa se podía esperar de un Consejo Supremo integrado por doce militares que venían de la dictadura, de los cuales sólo tres eran abogados?

Es así que, luego de varios titubeos y en el marco de una gran expectativa social, el CONSUFA sólo dictó la prisión preventiva rigurosa de los máximos responsables (Videla, Agosti y Massera), pero nada dijo respecto de los otros comandantes. Este proceder terminó contrastando con la contundente respuesta que luego dio cuando le tocó juzgar a los artífices del fracaso militar en Malvinas³².

5. El juicio a los comandantes

A pocos meses de reinaugurada la democracia los acontecimientos se precipitaron y, entre setiembre y octubre de 1984, ocurrieron varios sucesos memorables en Argentina. El primero de ellos fue cuando el presidente de la CONADEP, Ernesto Sábato, entregó en un acto público al Presidente Alfonsín el informe titulado “Nunca Más” (Crenzel, 2008)³³.

los alcances del proyecto oficial.

32 El 15 de mayo de 1986, el CONSUFA condenó a Leopoldo Fortunato Galtieri a 12 años de cárcel, a Jorge Anaya a 14 años y a Basilio Lami Dozo a 8 años. El fallo fue revisado por la Cámara Federal, y el 31 de octubre de 1988 unificó las penas para los tres en 12 años, más la accesoria de la destitución.

33 El 20 de setiembre de 1984 la Comisión Nacional sobre Desaparición Forzada de Personas, presidida por el escritor Ernesto Sábato, entregó al Presidente Alfonsín el famoso Informe del cual, a la fecha, se han realizado siete ediciones y varias reimpressiones hasta el 2003 en Argentina. Además se hicieron varias ediciones en el exterior, como la española y la portuguesa de 1985, la italiana e inglesa en 1986, la de Estados Unidos en 1986 y la alemana en 1987. En el año 2006, en

Por otra parte, los jueces de la Cámara Federal de Buenos Aires decidieron no otorgarles más prórrogas al CONFUSA y se abocaron al juzgamiento de los comandantes cuando comprobaron que lejos de recoger prueba útil para acreditar la matanza, sólo se ocupaban de reunir los “antecedentes ideológicos de las víctimas” (Eliashev, 2011, 54–55).

El gobierno de Alfonsín perdió el control de la situación, que dejó de ser un tema político para transitar por los carriles y los tiempos de la justicia. El gobierno nacional realizó nuevas gestiones para mantener las investigaciones en el ámbito militar. El Juez Ricardo Gil Lavedra, hoy un reconocido dirigente del partido Radical, reconoció recientemente que, antes de que la Cámara Federal se abocara al juzgamiento de los comandantes, recibieron llamados del Ministerio de Defensa y fueron visitados por el Ministro del Interior, Antonio Tróccoli, y del entonces Subsecretario de Defensa, Horacio Jaunarena, quienes trataron de convencerlos que siguieran ampliando los plazos al CONSUFFA. Pero las presiones no mejoraron la decisión de los jueces quienes ya habían advertido que serían los nuevos protagonistas de este proceso histórico (Eliashev, 2011, 225–226).

La dinámica de las víctimas del terrorismo de Estado había sido diametralmente opuesta a la del CONFUSA. Acompañados por amplios sectores de la sociedad dieron masiva difusión a los horrores de la dictadura y, desconociendo la jurisdicción militar, presentaron múltiples denuncias directamente ante los tribunales federales, donde varios militares con cargos intermedios fueron citados y algunos quedaron detenidos. En esos días, seis organizaciones de Derechos Humanos difundieron un comunicado donde acusaban a 996 miembros de las Fuerzas Armadas por su participación en la represión ilegal, de los cuales el 40% se encontraban en actividad y, dentro de estos últimos, el 25% estaba propuesto para ascender (Jaunarena, 2011, 83–84).

Para atemperar este panorama en el seno del Ministerio de Defensa se comenzó a trabajar sobre el primer proyecto de una ley sobre “obediencia debida”. Tal como lo reconoce Horacio Jaunarena, la idea comenzó a

conmemoración de los 30 años del golpe, el diario Página 12 hizo una edición del Informe en fascículos ilustrados por León Ferrari de 55.000 ejemplares.

gestarse cuando era Ministro de Defensa Raúl Borrás, en una reunión en el estudio de Antonio Tróccoli a principio de 1985, cuando fracasó la estrategia de que los militares se juzgaran a sí mismos. Luego, tomó nuevo impulso, a raíz de una consulta formulada al jurista Julio Oyhanarte. Sin embargo, el proyecto se fue postergando, primero por la muerte en funciones del Ministro Borrás y luego, durante la gestión de Roque Carranza, cuando ya contaba con el visto bueno de Alfonsín, porque el borrador se filtró a la prensa y fue tapa del diario Clarín en julio de 1985, lo que encendió la polémica y obligó al Presidente a desmentirlo públicamente. Lo cierto es que los reclamos sociales en pos del “juicio y castigo a todos los culpables” y la falta de consenso interno y con la oposición, que el gobierno necesitaba para hacer ley el proyecto, fueron dilatando su envío al Congreso y recién sería resucitado tres años más tarde, luego de nuevos sobresaltos institucionales (Jaunarena, 2011, 101, 126-127, 136-137).

El 4 de octubre de 1984, a sólo diez meses de recuperada la institucionalidad, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires se abocó al conocimiento de la histórica causa promovida contra los comandantes de las tres primeras juntas de la dictadura más reciente. Tras seis meses de trabajo silencioso, las audiencias públicas comenzaron el 22 de abril y se extendieron hasta el 14 de agosto de 1985. En sólo 4 meses de juicio los camaristas escucharon en la sala de audiencia a 833 testigos y otros 80 fueron interrogados mediante exhorto diplomático. Si bien la causa se inició con un número mucho mayor de casos, en el tramo final la fiscalía seleccionó los 709, contenidos en 500 expedientes, que consideró más paradigmáticos. El tribunal redujo aún más la muestra y terminó fallando sólo sobre 281 casos testigos que le servirían para demostrar la existencia de un plan sistemático que costó la vida de casi 10.000 personas, lo que el Fiscal Strassera calificó, en la parte final de su alegato, como “el mayor genocidio que registra la joven historia de nuestro país”.

Las deliberaciones de las partes se extendieron entre el 11 de setiembre y el 21 de octubre, cincuenta días más tardes los jueces darían a conocer la sentencia. Fue el 9 de diciembre de 1985, al otro día se cumplían dos años de la asunción de Ricardo Alfonsín como Presidente de la Nación.

La sentencia de la causa 13/83 comienza rechazando todos y cada

uno de los planteos realizados por los defensores, tales como: la aplicación de la “autoamnistía”, que se declarase nulo el decreto 158/83, que se dispusiera la inaplicabilidad de la reforma del Código de Justicia Militar, que se revocara la prisión preventiva, que se anulara todo el proceso por existir cosa juzgada, etc.

Luego, hace un particular análisis sobre el contexto histórico en que sucedieron los hechos, lo que constituye uno de los puntos más polémicos de este documento, cuando con argumentos poco convincentes, concluye que las fuerzas armadas tomaron el poder para defenderse de esos grupos que se habían embarcado en una guerra revolucionaria para subvertir el orden establecido. La pregunta que queda flotando es ¿de qué orden estamos hablando? del orden democrático o del impuesto por la más rancia oligarquía desde comienzos de la década del 30? Es cierto que también la Fiscalía realizó un recuento de las acciones de las organizaciones armadas durante los años 70; pero el análisis del tribunal parece olvidar que las disputas de poder en los años 70, se daban en el marco de un sistema político permanentemente condicionado por el “partido militar”, dispuesto a interrumpir la vigencia de la constitución cada vez que un partido político, que representara a los sectores populares, se acercaba al poder.

Los miembros de la Cámara Federal se apegaron a los lineamientos establecidos por los decretos 157 y 158/83, que ponían en un mismo nivel de responsabilidad a los líderes de los grupos guerrilleros y a los cultores del terrorismo de Estado e hicieron suya la denominada “teoría de los dos demonios”, elaborada por algunos asesores de Alfonsín. Con ese criterio hicieron una lectura sesgada de los años previos a la dictadura, sindicando a los grupos guerrilleros como la causa principal del golpe de Estado, sin tener en cuenta los efectos sociales de tantos años de proscripciones y violencia impuesta por los sectores hegemónicos, que motivó la opción armada en las nuevas generaciones que veían frustrada toda chance de participación política. El reproche de los jueces hacia los militares se centró en que no se hayan apegado al régimen jurídico que ellos mismos se habían dado, que hayan recurrido a órdenes clandestinas y secretas, cuando en realidad podrían haber aplicado las normas vigentes juzgando y condenando, aún a muerte, a los opositores. Ni siquiera condenaron

enérgicamente la interrupción del orden constitucional y la concentración del poder público que los comandantes lograron a partir del 24 de marzo, sólo lo calificaron de “innecesario”, debido a la proximidad de la elecciones y a todas las medidas que ya habían tomado el gobierno constitucional que les permitía neutralizar el accionar de los grupos subversivos³⁴.

Lo cierto es que los comandantes no buscaban llegar al gobierno para detener y juzgar guerrilleros, que a esa altura de la represión ya casi no existían. Lo que querían era tomar el poder para imponer un modelo político y económico contrario a la democracia y a la justicia social, y para ello decidieron exterminar, al margen de todo orden jurídico, cualquier acción y hasta cualquier pensamiento contrario a las ideas mesiánicas que los guiaban. En tal sentido, resultan elocuentes las palabras del entonces Gobernador de facto de la Provincia de Buenos Aires cuando dijo:

Primero mataremos a todos los subversivos, luego mataremos a sus colaboradores, después... a sus simpatizantes, enseguida... a aquellos que permanecen indiferentes, y finalmente mataremos a los tímidos³⁵.

Las cifras del juicio confirmaron este funesto anuncio, ya que la mayoría de las víctimas ni siquiera se encontraban armadas cuando las fuerzas conjuntas invadieron sus casas en medio de la noche. En la abrumadora mayoría de los casos sólo se trataba de jóvenes comprometidos con causas sociales más que políticas, eran aquellos que mantenían la ilusión de que una sociedad más solidaria y más equitativa aún era posible³⁶.

34 En la página 76 de los fundamentos de la sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985, se puede leer que “durante 1975 las bandas subversivas fueron derrotadas en todas las acciones de envergadura emprendida, y si bien su accionar no había sido aniquilado, las operaciones militares y de seguridad iniciadas habían comenzado a lograr los objetivos fijados” (Ciancaglino y Granovsky, 1995, 265).

35 Declaraciones General Ibérico Saint Jean publicadas en el *International Herald Tribune*. París, 26 de mayo de 1977 (Frank, 1980, 308).

36 *Diario El Sol*. Frías, Alejandro *Diario*. 24 de marzo. *El peso de nuestra historia*.

Los propios personeros del régimen terminaron reconociendo, años más tarde, que hacer lo que hicieron de un modo “oficial” hubiera contado con el rechazo de la mayoría del pueblo argentino y de la comunidad internacional. Así lo dice Jorge Rafael Videla en una entrevista otorgada el 25 de agosto de 1998 y lo ha ratificado en otras concedidas durante el año 2012.

En la primera de ellas, cuando tenía asegurada la impunidad por el indulto señaló:

No, no se podía fusilar. Pongamos un número, pongamos cinco mil. La sociedad argentina no se hubiera bancado los fusilamientos: ayer dos en Buenos Aires, hoy seis en Córdoba, mañana cuatro en Rosario, y así hasta cinco mil. No había otra manera. Todos estuvimos de acuerdo en esto. Y el que no estuvo de acuerdo se fue. ¿Dar a conocer dónde están los restos? ¿Pero, qué es lo que podemos señalar? ¿En el mar, el Río de la Plata, el riachuelo? Se pensó, en su momento, dar a conocer las listas. Pero luego se planteó: si se dan por muertos, enseguida vienen las preguntas que no se pueden responder: quién mató, dónde, cómo (Seoane y Muleiro, 2001, 215).

Posteriormente, cuando ya pesan sobre él cinco condenas a prisión perpetua, insiste con el mismo argumento, y así se expresa en las dos entrevistas publicadas por la revista española Cambio 16, los días 12 de febrero y 4 de marzo de 2012: “Pongamos que eran siete mil u ocho mil las personas que debían morir para ganar la guerra; no podíamos fusilarlas. ¿Cómo íbamos a fusilar a toda esa gente?” (Angoso, 2012).

En concreto, la sentencia de la causa 13/83 sólo se ocupó de esos 281 casos paradigmáticos, pero fueron suficientes para demostrar que el grueso de las víctimas del terrorismo de Estado poco tenían que ver con la resistencia armada. Por el contrario, entre ellas se pueden ubicar a todos aquellos que no comulgaran con la ideología impuesta a sangre y fuego.

Tal como ya lo había anticipado el informe de la CONADEP, en el juicio se pudo comprobar que el 30% de los desaparecidos eran obreros, el 21% estudiantes, el 17,8% empleados, el 10,7% profesionales, el 5,7% docentes, el 2,5% conscriptos y personal subalterno de las fuerzas armadas o de seguridad, el 3,8% trabajadores autónomos, el 5% amas de casa, el 1,6% periodistas y el 1,3% actores y artistas y el 0,3 % religiosos. Además, quedó demostrado que el 62% de los secuestros eran nocturnos y la mayoría de ellos se llevaban a cabo en el domicilio de las víctimas, las que se encontraban desarmadas y que, cuando se allanaba una casa, habitualmente los funcionarios intervinientes no sólo se llevaban a los ocupantes sino que se robaban todo lo que había en el interior de la vivienda.

Se calcula que, como saldo de esos años, cerca de 10.000 personas permanecen “desaparecidas”, otras 100.000 fueron víctimas de torturas y tratos crueles, más de 700 niños fueron secuestrados junto con sus padres o nacieron durante el cautiverio de las madres y unas 100.000 personas sufrieron el exilio³⁷.

Pero las consecuencias dañinas del “Proceso” no sólo se cuentan en vidas humanas, sino que todo este macabro plan de “disciplinamiento” de la sociedad argentina estaba orientado a retrotraernos al esquema económico de finales del siglo XIX, generando la destrucción de la industria y la pérdida de todas las conquistas que en materia de derechos económicos y sociales habían logrado el sector asalariado. El PBI *per cápita* cayó un

37 Entre las víctimas más notorias del terrorismo de Estado podemos encontrar dirigentes políticos nacionales y extranjeros, como los legisladores argentinos Hipólito Solaris Irigoyen y Jaime Drí, los parlamentarios uruguayos Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, el ex presidente de Bolivia, Juan José Torres. Líderes sindicales, referentes sociales y religiosos como el Secretario General del Sindicato de Luz y Fuerza, Oscar Smiths, la Presidenta de Madres de Plaza, Azucena Villaflor de Vicente, las monjas francesas, Alice Domon y Léonie Dusquet. Reconocidos docentes, como el Rector de la Universidad de San Luis, como Mauricio Amilcar López, o los siete estudiantes secundarios (de entre 14 y 18 años) secuestrados en La Plata el 16 de setiembre de 1976 por reclamar un boleto escolar con precio preferencial.

15%, el PBI industrial el 25%, el salario real cayó un 40% y la participación del sector asalariado en el PBI pasó del 45 al 11% (Navaro y Palermo, 2003, 542).

De las barbaridades que se hicieron en Mendoza, el juicio a las juntas también tuvo una muestra. Uno de los casos más paradigmáticos fue el secuestro de Victorio Cerutti y su yerno, Omar Raúl Masera Pincolini, perpetrado en Chacras de Coria, por personas que vestían uniforme militar, el 11 de enero de 1977. Días más tarde fueron secuestrados, el abogado Conrado Higinio Gómez y Horacio Mario Palma. Todas estas personas eran parte del directorio de “Cerro Largo S.A.” y se los vio por última vez en la Escuela de Mecánica de la Armada, donde fueron obligados a firmar la documentación para transferir el paquete accionario de la empresa a una sociedad inexistente denominada “Will-Ri S.A.”. Mediante esta maniobra, oficiales de la Armada que respondían al almirante Emilio Massera se apropiaron, entre otras cosas, de los terrenos donde se asienta el barrio que lleva ese nombre³⁸.

El otro caso que se ventiló en la Causa 13 fue la detención ilegal y posteriores tormentos a los que fue sometido el abogado Ángel Bustelo, cuyos responsables locales fueron juzgados recientemente en Mendoza. Ambos casos son recordados como paradigmáticos por los jueces del juicio (Eliashev, 2011, 125, 128 y 231).

El juicio a los comandantes llegó a su fin con la lectura de la sentencia en una sala repleta de familiares de las víctimas, periodistas y corresponsales de todo el mundo. Las penas de prisión perpetua sólo fueron para Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera. Entre 17 y 4 años de prisión recibieron Roberto Viola, Armando Lambruschini y Orlando Ramón Agosti, mientras que los otros cuatro comandantes fueron absueltos.

Luego de este juicio sin precedentes en la historia de la humanidad, se abrió la posibilidad cierta de que los tribunales avanzaran sobre los mandos inferiores. La respuesta judicial sobre el terrorismo de Estado había dejado de ser una promesa de campaña para convertirse en algo concreto que recibía el respaldo mayoritario de los argentinos y de la

38 Equipo Nizkor, <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/casos/caso170.html>.

comunidad internacional. Se abría un nuevo capítulo sobre la delimitación de responsabilidad que generaría nuevos planteamientos de algunos sectores de las Fuerzas Armadas.

Ante la resistencia que había generado el proyecto de ley de “obediencia debida” en 1985, el Poder Ejecutivo intentó persuadir nuevamente a los jueces federales para que acotaran su actuación. El juez Jorge Torlasco admitió recientemente que, luego del juicio a los comandantes, en una cena en la que participaron casi todos los miembros de la Cámara Federal, el Presidente Alfonsín preocupado por la inestabilidad de su gobierno, les dijo textualmente: “señores, yo necesito tener alguna forma de acotar esto, y que no sigamos veinte años investigando, procesando y poniendo presos a tenientes, que esto se termine” (Eliashev, 2011, 171).

En nuestro medio, el Juez Juan Antonio González Macías de la Cámara Federal de Mendoza también reconoció que recibió pedidos del Poder Ejecutivo Nacional para que dejara sin efecto la orden de detención contra el general Carlos Esteban Plá, uno de los máximos responsable de la represión en San Luis.

Pero, en ningún caso las gestiones políticas lograron intimidar a los jueces, por tanto el Poder Ejecutivo optó por instruir al Fiscal General ante el CONSUFA para que acumulara las causas por “Cuerpo de Ejército o equivalente en las otras fuerzas” y que sólo se acusara a los subordinados cuando hubiesen “ejercido capacidad decisoria”, “conocido la ilicitud de las órdenes” o “ejecutado hechos atroces o aberrantes”. Con esta maniobra, el contenido de cada uno de estos condicionantes de responsabilidad no quedaría librado a la objetiva interpretación de jueces independientes sino al análisis que pudieran hacer los miembros del CONSUFA. Se esperaba que éstos, no sólo por convicción sino también por subordinación, defendieran la idea original del Presidente Alfonsín para garantizar la impunidad de la mayoría de los responsables del terrorismo de Estado³⁹.

Las instrucciones a los fiscales y las presiones a los jueces provocaron una nueva crisis política cuando Torlasco, a poco de condenar a los

39 Las mentadas “Instrucciones a los fiscales” fueron comunicadas por el Ministro Germán López el 24 de abril de 1996.

comandantes, hizo público su desacuerdo y presentó su renuncia, ello generó nuevas movilizaciones en las que participaron distintos cuadros políticos, incluso del propio radicalismo. Con el correr de los días, las aguas se calmaron momentáneamente y la Cámara Federal logró realizar dos nuevos juicios, condenando a los Generales Ramón Camps, Pablo Richieri y al Comisario Miguel Etchecolatz con penas que llegaban hasta los 25 años de prisión, entre otros responsables de la represión ilegal.

6. Los alcances de una sentencia histórica

Además de su significación histórico-política para nuestra vida institucional, el mayor aporte que el tribunal hizo, desde el punto de vista jurídico, fue acoger la novedosa propuesta del fiscal Strassera para determinar la responsabilidad de los comandantes. Esa interesante interpretación, conocida como “teoría del dominio del hecho por medio de un aparato organizado de poder”, tomó como base la exposición que en 1963 hizo el Profesor Claus Roxin, para obtener su habilitación como catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Hamburgo⁴⁰.

Como dato curioso, vale la pena destacar que la motivación que tuvo Roxin para elegir el tema fue el juicio que en 1961 se siguió a Adolf Eichman en Jerusalén. Este alto oficial de las SS fue secuestrado en Argentina por el Mossad cuando una delegación del Estado de Israel se encontraba de visita oficial en Buenos Aires para participar del 150° aniversario de la Revolución de Mayo. Había sido director del Departamento Central para la Emigración Judía del nazismo, cuya función principal consistía en localizar a las personas de esa etnia en Alemania o en los países ocupados, para luego trasladarlos hasta los campos de exterminio.

Al profesor Roxin no le cerraba la idea que los oficiales intermedios del régimen nazi fueran responsabilizados como simples cómplices y no como autores del holocausto, cuando en realidad habían sido una pieza

40 Ese trabajo varias veces revisado y aumentado, se encuentra publicado en español bajo el título *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 1988. Barcelona: Marcial Pons.

fundamental en el proceso ejecutivo. Frente a casos como éste, propuso una ampliación del concepto de “autoría mediata”, que había desarrollado su maestro en 1939⁴¹ para aquellos casos en que el *dominio del hecho* estuviera dado por el control de un “aparato organizado de poder”. Con esta nueva elaboración dogmática, tanto el que da la orden como el que la ejecuta, son autores de un delito y sus responsabilidades no se excluyen entre sí. Por el contrario, cuanta más alta sea la posición jerárquica en la organización, mayor será el grado de responsabilidad del que da la orden. Tan buena recepción tuvo este novedoso criterio para imputar la responsabilidad penal que fue adoptado por el artículo 28 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado en 1998 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El abordaje que realizaron los jueces sobre las desapariciones forzadas de personas ha sido uno de los puntos más polémico de la sentencia, porque la Cámara Federal de Apelaciones sólo tuvo por probados 73 casos de desapariciones forzadas, apenas el 10% de los casos llevados a juicio y menos del 1% de los casos registrados por la CONADEP. Se ha intentado justificar esta decisión en las dificultades probatorias derivadas del poder absoluto con que contaron sus ejecutores y de la inexistencia de una figura legal específica que tipificara estas conductas. Pero las excusas no resultan convincentes, porque la identificación de los autores surge claramente del organigrama de cada fuerza comprometida con estos crímenes. Además,

41 Hans Welzel, en sus *Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal* en 1939, realiza una propuesta verdaderamente novedosa cuando postula que sólo puede ser autor quien tiene el *dominio del hecho*, un concepto que contiene componentes objetivos y subjetivos destinados a superar las falencias de las teorías que le precedieron, que no podían explicar situaciones de “autoría mediata”, es decir, de quien no ejecuta personalmente el hecho sino a través de un tercero que actúa como “instrumento”. Pero hasta la ampliación que propone Roxin, la calidad de autor mediato sólo era aceptable cuando el dominio del hecho se daba porque el “instrumento” actuaba por error (dominio del hecho por dominio de la acción), o bajo coacción (dominio del hecho por dominio de la voluntad). Es decir, en aquellos casos en que el “instrumento” no es responsable porque no realiza un injusto penal.

porque si bien es cierto que la desaparición forzada de personas constituye un fenómeno complejo, la legislación penal argentina vigente al momento de los hechos, ya tipificaba las distintas etapas que configuran esta práctica represiva, la que normalmente se inicia con la privación ilegal o arbitraria de la libertad y continua con la detención en condiciones inhumanas, la aplicación de torturas, las ejecuciones sumarias, el ocultamiento del cadáver y la negativa a proporcionar cualquier información sobre su destino. Aún así, en estos casos se resolvió juzgar sólo la etapa inicial de esa secuencia, es decir, el secuestro, dejando impune la etapa más grave como son los tormentos y el homicidio. Por ello, la mayoría de las desapariciones forzadas que ordenaron los comandantes quedaron impunes o fueron juzgadas como delitos menores, como es la privación ilegítima de libertad.

Bien se ha señalado que, tanto los fiscales al formular acusación como los jueces al dictar sentencia, partieron de la idea que la muerte de la víctima no puede tenerse por acreditada si no se cuenta con el cadáver, lo que configura un premio inaceptable para los autores de estos crímenes tremendos que además de secuestrar, torturar y asesinar a sus víctimas ocultan el cuerpo o la sustraen de todo control judicial de esa detención. Lo cierto es que no existía ningún impedimento procesal para aplicar las reglas normales en materia de prueba de indicio, y después de un tiempo razonable dar por acreditada la muerte de la víctima, tal como lo contempla la legislación común (Sancinetti, 1988, 41)⁴².

42 Bien ha señalado este autor que el artículo 108 del Código Civil dice textualmente:

“A falta de los referidos documentos, las pruebas del fallecimiento de las personas podrán ser suplidas por otros en los cuales conste el fallecimiento, o por declaraciones de testigos que sobre él depongan. En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver”. Esta disposición, agregada por la ley 14.394 (B.O. 30/12/1954), tiene un evidente alcance procesal y como tal puede hacerse extensiva al proceso penal donde actualmente rigen los principios de la sana crítica racional, que a diferencia del antiguo régimen

Pero los comandantes de la dictadura argentina no sólo fueron condenados por una pequeña muestra de tan inconmensurable matanza, sino que la mayoría de ellos recibieron penas sumamente desproporcionadas con la gravedad y la extensión de los crímenes que se los imputaban. Tan es así que, 25 años después de la sentencia, los mismos jueces reconocieron que “se quedaron cortos” con algunas de las sanciones, en especial con las que impusieron a Viola, Lambruschini y Agosti (Eliashev, 2011, 132, 235, 275, 399 y 277).

Como puede apreciarse, el importante esfuerzo dogmático que se realizó para atribuir la responsabilidad de los comandantes mediante la teoría del *dominio del hecho mediante aparato organizado de poder* aparece deslucido por la escasa voluntad de hacer lo mismo a nivel procesal para juzgar las desapariciones forzadas de personas, calificarlas y sancionarlas de acuerdo a la extensión y gravedad del fenómeno.

La sentencia también tiene otras contradicciones ya que, por un lado, pretendió cerrar la alternativa de declarar responsables a los comandantes en nuevos casos disponiendo una genérica absolución de los delitos que no fueron incluidos en el alegato del fiscal⁴³, mientras que por el otro, a partir de ella se abrió la posibilidad cierta de continuar con el juzgamiento de los mandos intermedios y subalternos (Eliashev, 2011, 50 y Jaunarena, 2011, 135-136 y 153)⁴⁴.

de la *prueba reglada* no exige la existencia del llamado *cuerpo del delito*.

43 No deja de llamar la atención las distintas miradas que sobre el alcance de la Sentencia del juicio a los comandantes y la posibilidad de continuar o no con el juzgamiento de los mandos intermedios y subalternos tienen hoy dos de los principales protagonistas de esta etapa: Carlos Arslanian y Horacio Jaunarena. Esta situación recién fue aclarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia del 21/08/2003, Fallos: 326:2805, cuando rechazó la excepción por falta de acción interpuesta por la defensa de Videla en el proceso que lo tuvo imputado por el plan sistemático de sustracción de menores y supresión de identidad (CSJN, 2009, 82-93).

44 En efecto, el punto 30 de la Sentencia, dictada el 9 de diciembre de 1985, dice textualmente: “Los graves hechos delictivos que han sido el objeto de este juicio –en cuanto a la responsabilidad que en ellos les cupo a los ex comandantes en

No obstante las observaciones antes apuntadas, nadie podrá quitar el gran mérito jurídico que posee esta histórica sentencia; porque por primera vez se aplicaba fuera de Alemania la teoría de Roxin que permitiría atribuir la máxima responsabilidad a las autoridades que se encontraban más arriba en la estructura organizada de poder, criterio que se ha visto replicado en la sentencia del Superior Tribunal Alemán que condenó a *los tiradores del muro*, del 26 de julio de 1993, en la sentencia del tribunal chilenos que condenó al General Manuel Contreras, en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia contra Milósevich, en la sentencia dictada el 7 de abril de 2009 por la Sala Penal de la Corte Suprema de la República del Perú condenando a Fujimori y en los nuevos juicios que se reiniciaron en nuestro país a partir del 2003.

7. Garantía de impunidad para mandos intermedios y subordinados: leyes de “obediencia debida” y de “punto final”

Luego del juicio a las juntas, el gobierno de Alfonsín volvió a intentar una salida parlamentaria para aplacar el ánimo de los cuarteles. Es así que se puso a trabajar en un proyecto que pusiera un límite a la pretensión punitiva, para de ese modo acotar los juicios por venir, no sólo en su duración sino también en el número de implicados. La denominada ley de

jefe- fueron cometidos, según se ha probado, en virtud de las órdenes por ellos impartidas. El juzgamiento de los oficiales superiores que las ejecutaron no ha sido materia de esta causa. En cumplimiento del deber legal de denuncias (arts. 387 del Código de Justicia Militar y 164 del Código de Procedimientos en Materia Penal), el tribunal entiende que corresponde se investigue la responsabilidad de quienes, subordinados a los comandantes y desde sus cargos de comando, pusieron en ejecución aquellas órdenes. Así, se ha de poner en conocimiento del órgano competente (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, art. 10 de la Ley 23049) el contenido de esta sentencia y cuantas piezas de la causa sean pertinentes, a los efectos del juzgamiento de los oficiales superiores que ocuparon los Comandos de zonas y subzonas de Defensa durante la lucha contra la subversión y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones”.

“punto final” fue, finalmente, aprobada horas antes de la nochebuena de 1986 y fijó un plazo de 60 días para que los tribunales citaran a indagatoria a los presuntos responsables, y de no hacerlo en dicho término perderían definitivamente esa chance⁴⁵.

Pero lo cierto es que la norma tuvo el efecto diametralmente opuesto al esperado, ya que los jueces no estaban dispuestos a pagar el costo político de la impunidad, y lejos de suspender sus actividades por la tradicional feria estival, incrementaron su dinámica para lograr la mayor cantidad de citaciones en el menor tiempo posible. Seis meses más tarde, el número de oficiales procesados superaba los 400, la mayoría de ellos en plena actividad y, por ende, más peligrosos que los propios comandantes. El último ministro de Defensa de Alfonsín y principal ideólogo de esta norma reconoce que la misma tuvo un efecto bumerán (Jaunarena, 2011, 154-155)⁴⁶.

En Mendoza, la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones había comisionado al Juez Juan Antonio González Macías, para que se hiciera cargo de la investigación de estos crímenes en la región de Cuyo, quien ya en 1983 como Juez Federal de San Juan había declarado la *inaplicabilidad* de la “ley” de autoamnistía promulgada por los militares en retirada. Durante los años 1984 a 1987, el entonces camarista investigó la desaparición forzada de Antonio Cerutti y su yerno Omar Raúl Masera Pincolini (caso Will-Ri), ocurrida en Mendoza, y el asesinato de Graciela Fiochetti y Sandro Santana Alcaraz en la provincia de San Luis, entre otros casos relevantes. El

45 Esta primera ley en favor de la impunidad lleva el N° 23.492, siendo sancionada el 23/12/1986, promulgada el 24/12/86 y publicada en el Boletín oficial el 29/12/86.

46 Así lo dice Jaunarena: “la ley pecaba de cierta ingenuidad al no contemplar que, en general, el Poder Judicial es muy sensible al estado de ánimo que prevalece en la sociedad y el estado de situación del gobierno de turno, y así como en plena época del “Proceso” era muy difícil para los damnificados que se hiciera lugar con alguna posibilidad de éxito la tramitación de un recurso de hábeas corpus, ahora en plena democracia nadie quería aparecer sospechado de proteger a ningún denunciado con motivo de la represión [...]. La llamada ley de punto final era un fracaso absoluto y había producido los efectos exactamente inversos a los esperados”.

requerimiento para hacer comparecer al Teniente Coronel Carlos Esteban Plá por el homicidio de Fiochetti ante los tribunales de Mendoza encendió la alarma de la rebelión militar cuando Plá se atrincheró en su despacho del Estado Mayor del Ejército. Sus colegas de la Sala A, los Jueces Martín Mafesini y Guillermo Petra Recabarren, no lo acompañaron y, cediendo a las presiones del ejecutivo, decidieron apartar a González Macías de la investigación, garantizando así que la mayoría de los responsables no fueran indagados (Verbitsky, 2006, 165–170).

En este contexto, se dio el primer levantamiento militar contra las autoridades democráticas conocido como “Semana Santa”, ya que se desarrolló entre el miércoles 15 y domingo 19 de abril de 1987 y concluyó con un discurso presidencial desde el balcón de la Casa Rosada, donde Alfonsín pronunció la famosa frase “Felices Pascuas... la casa está en orden”.

En el libro de reciente publicación que venimos citando, Jaunarena dedica gran esfuerzo para demostrar que nunca existió un pacto con el grupo de insurrectos que la gente bautizó “carapintadas”. El argumento es que, luego de que el grupo de militares se rindió, desplegó una operación de inteligencia destinada a engañar a la ciudadanía para aparecer como los vencedores de ese episodio. Para sostener esta tesis el funcionario radical reconoce que la estrategia del Presidente Alfonsín para abordar los crímenes del pasado sólo llegaba hasta los Comandantes y nunca estuvo en sus planes el “juicio y castigo a todos los culpables”.

La verdad parece estar a mitad de camino, porque si bien existen evidencias claras de que la intención de Alfonsín nunca fue otra que concentrar la responsabilidad penal sólo sobre los comandantes, también es cierto que los 5 puntos que los “carapintadas” le plantearon al gobierno como síntesis de sus exigencias fueron cumplidos en su totalidad durante los meses posteriores a Semana Santa. La aprobación del proyecto de ley de “obediencia debida”, fue sólo una de las medidas que reclamaron y lograron los rebeldes, porque el propio Jaunarena dice claramente que, cuando se reunieron en la Escuela de Infantería de Campo de Mayo, el Teniente Coronel Aldo Rico le plateó también los siguientes puntos: 1) pase a retiro del Jefe del Ejército, General Ríos Ereñú, y su remplazo por un General afín a los rebeldes; 2) solución política para la revisión de

lo actuado durante la llamada lucha contra la subversión; 3) cese de la campaña de desprestigio de las FFAA en los medios de comunicación; 4) pasar por alto los incidentes y no aplicar sanciones a los involucrados; 5) aumento de presupuesto destinados a las FFAA amotinadas.

Y aunque el ex funcionario de Alfonsín niega la existencia de un pacto, lo cierto es que los rebeldes se salieron con la suya. Vemos si no: casi inmediatamente, Ríos Ereñú pasó a retiro y fue remplazado por el General Caridi, como segundo jefe se nombró a Fausto González, un General que contaba con el respaldo de los “carapintada”. El Presidente desempolvó el proyecto de ley de obediencia debida que estuvo “cajoneado” durante casi dos años y a sólo 45 días del episodio fue convertido en ley, lo que hizo cesar las citaciones a los mandos intermedios⁴⁷. El gobierno y el nuevo jefe del ejército comenzaron a desplegar un discurso tendiente a justificar la actuación de las FFAA durante la dictadura. El juez Daniel Piotti y los otros jueces Federales, que habían intervenido durante la rebelión carapintada, fueron complacientes con el gobierno y declinaron la competencia girando las actuaciones a los jueces militares que nuevamente serían sumamente piadosos con sus camaradas. Por último, el Ministro de Defensa intensificó sus esfuerzos en conseguir mayores partidas presupuestarias para las FFAA (Jaunarena, 2011, 157–206).

Cualquiera sea la verdad de lo sucedido en esos aciagos días de la Semana Santa de 1987, parece claro que la mezquindad sectorial se imponía nuevamente sobre la estrategia de Alfonsín, y los cuadros intermedios del ejército comandados por el Coronel Aldo Rico le ganaron de mano a un Presidente que quería ayudarlos a quedar impunes. Los “carapintadas” mostraban como propia la victoria de una batalla que tenía ganada antes de librarla. Más allá de la trama secreta que se tejió tras bambalinas, se trata de un episodio que quedaría grabado en la memoria de todos los argentinos como una verdadera claudicación de la democracia recuperada frente al autoritarismo armado y su fruto más venenoso sería la aprobación de la ley de “obediencia debida”, merced a la cual por más de veinte años

47 La ley de “obediencia debida” fue aprobada el 04/06/87, promulgada el 08/06/87 y publicada en el Boletín Oficial el 09/06/87 bajo el número 23.521.

se garantizó la impunidad de los principales ejecutores del plan criminal pergeñado por los comandantes.

Más allá de ello, hoy está fuera de discusión que Raúl Alfonsín fue el candidato a presidente que mejor supo interpretar la demanda social en este tema y que, si las elecciones del 83 las hubiese ganado el candidato del Partido Justicialista, lo más probable es que se hubiera convalidado la “autoamnistía” y ninguno de los genocidas hubiese sido juzgado. Pero no es menos cierto que, tal como lo reconoce Jaunarena, el vencedor de esa contienda electoral nunca buscó juzgar a todos los responsables. No obstante, Alfonsín se valió del reclamo mayoritario de “hacer justicia con el pasado” para lograr otro igualmente fundamental, como fue reestablecer el imperio de la ley y erradicar para siempre del inconciente colectivo la idea de que los militares pudieran ser una opción válida cuando la democracia no cumplía con las expectativas de algunos sectores sociales. Ricardo Gil Lavedra quien, como se dijo, luego de juzgar a los comandantes se convirtió en un encumbrado dirigente del radicalismo, reconoce expresamente que

la propuesta política a la sociedad era: mucha verdad y poca justicia, o una justicia limitada. En realidad (Alfonsín) no había pensado nunca en perseguir a todos y cada uno de los que cometieron delitos. Incluso lo dijo después muy claramente en alguno de sus libros, creo que en Memoria política (Eliashev, 2011, 217).

Bien se ha dicho que cuando se prioriza una estrategia preventiva se corre el riesgo de debilitar la función reparadora que debe cumplir la justicia (Vezzetti, 2002, 25). Esta sería una de las mayores deudas del gobierno de Alfonsín, pero su objetivo fundamental de prevenir golpes de Estado para el futuro quedó garantizado y los últimos 30 años de democracia ininterrumpida son la mejor evidencia de ello. Por otro lado, los dos Presidentes que le sucedieron sólo continuaron afianzando la impunidad desandando todo aquello que se había logrado.

8. La decisión de Menem de volver a “fojas cero” con los indultos

Alfonsín debió abandonar el gobierno varios meses antes de terminar su mandato, acuciado por la hiperinflación y los conflictos sociales, pero fundamentalmente porque perdió el respaldo de quienes lo apoyaron masivamente cuando llegó a la presidencia a finales de 1983. Ese espacio fue aprovechado por los antiguos aliados de los militares golpistas, y la nueva administración comandada por Carlos Menem dio un nuevo giro de timón en la política sobre verdad y justicia sobre las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante la última dictadura. Para ello, no sólo logró la renuncia de dos miembros de la Corte Suprema sino que además amplió el número de sus integrantes a once y reemplazó a Andrés D'Alessio como Procurador General de la Nación. Montar un nuevo escenario no sólo le era imprescindible para desandar el camino recorrido por Alfonsín, sino también para vender a precio vil los activos estatales acumulados por varias generaciones y esquivar las denuncias por corrupción que luego acuciarían al nuevo gobierno.

El Presidente Menem pretendió cerrar el pasado invitando al olvido con el mismo argumento que esgrimieron los militares al dejar el poder, es decir, que por esa vía se lograría la reconciliación definitiva de todos los argentinos. Mediante los decretos de indulto favoreció a la mayoría de los militares vinculados con el terrorismo de Estado, no sólo a los pocos condenados durante el gobierno anterior, sino también a todos aquellos que aún se encontraban bajo proceso y que no hubieran sido alcanzados por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”. Pero, además, “perdonó” a quienes habían puesto seriamente en crisis la continuidad de las instituciones democráticas durante los episodios de “Semana Santa” y sus réplicas de “Monte Caseros” y “Villa Martelli”.

Sin ninguna explicación, también incluyó a personas vinculadas con delitos comunes, como fue el caso de uno de los condenados por la justicia federal de Mendoza en la causa “Greco”. En total fueron 11 decretos, dictados en dos tandas, que beneficiaron a unas 1.200 personas⁴⁸.

48 Diario Clarín, *Los indultados por Menem fueron cerca de 1.200*. Buenos Aires, sábado

Los que interesan al objeto de este trabajo son los 4 primeros de 1989 y otros 7 de 1990. El primero se encuentra identificado con el N° 1.002/89, del 7 de octubre de 1989, abarcó a los responsables del Primer Cuerpo del Ejército: Guillermo Suárez Mason, Juan Sasiaiñ, José Montes, Andrés Ferraro y Ramón Genaro Díaz Bessone, entre otros. El decreto N° 1.003/89 fue mucho más amplio, ya que benefició desde a algunos represores uruguayos como José Nino Gavazzo y Jorge Silveira, los jefes montoneros Mario Firmenich y Rodolfo Galimberti, hasta personas que habían estado desaparecidas, como Graciela Daleo quien se negó a recibir el perdón presidencial. Mediante el decreto N° 1.004/89 se indultó a los responsables de los levantamientos de Semana Santa y Monte Caseros en 1987, y Villa Martelli en 1988, lo que evitó el juzgamiento de Aldo Rico y el resto de los “carapintadas”. El decreto N° 1005/89 sirvió para salvar de la cárcel a los responsables del desastre de Malvinas: Leopoldo Galtieri, Jorge Anaya y Basilio Lami Dozo.

En ese momento Menem negó que los indultos se extendieran a los máximos jefes de la dictadura, pero el último día hábil de 1990, anunciando que se trataba de la “última contribución al proceso de pacificación”, firmó tres decretos más: por medio del n° N° 2.741/90 perdonó a Jorge Videla, Emilio Massera y los otros condenados en la histórica causa 13. Con el mismo argumento, Firmenich fue indultado mediante el decreto N° 2.742/90 por el secuestro de los hermanos Juan y Jorge Born. Los decretos N° 2.743 al 2.746/90 tuvieron por destinatarios a varios procesados, como los dirigentes peronistas Norma Kennedy y Duilio Brunello. También el ex Ministro de Economía, José Martínez de Hoz, fue indultado por el secuestro de Federico y Miguel Gutheim, y Carlos Suárez Mason, por una causa que había quedado afuera de su indulto anterior.

La Corte Suprema, con la conformación diseñada por el menemismo, reconoció validez constitucional de los indultos, con la disidencia de Belluscio y Levene; pero sólo respecto a que esa facultad presidencial pudiera beneficiar a personas procesadas⁴⁹.

25 de marzo de 2006. <http://edant.clarin.com/diario/2006/03/25/elpais/p-00402.htm>.
49 CSJN, Fallos 315:2421, *Caso Martinelli-Oliva* (Aquino s/ denuncia p/ inconstitucio-

Parecía que lo único que se esperaba del sucesor de Alfonsín era que remontara la crisis económica que se había desatado en los últimos meses de su mandato, y que aquel reclamo mayoritario por el juzgamiento de los crímenes de la dictadura había pasado a un plano secundario.

Cuando se inició la década del 90 el panorama parecía desolador, porque las leyes de impunidad promovidas por el gobierno de Alfonsín habían beneficiado a los estamentos intermedios y directos ejecutores del plan de exterminio, y los indultos de Menem dejaron sin efecto las pocas condenas que se habían dictado y favorecido a quienes se encontraban bajo proceso. Todo ello con el respaldo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró, por mayoría, la validez constitucional de la ley de “obediencia debida” en 1987 en la causa “Camps”⁵⁰ y, en 1988, hizo lo mismo con la ley de “punto final” en la causa “Jofré”⁵¹.

Pero el olvido no se impone por decreto y el perdón no es posible si

nalidad del Decreto 1002/89), Sentencia del 14/10/1992.

50 Votaron a favor de la validez de la norma, aunque no todos con los mismos argumentos, los jueces Belluscio, Fayt y Petracchi, con la única disidencia de Baqué, quien entendió que resultaba una injerencia inadmisibles del Congreso en las funciones del Poder Judicial y sostuvo que aún cuando se interpretase como una amnistía, este tipo de leyes no pueden favorecer a los autores de delitos atroces o aberrantes, ya que cuando la Constitución decidió abolir para siempre *todo tipo de tormentos* reflejaba una convicción ética fundamental de toda la comunidad organizada que no puede admitir la impunidad de los actos de tortura. CSJN, Fallos 310:1162, *Causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del PEN en la causa*, Sentencia del 22/06/87. A partir de allí se siguió e mismo criterio en múltiples oportunidades posteriores. Fallos: 311:401; 311:600; 311:715; 311:728; 311:734; 311:739; 311:816; 311:840; 311:890; 311:899; 311:1042; 311:1085; 312:111.

51 CSJN, Fallos 311:080, *Jofré, Julia. Formula denuncia. Incidente de sobreseimiento por extinción de la acción penal*, Sentencia del 11/02/1988. Luego se falló en el mismo sentido en Fallos: *Causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del PEN en la causa*, Sentencia del 22/06/87. A partir de allí se siguió el mismo criterio en la causa *Suarez Mason*, Fallos: 311:1042, Sentencia del 21/06/1988; *Menéndez*, Fallos: 311:1095, Sentencia del 23/06/88; entre otros.

no proviene de una decisión libre de la víctima precedido por un sincero arrepentimiento del victimario. Es así que, esta normativa no pudo imponer el fin de la historia, por el contrario, grandes sectores de la sociedad argentina que no estaban dispuestos a sumir en el olvido los crímenes de la dictadura continuaron acompañando a las víctimas de la represión que seguían investigando y denunciando la magnitud y la crueldad de lo sucedido. Con ello lograron mantener viva la demanda de una justicia completa como única manera de cerrar las heridas que dejó el terrorismo de Estado. Tanto es así que, cada vez que se realizó una encuesta sobre el tema, entre el 60 y el 80% de los consultados se pronunciaron contra la impunidad y a favor de la justicia (Andreozzi, 2011, 37).

9. Nuevas estrategias ante órganos internacionales, tribunales locales y extranjeros para pulsar contra la impunidad

Todos los caminos que condujeran al *juicio y castigo a todos los culpables* estaban formalmente cerrados; pero así todo, el movimiento de derechos humanos siguió trabajando en nuevas estrategias jurídicas y políticas para alcanzar lo que parecía un imposible.

Entre las primeras se buscó más y mejores pruebas para poder mantener la acusación por aquellos delitos que, como la apropiación de niños y la rapiña de bienes, habían quedado fuera de las leyes de impunidad. Durante el juicio a las juntas se había puesto en discusión sólo dos casos de apropiación de niños y supresión de identidad, pero los familiares de las víctimas sabían que se trataba de una práctica extendida, de una de las partes más dramáticas del plan sistemático de represión. La estrategia de los organismos de derechos humanos se concentró, entonces, en dar impulso a las investigaciones sobre este tipo de delitos. De allí el rol protagónico de la asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que con inmenso esfuerzo logró reunir nueva información acerca de unos 500 niños que fueron secuestrados juntos con sus padres o nacieron en cautiverio. En distintas causas se pudo demostrar que, en varios centros clandestinos de detención como la ESMA y Campo de Mayo, existieron lugares acondicionados como “maternidades”, donde eran trasladadas las detenidas y

que muchas de ellas fueron mantenidas con vida hasta dar a luz y luego ejecutadas (Asociación de Derechos Civiles, 2005, 273-275).

Producto de esa lucha no sólo se ha logrado la recuperación de los nietos apropiados, sino también la identificación de los responsables de ese despojo para llevarlos a juicio. Así fue que Jorge Rafael Videla resultó nuevamente detenido el 9 de junio de 1998 y, posteriormente, condenado junto a otros 6 represores del ejército y la armada, como responsable de un “plan sistemático de apropiación de niños”⁵². Hoy más de 100 “chicos” apropiados dejaron de vivir en la mentira y han podido recuperar su verdadera identidad, muchos de ellos se han incorporado a la militancia política haciendo honor a sus “viejos”.

Recordemos que en Mendoza, la primera nieta recuperada fue la hija del matrimonio Terrera Manrique y que, en San Juan, el primer juicio por delitos de lesa humanidad fue contra los responsables de la apropiación de Jorge Guillermo Goya, hijo de Lourdes Martínez Aranda y Francisco Goya, secuestrados en Mendoza en 1979⁵³.

52 Diario Clarín, *Detienen a Videla por el robo de bebés*. Buenos Aires, 10 de junio de 1998. <http://edant.clarin.com/diario/1998/06/10/t-00201d.htm>. El juicio se desarrolló finalmente ante el TOF N° 6 de Buenos Aires y se extendió entre el 02 de marzo de 2011 y el 05 de julio de 2012. Allí fueron condenados a penas de entre 50 y 14 años de prisión: Jorge Rafael Videla, Reynaldo Bignone, Jorge Eduardo “El Tigre” Acosta, Rubén Oscar Franco, Antonio Vaňek, Santiago Omar Riveros, Jorge Azic y Jorge Luis Magnacco. Todos ellos acusados por 34 hechos de sustracción, retención, ocultación y sustitución de identidad de menores de 10 años, durante la dictadura militar. Centro de Información Judicial (CIJ). *Les a humanidad: El 5 de julio se conocerá la sentencia en el juicio por el robo de bebés*. Buenos Aires, sábado 09 de junio de 2012. <http://www.cij.gov.ar/nota-9253-Lesa-humanidad-el-5-de-julio-se-conocera-la-sentencia-en-el-juicio-por-robo-de-bebes.html>.

53 Según la información publicada en la página oficial de la organización “Abuelas de Plaza de Mayo”, el último caso de restitución de identidad es el de Laura Reinhold Siver, hija de Susana Leonor Siver y Marcelo Carlos Reinhold, nacida en el Hospital Naval en febrero de 1978. Con ella suman 105 los casos resueltos. <http://www.abuelas.org.ar>.

Al cerrarse la vía judicial local para la mayoría de estos crímenes, la nueva estrategia fue el juzgamiento en el exterior, ya sea responsabilizando al Estado argentino en tribunales internacionales, o reclamando la aplicación del principio de jurisdicción universal para juzgar a los responsables por *crímenes de lesa humanidad* ante tribunales nacionales en países extranjeros (Napoli, 2011, 70–72). Para ello resultó fundamental profundizar los reclamos ante el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos donde, como ya dijimos, la CIDH había publicado un informe fundamental en 1980 sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. Si bien, el país recién aprobó la Convención Americana en 1984 y no se puede aplicar retroactivamente, lo cierto es que la privación ilegítima de libertad que precede a toda desaparición forzada, es uno de esos delitos considerados de *ejecución permanente*, ya que se continúa perpetrando hasta que la situación de incertidumbre sobre el destino de la víctima llega a su fin. Además, la obligación de investigar esos ilícitos es un compromiso que asumen los Estados al momento de suscribir el Pacto continental. Es así que, en el Informe 28/92, la CIDH estableció que, cuando el Estado argentino dictó las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, violó el derecho a la protección judicial reconocido en los artículos 8.2 y 25.2 de la Convención Americana, incumplió el deber de investigar seriamente las graves violaciones a los derechos humanos cometidas dentro de su jurisdicción, de identificar a los responsables e imponer las sanciones pertinentes y asegurar a las víctimas una adecuada reparación, conforme a las pautas jurisprudenciales asentadas por la Corte IDH desde su primera sentencia⁵⁴.

En este pronunciamiento el órgano de la OEA también estableció que el derecho a la verdad constituye uno de los fines específicos del proceso penal y es una obligación del Estado proporcionar una respuesta a los familiares y a la sociedad sobre la suerte de sus familiares desaparecidos. Este resultó ser un precedente fundamental para que las organizaciones de

54 CIDH, Informe n° 28/922, del 02 de octubre de 1992. Argentina, Casos N° 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1992–1993). OEA/Ser.L/V/II.83. Doc. 1412 marzo 1993.

derechos humanos se presentaron como *Amicus curiae* ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional en la causa “ESMA”, solicitando que se tomaran medidas necesarias para esclarecer los hechos ocurridos durante la última dictadura militar. El tribunal hizo lugar al planteo el 20 de mayo de 1995, siendo el primer reconocimiento por parte de los tribunales argentinos del *derecho a averiguar el destino final de las personas desaparecidas*, aún cuando no se pudiera sancionar a los responsables de estos crímenes. Tres años más tarde un planteo similar llegó a la Corte Suprema en la causa “Suárez Mason”, cuando Carmen Lapacó planteó que se había violado su derecho a la verdad de conocer el modo, tiempo y lugar en que se produjo la desaparición y presunta muerte de su hija Alejandra a mano del personal del I Cuerpo de Ejército. Por mayoría, la Corte rechazó el planteo alegando que era ajeno al proceso penal, con voto en disidencia de Bossert, Petracchi, Fayt y Boggiano. La reacción de la opinión pública y un pedido de aclaratoria de la Defensoría General de la Nación determinaron que la Corte dictara una nueva resolución reconociendo tal derecho a la verdad pero desestimando la vía penal elegida por la peticionante. Dos meses más tarde, el 15 de octubre de 1998 el máximo Tribunal de la República volvió a expedirse frente al planteo de Facundo Arteaga. En ese caso, la Corte aceptó la vía del habeas data para que se diera información sobre la muerte de su hermano Benito. Finalmente, en 1999 el Estado argentino llegó a un acuerdo de solución amistosa ante la CIDH, en la causa Lapacó, a raíz del cual aceptó el derecho de las víctimas a conocer la verdad y la necesidad de agotar los medios para obtener información sobre el destino de las personas desaparecidas. A partir de allí, las cámaras federales del interior se vieron compelidas a proceder de igual modo, aún cuando los expedientes penales se encontraran archivados por aplicación de las leyes de impunidad o los indultos (Asociación por los Derechos Civiles, 2005a, 306-314).

En Mendoza, como producto de esta lucha, se formó la causa N° 3487 denominada *Búsqueda del destino de personas desaparecidas*, expediente que quedó literalmente paralizado cuando el juez de la Cámara Federal de Apelaciones, Luis Francisco Miret, se negó a apartarse del conocimiento del mismo, aún cuando años atrás había reconocido su “amistad íntima” con el General Juan Pablo Saá, uno de los máximos responsables del

terrorismo de Estado en la región. La estrategia de Miret para beneficiar a su amigo fue finalmente destrabada por la Corte Suprema, cuando aceptó la recusación planteada por los familiares de las víctimas. Pero la apertura de estos juicios poco sirvió para esclarecer los hechos, porque los responsables nada aportaron para el objeto del proceso. Sin embargo, quedó muy claro que en los Tribunales Federales de Mendoza había poca voluntad para esclarecer la verdad de lo sucedido (Salinas, 2010, 263–269).

La clausura de la persecución penal en el país también derivó en que se promoviera el juzgamiento de estos hechos por tribunales extranjeros, aprovechando la experiencia internacional respecto de los delitos de *lesa humanidad*. Así fue que se abrieron causas en Francia, Italia, España y Alemania por los crímenes que el terrorismo de Estado perpetró en Argentina. Los casos más emblemáticos fueron, sin duda alguna, la condena a prisión perpetua que la justicia francesa impuso en 1990 a Alfredo Astiz por secuestro, tortura y desaparición forzada de las religiosas Alice Dumont y Léonie Duquet; y la detención en Acapulco de Ricardo Miguel Cavallo, por orden del juez de la Audiencia Nacional Baltazar Garzón, para ser juzgado por la desaparición de tres ciudadanos españoles, cuando el represor de la marina regresaba a “refugiarse” en la Argentina⁵⁵.

El Presidente De La Rúa hizo todo lo posible para evitar que esta nueva esperanza de justicia tuviera éxito. Para ello, entre otras cosas, dictó el Decreto 1581/2001 que impedía la extradición de militares argentinos para ser juzgados en el exterior por los crímenes de la dictadura. Esta norma recién fue derogada por Néstor Kirchner en el año 2004, argumentando que se violaba la igualdad ante la ley, ya que establecía un privilegio para los militares frente a cualquier otro ciudadano encausado en el extranjero que podía ser extraditado por aplicación del régimen general plasmado en la ley 27.767 (Asociación por los Derechos Civiles, 2005a, 2005, 303–304).

55 Sobre este tema también puede consultarse De Pozuelo y Tarín, 1999; Bermúdez y Gasparini, 1999; Anguita, 2001. Un panorama completo sobre los juicios realizados en el extranjero por graves violaciones a derechos humanos perpetrados en Argentina durante la dictadura también puede encontrarse en el sitio web de Amnistía internacional: www.amnesty.org/library/index/ENGAMR130182003?open&of=ENG-Arg

Pese a las decisiones de las autoridades de turno, la lucha de un sólido movimiento de derechos humanos, que ya se había extendido por todo el país, siguió dominando el espacio público y planteando nuevas estrategias a una sociedad que, en su mayoría, no estaba dispuesta a perdonar el “genocidio”. En tal sentido, durante el último año de la presidencia de Carlos Menem, el Congreso de la Nación derogó las leyes de impunidad⁵⁶. Pero los efectos de esta decisión resultaban sumamente limitados, ya que ambas leyes habían estado vigentes por más de diez años y sus beneficiarios ya se encontraban sobreesidos. Por ello, resultaba esencial mantener vivo el reclamo de “juicio y castigo a los culpables” ante la jurisdicción local, invocando nuevos precedentes del ámbito internacional como fue la jurisprudencia de la Corte IDH⁵⁷. En función de ello la justicia federal hizo lugar a una presentación del CELS, declarando en el año 2001 la invalidez constitucionalidad y la nulidad insanable de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final⁵⁸.

10. La decisión de Néstor Kirchner de “ir por todos” y sus efectos

Una vez en el gobierno, el Presidente Kirchner hizo propio el reclamo de justicia y se convirtió en el principal impulsor para eliminar todo efecto residual de las leyes y decretos que garantizaban la impunidad. Así fue que, por iniciativa del Poder Ejecutivo, el Congreso profundizó la decisión tomada en 1998 y finalmente, en agosto de 2003, declaró insanablemente anuladas sendas leyes de impunidad, las que a partir de allí perdieron todo efecto jurídico, como si las mismas nunca hubieran existido⁵⁹.

56 Mediante la ley 24.952, sancionada el 23/03/98, promulgada de hecho el 15/04/1998 y publicada en el B.O. el 17/04/1998, se dispuso la derogación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

57 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001.

58 A raíz de esta histórica decisión del 6 de marzo de 2001, el juez Gabriel Cavallo citó a declarar a Julio Héctor Simón (“el Turco Julián”) y Juan Antonio del Cerro (“Colores”) por las desapariciones de José Poblete y Gertrudis Hlaczik.

59 La ley 25.779 fue sancionada el 21/08/2003, promulgada el 02/09/2003 y publicada

Pero faltaba aún un paso fundamental para consolidar la estrategia de Kirchner, ya que más tarde que temprano, como suele suceder con los tiempos de la justicia, el problema de la validez del paquete normativo de la impunidad y sus efectos se terminarían dirimiendo en la Corte Suprema. Para ello, el nuevo gobierno logró la renuncia o destitución de los jueces que habían convalidado los retrocesos del menemismo y mediante un nuevo proceso de designación ingresaron al Máximo Tribunal destacados juristas, que estuvieron a la altura de la trascendente tarea que tenían por delante⁶⁰.

En junio de 2005 esa “nueva” Corte Suprema, convalidó la decisión que el juez Cavallo había tomado en el 2001 en la causa “Simón” y declaró constitucional la ley que en el 2003 derogó las de Punto Final y Obediencia Debida. Además, el Máximo Tribunal reafirmó el carácter imprescriptible de los delitos de *lesa humanidad*. De ese modo confirmaba su posición de 1995 cuando hizo lugar a la solicitud cursada por Italia para extraditar a Erik Priebke y reeditada en 2004 en el caso *Arancibia Clavel* (Shapiro, 2006, 23–65)⁶¹. El carácter imprescriptible de estos delitos ya venía siendo

en el B.O. el 03/09/2003.

60 Luego de que asumió el presidente Kirchner, Julio Nazareno, Adolfo Vázquez y Guillermo López, renunciaron ante la posibilidad de resultar destituidos por juicio político, tal como sucedió con Eduardo Moliné O’Connor a fines de 2013. Desde el 19 de junio de 2003, por decreto presidencial, todos los candidatos a integrar la Corte Suprema deben pasar una etapa de exposición pública que tiene que presentar el Poder Ejecutivo en los principales medios de comunicación de todo el país. La renovación de la Corte se logró mediante un mecanismo mucho más transparente en términos relativamente breves. Así, los designados por el nuevo gobierno fueron Eugenio Raúl Zaffaroni, en el año 2003; Elena Highton y Ricardo Lorenzetti al año siguiente, y Carmen María Argibay en el año 2005. Estos nuevos integrantes se sumaron a los históricos Carlos Santiago Fayt y Santiago Enrique Petracchi, designados por Alfonsín en 1983 y Juan Carlos Maqueda, nombrado por Duhalde en 2002.

61 CSJN, *Caso Priebke*, Fallos: 318:2148, Sentencia del 21/06/1995. *Caso Arancibia Clavel*, Fallos: 327:3312, Sentencia del 24/08/2004.

declarado por otros tribunales federales en causas relacionadas con el terrorismo de Estado, desde el año 1998 (Parenti, 2007, 347-373)⁶².

Pero este cambio en el escenario político y en las decisiones de los jueces no sólo abriría la puerta para que finalmente se hiciera justicia y se condenara judicialmente a los “genocidas”, sino que también transformó el contenido del discurso de los organismos de derechos humanos, que se fue despojando de antiguos prejuicios y comenzó a reivindicar los valores y las luchas de esa “generación diezmada”. Hoy es muy notorio cómo las eternas utopías han vuelto a ser las banderas de una joven militancia que se ha convertido en uno de los respaldos fundamentales para las políticas de derechos humanos que se vienen impulsando desde el gobierno nacional en los últimos 10 años.

11. La sentencia de la CSJN en el caso “Simón”

La mayoría de los miembros del máximo Tribunal se apoyó en jurisprudencia de la Corte IDH en el caso “Barrios Altos vs. Perú”, donde se sostuvo que conforme a lo prescripto por la Convención Americana son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y cualquier tipo excluyente de responsabilidad que pretenda impedir la investigación y sanción a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos⁶³.

No obstante esta coincidencia general, cada uno de los jueces de la

62 Así sucedió por primera vez el 13/07/1998, cuando el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro dictó el auto de procesamiento y prisión preventiva en la causa “Videla” por supresión de identidad de menores de 10 años. También el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en las causas “Massera” sobre excepciones y “Videla” sobre prisión preventiva, ambos del 09/09/1999, o el dictado por la Sala II de ese mismo tribunal en la causa “Astiz” sobre nulidad, del 04/05/2000 y el fallo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 en la causa “Simón y Del Cerro” del 06/03/2001 y su confirmación por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal del 09/11/2001.

63 CSJN, *Causa Simón*, Sentencia del 14/06/2005.

CSJN que acogió el planteo quiso fundar su voto por separado, lo que si bien dificulta determinar cuál es el criterio del cuerpo, lo cierto es que las diferentes argumentaciones que se desarrollan para llegar a un mismo resolutivo enriqueció el debate sobre estos temas. Por ello, entendemos que vale la pena exponer una síntesis de los criterios más destacados que se pusieron en juego.

Según el juez Maqueda, el carácter imprescriptible de los crímenes de *lesa humanidad* deriva de la supremacía del *derecho de gentes* y su directa aplicación por los tribunales nacionales respecto de los delitos aberrantes que, desde 1853, nuestra constitución histórica reconocía en el artículo 99 (hoy 1118). El castigo de este tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía internacional como un derecho penal protector de los derechos humanos, que no se ve restringido por algunas limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración sobre tipicidad y la prescripción de estos delitos debe ser apreciada bajo estos parámetros, y si bien reconoce la costumbre como fuente de derecho para esos temas, los conjuga con el artículo 18 de nuestra carta Magna cuando dice que deben aplicarse los tipos penales previstos en la legislación nacional que al momento de los hechos ya contenían una clara descripción de las conductas prohibidas y conminaba con sus respectivas sanciones.

Los votos de Zaffaroni y Highton afirman de manera similar que si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad fue ratificada por el Congreso Nacional después de los hechos que se juzgan, su aplicación no viola el principio de legalidad dado que el carácter imprescriptible de tales crímenes ya regía como costumbre internacional cuando fueron perpetrados. Para comprender este argumento, hay que tener presente que si bien la mencionada convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, recién fue ratificada por nuestro país una vez recuperada la democracia⁶⁴.

64 El Congreso la aprobó mediante ley 24.584, el 01/11/1985, a su vez el Poder Ejecutivo Nacional recién dictó el Decreto 579 el 08/08/2003 y por ello el 23/08/2003

No obstante ello, se debe destacar que el texto de ese instrumento internacional textualmente dice que “afirma” la imprescriptibilidad de estos crímenes, lo que implica que está reconociendo una situación preexistente a la propia Convención. Pero, además, dice claramente que los mismos son imprescriptibles “cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos”, lo que significa una clara extensión de sus efectos a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia como tratado internacional, precisamente por que ya habían sido dotados de ese carácter por otra fuente de derecho como es la *costumbre internacional*.

En el voto de Boggiano, se suma al argumento de la costumbre precedente como fuente de derecho internacional, el de la jerarquía constitucional de la Convención sobre Imprescriptibilidad y, por tanto, estos tratados “en las condiciones de su vigencia” son la Constitución misma y su compatibilidad constitucional ya fue analizada por el constituyente. Además, sostiene que los artículos 18 y 118 de la Constitución Nacional no colisionan sino que se complementan, ya que “el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad”.

Por su parte, la juez Argibay toma una postura más radical, cuando sostiene que la aplicación retroactiva de la Convención sobre imprescriptibilidad no lesiona el principio de legalidad, ya que la prohibición de aplicar leyes *ex post facto* no alcanza a las disposiciones sobre prescripción y tampoco se afectaría el principio de culpabilidad porque no se alteró el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta cuando realizó las conductas que se investigan. Niega, además, que ello genere una frustración de la confianza en el derecho porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que el autor pueda contar al momento del hecho, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. Por ello, la ratificación de esta Convención realizada recién en 1995, en modo alguno puede valorarse como una manipulación del derecho que importe una persecución selectiva que afecte su imparcialidad, porque al momento

se depositó el respectivo instrumento rectificatorio. Mientras tanto, el 20/08/2003 fue dotada de jerarquía constitucional.

de los hechos ya se encontraba aprobada por la Asamblea General de la ONU. Cualquiera sea al momento de su ratificación el efecto hubiera sido el mismo: “implantar la imprescriptibilidad retroactiva o prospectiva de los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino”, porque así lo dispone expresamente su texto.

Por su parte el juez Petracchi, quien en el caso “Priebke” había negado que la imprescriptibilidad consagrada en el *derecho de gentes* pudiera extenderse a los delitos del Código Penal, sostiene ahora que debido a la evolución de la jurisprudencia del Sistema Interamericano ya no es posible mantener esa interpretación. Por ello, apela a la Convención Americana para defender la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de la ONU y sostiene que la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción de la Corte IDH impide que el principio de *irretroactividad de la ley penal* sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos cuando se aprobó la CADH, que ahora tiene rango constitucional. Este fue el criterio establecido posteriormente por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”, donde señaló no sólo que las obligaciones establecidas en los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH impiden aplicar normas de prescripción aún cuando este tipo de delitos se hayan cometido con anterioridad a su ratificación por parte del Estado, sino que consideró obligatoria la aplicación por los tribunales internos de aquella norma de *ius cogens* que establece la imprescriptibilidad de crímenes de *lesa humanidad* (Parentti, 2007, 367).

Menor discusión mereció la declaración de inaplicabilidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, ya que primero fueron declaradas inválidas por el Congreso, con el argumento que ambas fueron dictadas bajo presión castrense, y luego de que ese órgano ratificara la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Además, los órganos de aplicación de sendos tratados habían desarrollado una sólida jurisprudencia que declaraba la incompatibilidad de estos pactos internacionales con las leyes de impunidad.

Sentadas la bases de la invalidez de dichas leyes, quedó allanado el camino para que la Corte Suprema también se expidiera en igual sentido respecto de los indultos que habían sellado la impunidad a favor de

condenados y procesados. Así lo hizo en la causa “Mazzeo”⁶⁵, confirmado una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal del 2006. Los puntos problemáticos del caso iban más allá de la constitucionalidad del decreto de indulto, ya que el mayor problema era que en esa misma causa el imputado, Santiago Omar Rivero, ya había sido sobreseído merced a dicho beneficio mientras estaba siendo juzgado y ello quedó firme cuando en 1990 la Corte rechazó el recurso extraordinario por razones formales⁶⁶. Es decir que, además, se debía resolver sobre los efectos de la cosa juzgada y el principio de *ne bis in idem*. El voto de la mayoría (Lorenzetti, Highton, Maqueda y Zaffaroni) argumentó que cuando fueron dictados los indultos ya existían un conjunto de normas internacionales con carácter de *ius cogens* que obligaban al Estado a someter a juicio y castigar a los responsables. La aplicación obligatoria de dicha normativa, dijeron los jueces, surge del artículo 118 de la Constitución Nacional y de los numerosos tratados sobre la materia que ya habían sido ratificados cuando se dictaron los indultos. Además, como dichos tratados luego fueron dotados de jerarquía constitucional, el tema debía valorarse a la luz de las modernas interpretaciones que de ellos han realizado sus órganos de aplicación, tal como lo dispone el Informe 28/92 de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH en los casos “Barrios Altos” y “Almonacid Arellano”. En todos estos pronunciamientos se declara la incompatibilidad de la Convención Americana con cualquier obstáculo a la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos, cualquiera haya sido su fecha de comisión. También señaló la CSJN que la garantía que impedía el doble juzgamiento no es absoluta y admite excepciones en casos como estos, donde ha existido *cosa juzgada fraudulenta* porque el tribunal tuvo el propósito de sustraer a los imputados de su responsabilidad penal. Es decir, que el proceso no fue llevado con las debidas garantías de imparcialidad e independencia del juez, por tanto, no hay impedimento para un nuevo juicio, dado que el derecho de las víctimas y las exigencias de la justicia desplaza la

65 CSJN. Fallos: 330:3248, Sentencia del 13/07/2007.

66 CSJN. Fallos: 313:1392, Sentencia del 11/12/1999.

protección de la garantía del *ne bis in idem* (Asociación por los Derechos Civiles, 2008, 453–458).

Con este nuevo panorama jurisprudencial y político, volvían a ponerse en movimiento los expedientes que estuvieron “congelados” durante los años en que reinó la impunidad. Los tribunales de todo el país tuvieron que salir de la modorra y volver a trabajar para el juzgamiento de los crímenes cometidos durante el más tétrico período de nuestra historia reciente.

12. Situación actual de los juicios y proyección a futuro

Esa decisión del entonces Presidente Néstor Kirchner de reimpulsar los juicios contra todos los responsables del terrorismo de Estado, no sólo ha sido acompañada por una amplia mayoría de la sociedad argentina, sino que con ella se han comprometido el resto de las instituciones del Estado nacional y muchas de las administraciones provinciales que se constituyeron en querellantes en estos juicios.

Con ese contundente apoyo, a partir del año 2005, comenzaron a celebrarse nuevos juicios a lo largo de todo el país y, a finales del presente año, las estadísticas oficiales computaban 443 condenas por crímenes de lesa humanidad y 45 absoluciones. También, más de 1083 procesados se encuentran a la espera de nuevos juicios, de los cuales 854 se encuentran detenidos, el 59,6% están alojados en unidades penitenciarias y el 38,2% permanecen en prisión domiciliaria, el 1,5% en unidades militares y 0,6% en hospitales⁶⁷.

En la provincia de Mendoza, hasta la fecha se han realizado tres juicios de esta especie. El primero de ellos tuvo como escenario la ciudad de San Rafael y se extendió entre el 1° de julio al 16 de noviembre de 2010. Se comenzó juzgando a 4 policías (uno de ellos abogado) y 1 militar por la desaparición forzada de 4 militantes de la juventud peronista ocurrida

67 Procuraduría General de la Nación. Informe trimestral sobre el estado de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Buenos Aires, 17 de octubre de 2013 www.fiscales.gob.ar.

entre el 24 de marzo y el 28 de agosto de 1976. Durante el debate falleció uno de los imputados, por lo que se terminó condenando a 3 de ellos a prisión perpetua y a quien fuera abogado de la policía se le impuso la pena de 8 años de prisión.

Al día siguiente de conocerse la sentencia por el juicio en San Rafael, comenzó el segundo juicio en Mendoza. Esta vez en la ciudad Capital de la Provincia y se extendió hasta el 18 de octubre de 2011. Inicialmente eran 10 los acusados y 32 las víctimas, pero la muerte de uno ellos durante el juicio y la incapacidad psico-física de otros 4, determinó que sólo se dictara sentencia contra 5 de los acusados por privación ilegítima de libertad, tormento, violación de domicilio y homicidio en perjuicio de 11 víctimas. Tres de los imputados recibieron la pena de prisión perpetua, otro fue condenado a 12 años de prisión y el restante fue absuelto, pero este punto fue revisado por la Cámara Nacional de Casación Penal imponiéndoles también prisión perpetua.

El tercer juicio de la Provincia se llevó a cabo también en la Ciudad Capital y se extendió entre el 2 de agosto de 2012 al 22 de marzo de 2013. Finalmente, el tribunal condenó a prisión perpetua a 7 de los 10 represores imputados, mientras que el resto recibió penas de 5, 14 y 18 años de prisión por 23 desapariciones ocurridas en la Provincia.

Mientras terminamos estas líneas, se ha dispuesto que un cuarto juicio se inicie el 17 de febrero de 2014, el que por su magnitud y las personas imputadas constituirá el juicio más grande de la región de Cuyo. Se han acumulado 15 causas que involucran a 44 imputados por delitos de homicidios agravados, privaciones de libertad agravadas, tormentos agravados, ataques sexuales, supresión de identidad y falsedad ideológica, cometidos en perjuicio de 207 víctimas. Entre los que deberán sentarse ante el tribunal se encuentran: ex-policías y miembros del servicio penitenciario provincial, integrantes del Ejército y los ex jueces federales Luís Miret, Guillermo Max Petra Recabarren, Rolando Evaristo Carrizo, Gabriel Guzzo y Otilio Roque Romano⁶⁸.

68 Procuraduría General de la Nación, Mendoza: a pedido de la fiscalía acumulan quince causas y planifican un juicio con 41 imputados. Buenos Aires, 26 de noviembre

Muy distinto a lo que pasó en el juicio a las juntas, en los procesos que se están llevando adelante en los últimos años, los jueces no se encuentran condicionados por el Poder Ejecutivo ni por el poder militar para limitar la responsabilidad a alguno de los niveles jerárquicos de quienes intervinieron en estos crímenes. Además, ya no son sólo militares o policías son los enjuiciados, sino que se ha ampliado la mirada hacia sus cómplices civiles, como sucede en Mendoza con los miembros del Poder Judicial Federal que por acción u omisión tomaron parte en el plan sistemático de represión.

Otro de los logros fundamentales de estos nuevos juicios es que ya no aparece ese manto de sospecha, que en los años 80 se extendió sobre las víctimas del terrorismo de Estado, el tristemente célebre “por algo será”. Actualmente, los tribunales federales han abandonado definitivamente la teoría de los *dos demonios*, y tanto los afectados como sus familiares asisten a los juicios manifestando con orgullo su pertenencia política y su militancia social, no sólo como parte de su identidad sino como una pieza fundamental en la reivindicación de la persona y sus valores. Frente a ellos se ubican los imputados que, en su mayoría, eligen refugiarse en el silencio o la indiferencia.

También en esta nueva etapa judicial, los graves hechos que se juzgan son debidamente encuadrados en las figuras legales que corresponden, fundamentalmente los casos de desaparición forzada de personas donde se ha abandonado el eufemismo de calificarlas como privaciones ilegítimas de libertad y se las está condenando como homicidios triplemente calificados (alevosía, concurso premeditado de tres o más personas y *criminis causa*), además de recurrir a la figura de la asociación ilícita para todos los que se sumaron a la empresa criminal, en el contexto del genocidio que perpetraron en nuestro país.

Finalmente, la experiencia adquirida durante estos 30 años de lucha por la verdad y la justicia y la legitimidad moral que el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad otorga a los tribunales argentinos, ha permitido que luego de que se cerraran en España las causas por los crímenes

del franquismo, esos hechos, acaecidos entre 1936 a 1977, comenzaran a ser investigados por el Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para ello se está aplicando el mismo principio de jurisdicción universal que el Juez Baltasar Garzón empleó en 1998 para iniciar las investigaciones y requerir la extradición de militares chilenos y argentinos acusados de genocidio y torturas. Esta causa fue iniciada en el año 2010 con la querrela presentada por dos ciudadanos argentinos, Darío Rivas y Adriana Fernández. El primero de ellos impulsando la investigación por el fusilamiento de su padre, en 1936, cuando era alcalde de Castro de Rey, provincia de Lugo. La otra querellante reclama el juzgamiento por el asesinato de su abuelo en manos de un grupo de franquistas que consignaron en el acta de defunción que lo mataron por marxista. A ellos ya se han sumado más de 100 querellantes individuales y 5.000 adhesiones de distintas personalidades y organizaciones internacionales.

13. Bibliografía

- AAVV. 1972. El mendocinazo. *Cuadernos de antropología del 3er mundo*, Mendoza: Artex. Tomo 2. El facsímil de ambos textos y otro material imperdible pueden encontrarse en Colectivo Fantomas: *El mendozazo: Herramientas de rebeldía*. 2012. Mendoza: EDIUNC (Colección a contrapelo), 53-85 y 87-151.
- Abalo, Ramón. 1997. *El terrorismo de Estado en Mendoza*. Mendoza: LAPDH-FDD Mendoza.
- Abramovich, Víctor; Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores). 2007. *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: CELS-Del Puerto.
- Abregú, Martín y Christian Courtis (compiladores). 1997. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS-Del Puerto.
- Ambos, Kai. 1997. *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Amnistía Internacional. 1987. *Argentina. Los Militares ante la justicia*. Madrid: AI.

- Amnistía Internacional. 1977. *Informe de una misión de Amnistía Internacional a la República Argentina. 1–15 de noviembre de 1976*. Barcelona: AI.
- Andreozzi, Gabrielle. Coordinador. 2011. *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*. Buenos Aires: Atuel.
- Angoso, Ricardo. 2012. Entrevista exclusiva a Jorge Rafael Videla. Revista Cambio 16 (Madrid) domingo 12 de febrero de 2012. <http://cambio16.es/not/1250/>.
- Anguita, Eduardo. 2001. *Sano juicio. Baltazar Garzón, algunos sobrevivientes y la lucha contra la impunidad en Latinoamérica*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. 2006. *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*. Buenos Aires: AAPM.
- Asociación Andina de Juristas. 1988. *Juicio a los militares. Argentina. Documentos secretos, decretos, leyes, jurisprudencia*. Buenos Aires: AAJ.
- Asociación de Derechos Civiles. 2005. *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el periodo 2003–2004*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Asociación por los Derechos Civiles. 2005a. *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el periodo 2000–2004*. Buenos Aires: ADC–Siglo XXI.
- Asociación por los Derechos Civiles. 2008. *La Corte y los derechos. 2005–2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal*. Buenos Aires: ADC–Siglo XXI.
- Bayer, Osvaldo, Atilio Borón; Elvira Barillaro y Francisca La Greca. 2010. *El terrorismo de Estado en la Argentina*. Buenos Aires: Instituto Espacio de la Memoria.
- Bermúdez, Norberto y Gasparini, Juan. 1999. *El testigo secreto. El juez Garzón contra la impunidad en Argentina y Chile*. Buenos Aires: Vergara.
- Bruera, Matilde y otros. 2009. *Delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: EDIAR.
- Casa de la Memoria. 2010. *Hacerse cargo. La identidad de los detenidos–desaparecidos y asesinados en Mendoza (1974–1983)*. Mendoza: Biblioteca por la memoria y la cultura popular.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). 2008. *La lucha por el derecho*.

Buenos Aires: Siglo XXI.

Ciancaglini, Sergio y Martín Granovsky. 1995. *Nada más que la verdad. El juicio a las juntas. La guerra sucia desde el golpe hasta las autocríticas militares*. Buenos Aires: Planeta.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 1980. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina*. Washington DC: CIDH-OEA.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2009. *Delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: Secretaría de Jurisprudencia.

Crenzel, Emilio. 2008. *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI.

D'Alessio, Andrés. 2010. *Los delitos de lesa humanidad*: Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Dearriba, Alberto. 2006. *El Golpe. Crónica del último asalto al poder*. Buenos Aires: Altamira.

De Pozuelo, Eduardo Martín y Tarín, Santiago. 1999. *España acusa*. Barcelona: Plaza & Janés.

Duhalde, Eduardo Luis. 1983. *El estado terrorista argentino*. Buenos Aires: El Caballito.

Eliashev, Pepe. 2011. *Los hombres del juicio*. Buenos Aires: Sudamericana.

Feinmann, José Pablo. 1998. *La sangre derramada. Ensayo sobre la violencia política*. Buenos Aires: Seix Barral.

Foscolo, Norma y otros. 2000. *Los derechos humanos en la Argentina. Del ocultamiento a la interpelación política*. Mendoza: EDIUNC.

Frank, Andrés Gunder. 1980. *La crisis mundial*. Buenos Aires: Bruguera.

Gorini, Ulises. 2006. *La rebelión de las madres. Historia de las Madres de Plaza de Mayo. T. 1 (1976-1983)*. Buenos Aires: Norma.

Heredia, Gustavo y Mario Otero. 2009. *Muertos porque sí. Diario del primer juicio por delitos de lesa humanidad en Cuyo*. San Luis: Nueva editorial universitaria.

Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP). 1984. Buenos Aires: Eudeba.

Jaunarena, Horacio. 2011. *La Casa está en orden. Memorias de la transición*. Buenos Aires: TAEDA.

- Larraquy, Marcelo. 2010. *Marcados a fuego II. De Perón a Montoneros (1945–1973). Historia de la violencia política en la Argentina*. Buenos Aires: Aguilar.
- Luna, Félix. 2003. *Los golpes militares (1930–1983)*. Buenos Aires: Edición especial para La Nación.
- Malamut Goti, Jaime. 2000. *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*. Buenos Aires: De la Flor.
- Mántaras, Mirta. 2005. *Genocidio en Argentina*. Buenos Aires: Edición de la autora.
- Marianetti, Benito. 1972. *El “mendozaazo”. La sublevación de los mendocinos*. Mendoza: Ateneo.
- Martín de Pozuelo, Eduardo y Tarín, Santiago. 1999. *España acusa. La represión y la desaparición de cientos de españoles en Chile y Argentina*. Barcelona: Plaza & Janés.
- Mattarollo, Rodolfo. 2010. *Noche y niebla y otros escritos sobre derechos humanos*. Buenos Aires: Le monde diplomatique.
- Mignone, Emilio y Conte Mc Donnell, Augusto. 2006. *Estrategia represiva de la dictadura militar. La doctrina del paralelismo global*. Buenos Aires: Colihue.
- Milgran, Stanley. 1969. *Obediencia a órdenes criminales*. Buenos Aires: CES.
- Montenegro, Néstor J. 1986. *Será justicia. Julio C. Strassera / Luis Moreno Ocampo. Entrevistas*. Buenos Aires: Distal.
- Navaro, Marcos y Palermo, Vicente. 2003. *La dictadura militar 1976/1983. Del golpe de Estado a la restauración democrática*. Buenos Aires: Paidós.
- Napoli, Bruno. 2011. Memoria, verdad y justicia: noción de una justicia internacional. En *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*. Coordinado por Andreozzi, Gabriel. 70–72. Buenos Aires: Cara o Ceca.
- Nino, Carlos. 1997. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé.
- Parentti, Pablo. 2007. Algunas observaciones sobre la aplicación del Derecho Internacional por la mayoría de la Corte en el fallo “Simón”. En *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, dirigido por Pastor, Daniel. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc.
- Pastor, Daniel. Director. 2007. *El sistema Penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema. Análisis de los precedentes que transformaron el*

Sistema Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pastor, Daniel. Director. Guzmán, Nicolás. Coordinador. 2009. *El sistema Penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pérez Guillhou, Dardo. El nuevo orden jurídico político instaurado el 24 de marzo de 1976. *Revista Idearium* (Mendoza) 1976.

Quiroga, Hugo. 2004. *El tiempo del "proceso". Conflictos y coincidencias entre políticos y militares 1976-1983*. Buenos Aires: Homo Sapiens.

Raffin, Marcelo. 2006. *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Del Puerto.

Resto, Ceferino. 2012. *Disposición final. La confesión de Videla sobre los desaparecidos*. Buenos Aires: Sudamericana.

Rodríguez Jordán, Marcel. 2005. *Tratados internacionales de derechos humanos. Algunos aspectos penales*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Rodríguez Molas, Ricardo. 1985. *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina*. Buenos Aires: EUDEBA.

Rodríguez Molas, Ricardo. 1985. *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina. Textos documentales*. Buenos Aires: EUDEBA.

Sancinetti, Marcelo A. 1988. *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*. Buenos Aires: Lerner.

Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo. 1999. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en la transición democrática Argentina*. Buenos Aires: Hammurabi.

Salinas, Pablo Gabriel. 2010. *La aplicación de la tortura en la República Argentina*. Buenos Aires: Del Puerto.

Seoane, María y Vicente Muleiro. 2001. *El dictador. La historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla*. Buenos Aires: Sudamericana.

Shapiro, Hernán. 2006. La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en la Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel". En *Derecho a la identidad y persecución de delitos de lesa humanidad*, 23-65. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo.

- Solari Yrigoyen, Hipólito. 1983. *Los años crueles*. Buenos Aires: Brujuela.
- Vezzetti, Hugo. 2002. *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Verbitsky, Horacio. 1995. *La posguerra sucia*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Verbitsky, Horacio. 1998. *Medio siglo de proclamas militares*. Buenos Aires: Pagina/12.
- Verbitsky, Horacio. 2006. *Civiles y militares*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana–Página/12. 2ª Edición.
- Walsh, Rodolfo. 2002. *Operación Masacre* (24° edición, 1ª edición 1972). Buenos Aires: Ediciones de la Flor.
- Walsh, Rodolfo. 1995. *El violento oficio de escribir. Obra periodística 1953–197*. Buenos Aires: Planeta–Ediciones de la Flor.
- Welzel, Hans. 1939. *Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal*.
- Wlasic, Juan Carlos. 2010. *Memoria, verdad y justicia en democracias. De la impunidad política a la impunidad técnica*. La Plata: EUEM.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2010. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo.
- Zuppi, Alberto Luis. 2002. *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad–Hoc.

El desplazamiento forzado de población indígena por Israel: una política que transgrede el Derecho Internacional

Tarik Lama Gálvez

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (Chile).
Estudios de Criminología y Derecho en la Universidad de Murcia (España).

Resumen: Se analiza el llamado Plan Praver–Begin, política pública israelí que busca desplazar a la población indígena del desierto del Naqab (Negev) a zonas “autorizadas”. Estudiaremos la situación que vive esa misma nación pero en aquellos territorios ocupados. Además, examinaremos el impacto internacional que ha tenido esta política en instituciones internacionales tan importantes como la ONU y el Parlamento Europeo. Para terminar dilucidando si estamos o no frente a crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad.

Palabras clave: Plan Praver–Begin; Israel; Beduinos; Palestina; Derecho Internacional.

Abstract: The article analyzes the Praver–Begin Plan, an Israeli public policy that seeks to displace the indigenous population of the Naqab desert (Negev) to “authorized” areas. It also studies the situation of this nation in the occupied territories and the international impact that this policy has had in important international institutions such as the UN and the European Parliament. Finally, this article aims to respond whether or not we are facing war crimes and / or crimes against humanity.

Keywords: Begin–Praver Plan; Israel; Bedouins; Palestine; International Law.

Sumario

1. Introducción

2. Ley de Regularización del Asentamiento Beduino en el Néguev: Plan Prawer-Begin

2.1 Derechos quebrantados

2.1.1 El derecho a la Propiedad

2.1.2 El derecho al Debido Proceso

2.1.3 El derecho a la Dignidad

2.1.4 El derecho a ser tratados en Igualdad

3. Desaprobación del desplazamiento forzado de Beduinos en la Comunidad Internacional

3.1 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)

3.2 Parlamento Europeo (PE)

4. Políticas de Israel: ¿Crímenes de Guerra y/o de Lesa Humanidad?

5. Conclusiones

6. Bibliografía

*La tierra del Neguev está reservada a los ciudadanos judíos
cuando y donde quieran tomarla.
Debemos expulsar a los árabes y ocupar su lugar.
David Ben Gurion, 1937.*

1. Introducción

Con el fin de introducir al lector en contexto, nos parece pertinente esbozar una breve historia del pueblo que estudiaremos: Los Beduinos.

Los árabes Beduinos son un pueblo originario que ha habitado en el desierto del Naqab (en árabe) o Neguev (en hebreo) desde el siglo VII D.C. Organizados socialmente en tribus, siguen un modelo semi nómada y sustentan su desarrollo en el pastoreo, ganadería y agricultura.

No obstante, desde la creación del Estado de Israel en 1948, su historia comenzó a cambiar. El mencionado desierto quedó dentro del nuevo Estado y de los más de 100.000 beduinos que en un principio vivían en

dicho lugar, la mayoría fue expulsada a zonas fronterizas (fuera de Israel). A los pocos años, se concentró a la población beduina que aún vivía en Naqab, en un lugar que no alcanzaba ni el diez por ciento del territorio original, con la promesa de que en seis meses pudieran volver. “Dicho compromiso aún no se ha cumplido” (Siegel y Alamour, 2013, 340).

Durante los últimos 65 años, los beduinos no sólo se han visto disminuidos en su territorio, sino que también han sido víctimas de fuertes hostigamientos y demoliciones de sus hogares por no tener permisos de construcción, siendo obligados a cambiar su forma de vida, de nómada a sedentaria, de rural a urbana y de habitantes ancestrales a intrusos ilegales (a pesar que ellos han vivido allí desde mucho antes de la conformación del Estado Israelí).

Una parte de los beduinos viven en siete municipios y diez aldeas que se encuentran reconocidas por Israel, “sin embargo los restantes se encuentran asentados en treinta y cinco aldeas “no reconocidas” que carecen de servicios básicos” (Siegel y Alamour, 2013, 340), tales como: electricidad, agua, salud y educación. “El Estado retiene deliberadamente los servicios básicos de estos pueblos para “alentar” a los ciudadanos árabes beduinos a renunciar a sus tierras ancestrales” (Adalah, 2012, 3).

Por otro lado, en 1948 cerca de trece mil personas, entre ellos beduinos jahalin y otras tribus del desierto, se refugiaron en Cisjordania (territorio palestino que en aquel entonces estaba ocupado por Jordania), específicamente en zonas rurales de Hebrón, Belén, Jerusalén, Jericó y el valle del Jordán. Actualmente, en dicha zona es donde se concentra la mayoría de los “asentamientos israelíes, cordones industriales, bases militares y carreteras exclusivas para colonos” (Godfrey–Goldstein, 2013, 345).

2. Ley de Regularización del Asentamiento Beduino en el Négev: Plan Praver–Begin

El 11 de septiembre del 2011, el gobierno Israelí aprueba por medio de la decisión N° 3707, una serie de recomendaciones prácticas encabezadas por Ehud Praver, ex Vicepresidente del Consejo Nacional de Seguridad, para la implementación del informe realizado por la comisión

Goldberg¹, sobre los problemas de tierra entre los beduinos del Negev y el Estado de Israel.

En general, el plan Praver busca reubicar a los beduinos del Negev instalándolos en municipios y aldeas reconocidas por Israel, con el fin de que el territorio que actualmente utilizan sea “devuelto” al Estado. Dicho plan promovió el proyecto de Ley de Regularización del Asentamiento Beduino en el Néguev, “el cual fue revisado y actualizado por el ministro Benny Begin” (ACRI, 2013), quien con fecha 27 de enero del 2013 emite un informe (aprobado por el gobierno), basándose en los mismos principios que inspiran el Plan de Praver, con sólo pequeños cambios que se reflejan principalmente en “el importe de la indemnización ofrecida a la población beduina al perder los derechos de propiedad de su tierra” (ADALAH-ACRI, 2013, 2).

En particular, el plan Praver-Begin plasma en el proyecto de ley un primer artículo que dice:

El objetivo de la norma es regular la propiedad de la tierra en el Néguev, respecto de las peticiones de propiedad presentadas por la población beduina. Se busca facilitar el desarrollo de la zona en beneficio de todos los habitantes (Knesset, 2013).

Sin embargo, estas palabras parecen perder valor cuando ahondamos más en el proyecto y nos percatamos que todo se sustenta sobre dos premisas:

La primera cuestión es la evacuación de los intrusos. El proyecto de ley se basa en la suposición de que los residentes de las aldeas beduinas no reconocidas son ocupantes ilegales que deben ser desalojados. El plan aspira a evacuar el hogar de entre 70.000 y 90.000 residentes. La segunda premisa, es sobre la propiedad de la tierra: “los beduinos carecen de cualquier derecho a la tierra en el Negev (ADALAH-ACRI, 2013, 3).

1 Comisión de estudio presidida por el jurista Eliezer Goldberg y creada por el gobierno Israelí (2007) para que estudiara las disputas territoriales entre el Estado sionista y el pueblo beduino del Negev (Naqab).

Por lo tanto, toda indemnización realizada por el Estado es meramente *ex gratia*.

2.1 Derechos quebrantados

El proyecto de ley vulnera, al menos, cuatro derechos reconocidos en múltiples convenciones internacionales (ratificadas por Israel) relativas a Derechos Humanos y también en leyes fundamentales de Israel:

2.1.1 El derecho a la Propiedad: no reconoce la historia del pueblo beduino y tampoco se hace cargo de sus tradiciones, entendiendo que ellos vivían en el desierto del Negev (Naqab) desde hace siglos, razón por la cual tienen su propio método para establecer derechos sobre las tierras que desde siempre se ha respetado. Así lo dejó en evidencia el catedrático de la Universidad Ben-Gurion del Negev (Israel), Dr. Oren Yiftachel,

“La propiedad del territorio, entre los beduinos, se transmite de generación en generación, de acuerdo a sus leyes y costumbres tribales que fueron reconocidas y respetadas incluso por los regímenes de mandatos británicos y turcos” (Yiftachel, 2010).

Es decir, incluso cuando los beduinos estuvieron dominados por regímenes imperiales se les respetó su cultura ancestral, para garantizarles sus derechos, lo cual no ocurre en el actual proyecto, puesto que Israel alega ausencia de tierras beduinas por no encontrarse registradas en los Libros de Registro de Tierras de Israel. Así se deja ver en las notas explicativas del proyecto:

En general, y de acuerdo con los precedentes legales establecidos respecto a esta materia, se puede decir que los reclamantes de propiedad sobre la tierra, no tienen tal derecho garantizado por ley (Ley de Tierras de Israel 5729–1969, u otras). Por consiguiente, la compensación que se ofrece es puramente *ex gratia* (ADALAH–ACRI, 2013, 10).

Sin embargo, toda esta justificación procede en contra del Derecho Internacional y, en especial, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que Israel ratificó el 3 de enero de 1979, la cual sostiene:

...se exhorta especialmente a los Estados Parte a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1997).

2.1.2 El derecho al Debido Proceso: el título noveno del proyecto se rotula “Cumplimiento y sanciones”. En él se otorgan robustas facultades a entidades administrativas para velar por la aplicación del plan. El artículo 69 establece un plazo de 30 días para que la autoridad administrativa promulgue una “orden de desalojo, contra aquellas personas que no acepten el acuerdo o condiciones propuestas en el proyecto” (ADALAH-ACRI, 2013, 13). El artículo 71 establece penas de prisión para quien se resista a las órdenes de desalojo. Empero, lo que parece más sorprendente es el escaso poder para intervenir y cancelar una orden que tienen los tribunales, sólo podrán hacerlo cuando existan problemas técnicos en la emisión de ésta. En otras palabras, se priva a los beduinos de su derecho a reclamar en contra del “acuerdo” y del desalojo, puesto que se limita la discusión a aceptar o no el “acuerdo”.

Amnistía Internacional ha realizado una fuerte crítica a los artículos mencionados, diciendo que:

“El Derecho Internacional establece que el acceso a un recurso legal y administrativo eficaz debe estar disponible en cualquier etapa del proceso de desalojo sin importar su estatus de tenencia. Las apelaciones incluso deben ser garantizadas en etapas posteriores al desalojo, el Estado debe velar porque el derecho se cumpla” (Amnesty International, 2013, 4).

2.1.3 El derecho a la Dignidad²: desde la creación del Plan Praver-Be-

2 La dignidad se encuentra resguardada por la Declaración Universal de Derechos

gin, ha habido una violación constante a la dignidad de los beduinos desde tres perspectivas: (i) el etiquetaje étnico como un pueblo que estorba, (ii) el no reconocimiento de un pueblo que día a día está sujeto a un inminente desalojo y a la demolición de sus viviendas, (iii) la privación de garantías fundamentales, son un pueblo sin derecho a la vivienda, a la familia, la vida social, a su cultura y costumbres³. En esta misma línea, el Centro de Estudios Jurídicos para los Derechos de la Minoría Árabe en Israel y la Asociación por los Derechos Civiles en Israel han expresado que:

... la política que da vida a este proyecto transmite a los residentes de estos pueblos el sentimiento de que son tratados como objetos que pueden ser fácilmente trasladados de un lugar a otro, sin ninguna consideración de su afinidad y sus fuertes lazos que pudieran tener con ese lugar, las consecuencias sociales, familiares y económicas del traslado, y las circunstancias particulares de cada pueblo o de cada residente (ADALAH-ACRI, 2013, 17).

2.1.4 El derecho a ser tratados en Igualdad: como toda persona y grupo de personas, los beduinos deben ser tratados como ciudadanos de Israel. Actualmente mientras se les niega la tierra, el gobierno mantiene su política de crear nuevos asentamientos en la misma zona donde habitaban estos pueblos originarios. En promedio viven 300 personas por cada nueva comunidad⁴. A modo de ejemplo, el 30 de octubre del 2011 el gobierno israelí aprueba la decisión N° 3782 que autoriza la construcción de más de una docena de nuevos asentamientos en el

Humanos (DUDH), artículo 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), preámbulo, y en la Recomendación General N°23 del CERD párrafo 4b.

3 La cultura y la costumbre de los pueblos se encuentran fuertemente protegidas en el artículo 27 del PIDCP y en la Recomendación General N°23 del CERD párrafo 4°a-c.

4 Estas cifras se basan en un análisis de habitantes publicadas por la CBS y el Ministerio del Interior. Los datos fueron publicados en el portal de noticias Israelí Ynet, en un artículo titulado “Negev Bedouin? Not Recognizing” (Adalah, 2012, 18).

desierto del Negev, sin Plan Praver–Begin, ni leyes reguladoras que limiten el uso de ese suelo. Todo lo anterior atenta indubitablemente al derecho de ser tratado en igualdad de derechos ante la ley, sin discriminación de raza, idioma, religión, origen social, nacimiento, entre otras⁵. Incluso esta medida, que busca ser aplicable a todos los pueblos no reconocidos, atenta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Israelí, toda vez que éste se ha manifestado “en contra de realizar descréditos, sanciones y/o restricciones de derechos masivas sin revisiones particulares” (Tribunal Supremo de Justicia de Israel, 2006).

A pesar de que el Plan Praver–Begin aún no es ley, sus efectos no se hacen esperar. Sólo “en el 2011 más de 1.000 viviendas fueron demolidas y decenas de centros militares se han levantado” (Adalah, 2012, 4).

Con todo, el proyecto de regularización beduina comenzó su camino para convertirse en ley. El 06 de mayo de 2013, el Comité Ministerial de Legislación aprobó la “Ley de Regularización del Asentamiento Beduino en el Néguev” y, el 24 de junio de 2013, el *Knesset* (parlamento israelí) aprobó el proyecto de ley Praver–Begin con 43 votos a favor y 40 votos en contra. Luego de esto, el proyecto de ley fue enviado a la Comisión de Asuntos de Interior y Medio Ambiente, para una segunda y tercera revisión legislativa.

Sin embargo, y gracias a la presión internacional, en diciembre del año 2013 el ex ministro Benny Begin sostuvo en una conferencia de prensa que “el primer ministro de Israel, Benjamín Netanyahu, aceptó mi recomendación de retrasar las revisiones a la iniciativa en el *Knesset*” (Begin, 2013).

No obstante el aplazamiento fue sucinto, en fecha 5 de enero del año 2014 la oficina del primer ministro Israelí proclama un comunicado de prensa señalando que “el gobierno ha aprobado la resolución que vuelve a dar curso al plan para la Regulación de los Asentamientos Beduinos en el Negev” (Prime Minister’s Office, 2014).

5 Tal como se protege en el PIDCP en sus artículos 4.1, 24.1 y 26, y en la DUDH en sus artículos 1, 2 y 7. Ambas convenciones han sido firmadas y ratificadas por Israel.

3. Desaprobación del desplazamiento forzado de Beduinos en la Comunidad Internacional

Diversas Instituciones Internacionales y Organizaciones No Gubernamentales⁶ (ONG) han manifestado su negativa a la implementación del Plan Praver-Begin, en general su argumento alude a que no cumple con las obligaciones de Estado en materia de Derechos Humanos.

En este apartado analizaremos con más detalle las resoluciones y observaciones que han emitido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas y el Parlamento Europeo perteneciente a la Unión Europea.

3.1 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD):

La Organización de Naciones Unidas (ONU) ha sido enfática al recomendar al Estado de Israel que termine con el Plan Praver-Begin por ser ampliamente discriminatorio. Por medio de observaciones, el CERD, en marzo de 2012, muestra gran preocupación por “...la situación actual de las comunidades beduinas, en particular con respecto a la política de demolición de viviendas y otras estructuras, además de las crecientes dificultades que enfrentan los miembros de estas comunidades en el acceso a la tierra, la vivienda, la educación, el empleo y la salud pública, lo cual es completamente desigual en relación con los israelitas judíos” (CERD, 2012).

Puede verse que la ONU hace un diagnóstico bastante claro del problema, en consonancia con lo expresado en el título anterior y por muchas ONG´s⁷ en el mundo. Las recomendaciones de esta institución siguen la misma línea, de protección de los derechos humanos.

6 Algunas de ellas son: Amnistía Internacional (Amnesty, 2013), Human Rights Watch (Human Rights Watch, 2013) y Canadians for Justice and Peace in the Middle East (CJPME, 2013).

7 Como The Euro-Mediterranean Human Rights Network (EMHRN) y su informe titulado “Discriminatory bill to evict tens of thousands of Bedouin communities in Israel from their ancestral lands – time for EU action”.

Se le solicita a Israel que:

“solucione satisfactoriamente los problemas que enfrentan las comunidades beduinas, en particular lo que respecta a la pérdida de sus tierras y el acceder a nuevas. El Comité también recomienda que el Estado Parte intensifique los esfuerzos para garantizar la igualdad de acceso a los servicios básicos en todos los territorios bajo el control efectivo del Estado Parte. A este respecto, Israel debe retirar el proyecto de Ley de Regularización del Asentamiento Beduino en el Néguev, por ser discriminatoria e intentar legalizar la política de demoliciones de hogares y desplazamiento forzado de las comunidades indígenas” (CERD, 2012, párrafo 20).

El comité denuncia una grave discriminación, la cual se evidencia en la desproporción de autorizaciones de construcción en el Negev; hay un trato preferencial porque se construyan asentamientos israelíes en donde el Estado, además, facilita infraestructura urbana, servicios básicos y consultas ciudadanas. Mientras que “con los beduinos palestinos hay una tendencia a demolerles sus viviendas, quitarles servicios básicos y negarles permisos de construcción (CERD, 2012, párrafo 25).

Al igual que el comité, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁸, Navi Pillay sostuvo que:

“El Gobierno de Israel debe reconocer y respetar los derechos específicos de las comunidades beduinas, incluyendo el reconocimiento de las reclamaciones de propiedad de sus tierras. Los beduinos del Negev deben ser vistos como ciudadanos iguales a los demás, pero con lazos históricos con la tierra, por ser ellos residentes genuinos” (Pillay, 2013).

Como se mencionó al inicio, no sólo las comunidades beduinas del Negev se verán perjudicadas con el Plan Prawer–Begin, también las que se encuentran en Cisjordania bajo ocupación israelí. Tal como lo expresa la relatora especial de Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada, Raquel Rolnik:

8 Es el máximo funcionario de Naciones Unidas responsable de los Derechos Humanos.

...visité la comunidad árabe beduina al-jahalin de Khan el Ahmar en la zona bajo el control directo de las autoridades israelíes. Esta comunidad, entre otras, en el ámbito de la “Gran Jerusalén” ha sido informada por la Administración Civil que se ha aprobado un plan que implicaría su expulsión de la zona en la que viven. Este plan fue elaborado sin consultar a la comunidad afectada. Además, las autoridades han construido recientemente una carretera junto a la comunidad restringiendo el acceso al exterior y provocando el aislamiento de los habitantes. La única escuela en la zona, que fue construida por la comunidad, se encuentra bajo una orden de demolición (Rolnik, 2012).

Lo más lamentable de todo esto, aparte de quitarles sus tierras, es que no hay ofrecimiento que pudiera equiparar el daño producido, se les traslada a ciudades donde deben sacrificar su estilo de vida y sus costumbres para adaptarse a “lo urbano”.

Parlamento Europeo (PE): El pasado 5 de julio de 2012, el PE aprueba una resolución histórica: condena enérgicamente las políticas de Israel, incluyendo el desplazamiento forzado y la demolición de casas. La resolución 2012/2694 busca resguardar los derechos de propiedad, igualdad y cultura que tienen los beduinos, pidiendo a Israel que: “...las comunidades beduinas de Cisjordania y el Neguev sean protegidas y que sus derechos sean plenamente respetados por las autoridades israelíes, y condena toda violación (por ejemplo, las demoliciones de viviendas, los traslados forzados y las restricciones de los servicios públicos); igualmente solicita, en este contexto, que el Gobierno israelí retire el Plan Praver” (Parlamento Europeo, 2012). El PE solicita el cese de la impunidad y la aplicación de un debido proceso acorde a derecho en las acusaciones, detenciones y sanciones aplicadas por Israel contra palestinos. En sus palabras pide:

...el fin de la detención administrativa sin acusación, ni juicios formales que las autoridades israelíes practican contra los palesti-

nos, el acceso a un juicio justo para todos los detenidos palestinos y la liberación de los presos políticos” (Parlamento Europeo, 2012, Párrafo 11).

Por último, se exige poner fin a las vulneraciones a la dignidad y que se haga justicia:

... condenando enérgicamente todos los actos de extremismo, violencia y acoso perpetrados por los colonos contra civiles palestinos, e insta al Gobierno y a las autoridades israelíes a que lleven ante la justicia a los autores de semejantes actos y los obliguen a rendir cuentas (Parlamento Europeo, 2012, Párrafo 8).

Además, se exige que “Israel cumpla sus obligaciones de brindar a los beduinos y palestinos en general, servicios sociales adecuados” (Parlamento Europeo, 2012, Párrafo 10), en especial en los ámbitos de la educación y la sanidad pública.

Los problemas que enfrentan los ciudadanos beduinos árabes del Nabaq nunca antes se habían abordado en una resolución del PE. Es un gran logro que se haya reconocido que el maltrato recibido por los beduinos es independiente del lugar donde se encuentren. Es un avance, que se evidencie y condene la política pública de un “desarrollo” que desconoce los derechos del pueblo palestino. Finalmente, constituye un acto político significativo que “la Unión Europea haya decidido impedir la importación de productos realizados en asentamientos israelíes” (Parlamento Europeo, 2012, Párrafo 9), todo ello aporta, de una u otra forma, a presionar para que cesen las violaciones de derechos humanos.

4. Políticas de Israel: ¿Crímenes de Guerra y/o de Lesa Humanidad?

Si bien el Plan Prawer-Begin, se materializó en un proyecto de ley que busca reubicar a beduinos del Negev. Los beduinos de los territorios ocupados viven aún peor y constantemente son expulsados de sus tierras

para levantar nuevos asentamientos judío-israelitas. En este apartado estudiaremos a los beduinos de las zonas ocupadas y analizaremos si cabe o no la posibilidad de catalogar el actuar de Israel como crimen de guerra.

La IV Convención de Ginebra (IVCG) relativa a la protección debida de las personas civiles en tiempos de guerra, es una norma del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y en su artículo 49 reza “los *traslados* en masa o individuales, de índole *forzosa* de personas *protegidas*, están prohibidas”, las personas protegidas son aquellos civiles que se encuentran bajo la dominación de una potencia ocupante. En este caso es indubitable que la potencia ocupante es Israel, así ha quedado demostrado en múltiples resoluciones internacionales⁹. También ha quedado claro que se ha forzado a los beduinos a reubicarse, tal como lo menciona la relatora especial de la ONU: “El valle del Jordán ha sufrido el mayor número de demoliciones, con 199 estructuras demolidas y 401 personas desplazadas (Rolnik, 2012)”. La falta de consulta a las comunidades también demuestra el carácter violento del desalojo.

El mismo artículo contempla una excepción para que el traslado quede justificado:

... la potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector (Ginebra, 1949).

Sin embargo, esta excepción no se cumple, puesto que no se está realizando el desalojo con el fin de velar por la seguridad de la población (no hay hostilidades) o por razones de necesidad militar imperiosa (lo cual si aconteciere sería sólo un traslado temporal, mas no definitivo, sin demoliciones).

La destrucción de bienes inmuebles pertenecientes a personas particulares está prohibida (Ginebra, 1949, art. 45)¹⁰. En otras palabras, la

9 A modo de ejemplo: resoluciones 242, 446 y 478 del Consejo de Seguridad de la ONU.
10 Artículo 53, del IVCG.

demolición de las aldeas beduinas es una violación al DIH, tal como lo ha planteado el propio PE (Resolución 2012/2694, párrafo 10).

Otra norma de DIH transgredida por Israel que ha quedado en evidencia en este estudio (*Vid. Supra Intro*) es la que enuncia:

... la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener, con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, los establecimientos y los servicios médicos y hospitalarios, así como la sanidad y la higiene pública en el territorio ocupado (Ginebra, 1949, art. 56).

Por último, el artículo 147 de la IVCG establece que son infracciones graves la deportación o el traslado ilegal, la destrucción y la apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario. Ambas infracciones se acreditan en los hechos estudiados, por lo que lamentamos aseverar que Israel ha incumplido la IVCG y, por tanto, ha cometido Crímenes de Guerra.

Para analizar si existe o no la posibilidad de que Israel esté cometiendo un Crimen de Lesa Humanidad, es necesario esclarecer correctamente el concepto que se encuentra definido en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El acto que constituye el mencionado crimen, *debe cometerse como parte de un ataque*:

Generalizado o sistemático. Entendiéndose por el primero, una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos considerados como constitutivos del crimen. Mientras que el segundo implica dichas conductas que hayan sido cometidas en conformidad con un plan de un Estado o de una organización para cometer el ataque o para promover una política determinada (Alejandro y otros, 2006, 42).

En contra de la población civil.

En conocimiento de dicho ataque. No es necesario que el perpetrador conozca la extensión o características de dicha agresión (Cassese, 2003, 64-91).

Entre las conductas que señala el artículo 7 que pueden constituir Crimen de Lesa Humanidad, se encuentran:

d) Deportación o traslado forzoso de población; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

Ergo, y tomando en consideración todo lo expuesto en este artículo, decimos que la política violentamente discriminadora de Israel contra las comunidades Beduinas constituye dos crímenes de Lesa Humanidad (Diakonia, 2011), por ser un traslado forzoso y persecución sistemática de un pueblo indígena a manos de un ejército con pleno conocimientos de sus ataques.

5. Conclusiones

En consecuencia, el Estado de Israel no puede legislar disposiciones que, en efecto, suspenden la aplicación del estatuto jurídico para la población beduina cuando, paralelamente y sin motivo plausible, le es válido y aplicable a todos los demás ciudadanos del Estado.

El nulo reconocimiento gubernamental a las legítimas demandas de los pueblos originarios, el uso desproporcionado de la fuerza y la ambición de poder, han llevado y seguirán llevando al fracaso en toda iniciativa de solución. Para aspirar a tener un remedio eficaz, acorde al derecho interno e internacional, pero por sobre todo acorde a la vida humana, Israel debe detener de inmediato todas las demoliciones de viviendas árabes beduinas y concebir que la única alternativa se encuentra en el diálogo con los beduinos, desde su historia y cultura, entendiendo que muchas veces puede ser muy distinta a la occidental, pero que debemos respetar por ser ésta, parte de nuestro patrimonio cultural inmaterial.

El derecho a la vida, libertad, vivienda, propiedad e igualdad están fuertemente protegidos en múltiples tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos. La protección de personas civiles en tiempos de guerra o por la potencia ocupante forma parte del DIH que se plasma principalmente en los Convenios de Ginebra de 1949; sin embargo, estos instrumentos ahogan su validez cuando no hay actos jurídico-políticos que busquen su ejercicio. Al respecto destacamos las resoluciones de organismos internacionales tan influyentes como la ONU y el PE que han demostrado firmemente su compromiso, pero eso no basta.

Nos parece preocupante que un Estado esté cometiendo crímenes de Guerra y, posiblemente, crímenes de Lesa Humanidad sin que ningún país influyente del orbe solicite siquiera una investigación clara sobre éstos. Es necesario que el mundo entero empaticice con Palestina, tal como fue con la Sudáfrica del *apartheid*, y que se condenen internacionalmente los actos que degradan nuestra condición humana, a través de la aplicación de políticas sancionatorias, de manera de elevar y priorizar, por sobre cualquier interés, el resguardo al ser humano. Algo que debiéramos haber aprendido hace mucho tiempo.

6. Bibliografía

- ACRI. 28 Enero 2013. ACRI Begin Plan for Negev Bedouin Continues Racist Policy of Dispossession. <http://www.acri.org.il/en/2013/01/28/begin-plan-bedouin-dispossession/>
- Adalah. 2012. The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel. <http://es.scribd.com/doc/122424008/The-Arab-Bedouin-and-the-Praver-Plan-Ongoing-Displacement>
- Adalah v. Minister of Defense, 8276/05. Diciembre de 2006. Tribunal Supremo de Justicia de Israel.
- ADALAH-ACRI. 2013. RE: Memorandum of Law on the Regulation of Bedouin Settlement in the Negev, 5773-2013. Tel Aviv.
- Alejandro, A. M., Arjona Estévez, J. C., Medellín Urquiaga, X., Montiel Romero, L., Navarro Ramírez, I., Talamás Salazar, M., y otros. 2006. Glosario de términos básicos sobre Derechos Humanos. México D.F.

- Amnesty International. 2013. Israel: Knesset Urged Not To Pass Law That Would Forcibly Evict Tens Of Thousands Of Negev/Naqab Bedouin. Begin, B. 2013 December 12. Government shelves Praver Plan on Bedouin settlement. Time of Israel Tel Aviv.
- Cassese. 2003. International Criminal Court. Oxford University Press.U.K. Canadians for Justice and Peace in the Middle East. September 2013. The Bedouin of Israel and the Begin–Praver Plan. CJPME Montreal: <http://www.cjpme.org/DisplayHTMLDocument.aspx?DO=795&ICID=4&RecID=1149&SaveMode=0>
- CERD. Marzo 2012. Office of the High Commissioner for Human Rights. Observations: Israel. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.ISR.CO.14–16.pdf>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 1997. Recomendación general N° 23: relativa a los derechos de los pueblos indígenas.
- Diakonia. 2011. The forced transfer of Bedouin communities in the Opt. Sweden: Legal brief.
- Ginebra. 1949. IV Convenio de Ginebra. Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Ginebra, Suiza.
- Godfrey–Goldstein, A. 2013. Medio Oriente: Palestina. Revista Mundo Indígena.
- Human Rights Watch. 30 Agosto 2013. Israel: Bedouin Facing Mass Evictions From Their Land. Recuperado el 2 de Enero de 2014, de Human Rights Watch: <http://www.hrw.org/news/2013/08/30/israel–bedouin–facing–mass–evictions–their–land>
- Knesset. 2013. The Bill to Regulate Bedouin Settlement in the Negev 5773–2013. Jerusalén, Israel.
- Pillay, N. 25 Julio 2013. Navi Pillay urges Israel to reconsider proposed bill that will displace tens of thousands of bedouin: The United Nations Office At Geneva. [http://www.unog.ch/80256EDD006B9C2E/\(httpNewsBy-Year_en\)/D0A44D432864F6EAC1257BB30032AAA3?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EDD006B9C2E/(httpNewsBy-Year_en)/D0A44D432864F6EAC1257BB30032AAA3?OpenDocument)
- Rolnik, R. 2012. Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non–discrimination in this context: OHCHR. Office of the High Commissioner for Human Rights: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/>

DisplayNews.aspx?NewsID=11815&LangID=E

Siegel, A., y Alamour, K. 2013. Medio Oriente: Israel. Revista Mundo Indígena.

Parlamento Europeo. 5 Julio 2012. Sobre la política de la UE en Cisjordania y Jerusalén del Este, 2012/2694.

Prime Minister's Office. 2014. תרדסהב לופיטה תרבעה תא הרשיא הלשממה חותיפו תואלקחה דרשמל בגנב מיאודבה לש יתרבח-ילכלכה חותיפהו תובשייתהה רפכה (hebreo). Tel Aviv.<http://www.pmo.gov.il/MediaCenter/Spokesman/Pages/spokebeduim050114.aspx>

Yiftachel, O. 2010. Expert Opinion (response to expert opinion by Prof. Ruth Kark) on the claim of the heirs of Suleiman al-Uqbi to ownership of plots in al-Araqib and Zahilqiya, in Civil Case. Beer-Sheva, Israel.

Aspectos a considerar para un eficaz acceso a instancias internacionales de protección de derechos humanos

Marcelo Trucco

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina.
Docente de la Maestría de Derechos Humanos,
Universidad Nacional del Rosario (Argentina)

Resumen: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece distintas instancias para reclamar en el ámbito internacional por violaciones a derechos fundamentales de las personas ocasionados por la acción u omisión de los Estados. Cada una de estas instancias, universales y regionales, poseen características propias, ventajas y desventajas, particularidades que deben ser detenidamente valoradas al momento de elegir la mejor vía para canalizar el reclamo internacional. El presente artículo analiza las distintas cuestiones que deben tenerse en cuenta para que la elección responda a una decisión estratégica que permita obtener los mejores resultados conforme los objetivos buscados. Asimismo, el estudio pretende aportar herramientas prácticas para aquellas personas, profesionales del Derecho y organismos no gubernamentales, que efectúan denuncias ante instancias internacionales, ofreciendo pautas para el análisis que pueden resultar de interés para optimizar el acceso y la correcta utilización de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos; protección internacional; denuncias; mecanismos internacionales.

Abstract: The International Human Rights Law offers different instances to claim for the violation of fundamental rights caused by the action or omission of the States. Each of these instances –both universal and regional– has its own characteristics, advantages and disadvantages that the petitioner should take into consideration when choosing the best way to file the international claim. This article analyzes these different questions

and also tries to contribute with useful tools and guidelines for those persons, professionals and non-governmental organizations that claim before international human rights bodies.

Keywords: human rights; international protection; complaints; international mechanisms.

Artículo recibido: 03/02/14 Aceptado: 14/02/14

Sumario

1. Introducción
2. El acceso a instancias internacionales como decisión estratégica
3. Instancias universales y regionales de protección
4. Aspectos a tener en cuenta para definir la mejor estrategia de litigio internacional
 - 4.1. ¿Ante qué organismo internacional conviene presentar la petición?
 - 4.2. ¿Qué es lo que se busca con la presentación?
 - 4.3. Ponderación de los sujetos que llevarán adelante el reclamo y contra quién va dirigido
 - 4.4. El contenido de la denuncia y los tiempos para efectuar la presentación
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

La consagración de la personalidad internacional del individuo a mediados del siglo XX generó un impacto trascendente en el campo de los derechos humanos. No sólo significó el reconocimiento positivo de derechos inherentes a las personas anteriores y superiores al Estado, sino que abrió la posibilidad del reclamo internacional cuando las respuestas brindadas por los Estados a través de sus mecanismos internos resultaron insuficientes para garantizar el derecho vulnerado. Para Mónica Pinto (Pinto, 2005), “si la existencia de un sistema de normas que protejan derechos humanos contribuye a consolidar la subjetividad del individuo, la consagración del

derecho de petición importa reconocerle la facultad de prevalecerse de sus derechos frente al Estado ante una instancia internacional”.

Este cambio de paradigma, esta nueva dimensión *humanizadora* del Derecho Internacional, vino a poner límites a la soberanía absoluta de los Estados adquiriendo, desde entonces, los individuos capacidad jurídica procesal para activar la protección internacional de los derechos humanos. Así se sostiene que,

al reconocimiento de derechos individuales debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional. Es mediante la consolidación de la plena capacidad procesal de los individuos que la protección de los derechos humanos se torna una realidad (Cançado Trindade, 2007).

Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un orden respetuoso de los procedimientos internos, los sistemas internacionales de protección abren para los individuos la confianza y la esperanza de que sean las instancias supranacionales las capaces de remediar aquellas injusticias ordenadas por el Estado en detrimento de los compromisos asumidos.

Atendiendo a la necesidad de otorgar una amplia protección a los derechos, tanto desde la esfera universal como a nivel regional, se han ido organizando diversos mecanismos a disposición de los individuos para plantear el reclamo ante dichas instancias. Estos ámbitos se edifican sobre la base de organizaciones internacionales (Naciones Unidas, OEA, etc.) o bien surgen de los propios tratados internacionales que han creado órganos de seguimiento, control y juzgamiento de los compromisos aceptados por las naciones en favor de las personas sometidas a su jurisdicción.

Estos mecanismos coexisten en la comunidad internacional, pudiéndose dar el caso que un mismo derecho resulte contemplado por varios tratados ratificados por el Estado responsable de la violación y a su vez con la posibilidad de acudir a distintos procedimientos. De allí surge la necesidad, en el caso concreto de tener que llevar un reclamo a la instancia internacional, de pensar y analizar las distintas opciones y posibilidades

que se pueden presentar, a los efectos de evitar duplicidad de procedimientos y a los fines de optimizar el planteo y dar mayor garantía de eficacia y éxito a lo que se está reclamando.

En muchas ocasiones, se piensa erróneamente que el acceso a la vía internacional es sencillo y que lo que no se pudo lograr en más de diez años de litigio en la justicia interna, se logrará “mágicamente” en las instancias internacionales. La realidad muestra escenarios muy distintos a aquella fantasía. Por eso, es importante ser realistas y sinceros, especialmente con las víctimas que buscan en la comunidad internacional la última esperanza para ver satisfechos sus legítimos reclamos de justicia. Los órganos de protección universales y regionales dan cuenta de una gran cantidad de denuncias presentadas anualmente por sujetos individuales, de las cuales un gran porcentaje no logran ser atendidas, en parte por lógicas carencias operativas de los sistemas, pero en otra gran parte, por problemas formales en su presentación, por carencias en su fundamentación o por no haber sido examinados seriamente los requisitos de acceso al organismo pretendido.

El presente estudio propone un análisis de aquellas cuestiones que deben ser valoradas al momento de decidir llevar un reclamo a la esfera internacional, intentando aportar herramientas prácticas que permitan optimizar y enriquecer las diferentes estrategias posibles.

2. El acceso a instancias internacionales como decisión estratégica

Dada la existencia de sistemas internacionales de protección de naturaleza universal y regional, no hay en principio ningún obstáculo para que se pueda acudir a cualquiera de ellos para formular peticiones por violación de derechos humanos. Sin embargo, vale recordar el requisito consuetudinario y convencional que impide a una persona poder denunciar al mismo tiempo una misma situación ante varios órganos internacionales, requisito conocido como “litispendencia”¹. Si bien dicho requisito adquiere

1 En el ámbito del sistema interamericano, el artículo 46 inc. 1 c) de la Convención Americana de Derechos Humanos impide efectuar peticiones ante la CIDH si la

limitaciones y flexibilidades en algunos instrumentos regionales, lo cierto es que su intención es evitar la duplicidad de procedimientos, como así también la existencia de decisiones contradictorias referidas a un mismo derecho aparentemente vulnerado. Es entonces que, dada la posibilidad de dirigir el reclamo ante instancias universales o regionales, es necesario evaluar cuál de ellas ofrece las mejores garantías para, a partir de esta decisión, comenzar a diseñar la mejor estrategia para encauzar el reclamo internacional.

Al momento de plantear un caso de litigio internacional de derechos humanos, la estrategia debe consistir básicamente en “poner sobre la mesa” todas las opciones posibles, sopesando las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Abrir este abanico de opciones suele ser un elemento tranquilizador, ya que permite visualizar la existencia de distintas opciones y caminos posibles.

Constituye un paso preliminar importante, antes de definir y poner en marcha el planteo, reflexionar si están dadas las condiciones para poder efectuar el reclamo y cuáles serán los objetivos que orientarán los pasos necesarios en pos de los resultados esperados. Detenerse en el análisis global de la situación. Valorar y ponderar los beneficios que puede acarrear llevar el caso ante una instancia internacional, si existe la posibilidad de restituir o recomponer el derecho violado o en su defecto cuáles son los alcances de las reparaciones a las cuales puede acceder la víctima o familiares y cuáles son las repercusiones que se pueden obtener a nivel de las políticas internas del país denunciado. Así, deben pensarse, entre otras cuestiones: ¿por qué puede resultar relevante el caso?, ¿qué cambios operarán en caso de prosperar el planteo?, ¿puede resultar de importancia para “iluminar” otros casos similares o para cambiar estados de cosas en el país? (políticas públicas, leyes, etc.).

El acceso a instancias internacionales no es automático, sino que obedece a requisitos que deben ser cumplidos y que son examinados por los organismos que deciden la continuación de los reclamos ante esas

materia de la petición o comunicación estuviere pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.

vías. En ese sentido es un error frecuente el querer utilizar las instancias internacionales como “cuartas instancias” para seguir discutiendo cómo los tribunales nacionales han valorado ciertas pruebas. Es constante la jurisprudencia internacional en cuanto a desestimar reclamos o peticiones que buscan cambiar criterios de interpretación que ya han sido valorados por los jueces nacionales sin que se evidencie vulneración de derecho alguno. Los órganos de protección no son instancias de apelación, por el contrario, entienden en los asuntos siempre y cuando se logre demostrar por parte del peticionario que, a pesar de haber existido un proceso en el orden interno, se han violado derechos y garantías consagrados en los tratados y pactos sobre la materia (Trucco, 2011). Con buen criterio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que “...la Comisión no puede hacer las veces de tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia”².

Asimismo, se debe ser paciente respecto al Estado que se pretende denunciar, teniendo especialmente en cuenta el requisito del agotamiento de los recursos internos presente en todos los procedimientos de acceso a instancias internacionales. Dar los tiempos y las posibilidades al Estado para que ofrezca garantizar, restituir y/o reparar el derecho vulnerado dentro de los recursos y mecanismos que ofrecen los procesos internos de ese país. Muchas denuncias resultan apresuradas y son desestimadas en el ámbito internacional por no haberse, previa y debidamente, interpuesto y agotado los recursos internos. Este requisito confirma la regla de que los procedimientos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resultan subsidiarios de los establecidos en el Derecho interno. El orden internacional no reemplaza en absoluto las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados internacionales. La Corte IDH reafirmó este carácter subsidiario al sostener que “la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual

2 CIDH, *Caso Rita Ortiz c/ Argentina*, Informe 98/06, Inadmisibilidad, 21 de octubre de 2006, considerandos 48 a 54.

es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria” de la interna”³.

Aún después de haberse interpuesto una petición debe valorarse la posibilidad de entrar en contacto con el Estado, dado que en ciertas ocasiones, y con la ayuda de los órganos de protección, es posible comenzar procesos de diálogo que permiten acercar a las partes y llegar a soluciones evitando mayores dilaciones en el tiempo⁴.

Resulta fundamental que el litigio estratégico en sede internacional sea orientado a lograr profundas transformaciones en el ámbito nacional y regional y, especialmente, en el cambio de políticas públicas⁵. Creemos que en esto consiste el verdadero desafío. Lo que se busca es hacer eficaz el planteo, tratando que el esfuerzo invertido en hacer la presentación rinda sus frutos. Para ello, es preciso tomarse el tiempo necesario en analizar todas las variables que pueden presentarse para que finalmente la decisión de efectuar el reclamo surja de la reflexión responsable y del análisis de las reales posibilidades antes de embarcarse en una empresa difícil que puede estar condenada de antemano a extender los tiempos y sumar mayor complejidad al sistema, generando falsas expectativas en las víctimas. Es importante no apresurarse y tomarse el tiempo para “estudiar el caso”, pensando que esas previsiones redundarán en una presentación más sólida. No debe olvidarse que las víctimas y sus familias ya vienen agobiadas de tolerar años de frustraciones en las instancias internas, por lo que pueden sentir el lógico temor de iniciar un nuevo procedimiento ante instancias internacionales profundizando el cansancio y renovando

3 CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Serie C, Resoluciones y Sentencias, Nro.4, párr. 61, p.27

4 El procedimiento de solución amistosa está previsto formalmente en el sistema interamericano. No obstante, y a pesar de no establecerse convencionalmente, es regla consuetudinaria la posibilidad de acercar a los organismos de protección entendimientos entre los Estados y los peticionarios.

5 Puede consultarse el manual *Estrategias, alianzas y desafíos feministas en materia de litigio internacional*. 2012. Lima: Publicación de CLADEM (Comité de América latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer).

la desesperanza. De allí la necesidad de actuar con responsabilidad y sin improvisaciones.

3. Instancias universales y regionales de protección

Como se dijo anteriormente, la posibilidad que un mismo derecho esté garantizado en instrumentos universales y regionales, plantea el desafío de analizar a qué mecanismo acudir para reclamar su efectivo reconocimiento. No se trata de desechar por completo una instancia en defecto de la otra, pues partimos de considerar a todos los mecanismos de protección como muy importantes y de gran utilidad al momento de defender los derechos de los individuos, más allá de su vigencia y alcance. No deben entenderse en un sentido excluyente, por el contrario, la coexistencia de diversas instancias internacionales debe asumirse en un sentido de cooperación, viendo qué aporta cada una y a cuál de ellas puede acudirse para brindar una protección más amplia al derecho reclamado.

No obstante, las instancias regionales de protección deben ser especialmente valoradas pues aportan ventajas considerables. Son resultados de las circunstancias y las realidades históricas por las que han atravesado y atraviesa cada continente.

No significa ir en contra del carácter universal de los derechos humanos ni que existan derechos humanos diferentes según las regiones, sino que ellos se desenvuelven en circunstancias y entornos distintos, permitiendo profundizar en la protección de derechos que se presentan con características peculiares en ciertas regiones(Trucco, 2013)⁶.

6 A modo de ejemplo, podemos citar el tratamiento especial que los instrumentos de protección interamericanos dedican al derecho a solicitar asilo, derechos políticos, la lucha contra la desaparición forzada de personas y demás crímenes de lesa humanidad, las garantías judiciales; especialmente por las circunstancias políticas vividas en el continente entre la década del 60 y 80. El derecho a la libertad religiosa es un derecho de extenso tratamiento en el sistema europeo, así como la lucha contra la discriminación racial y el derecho al desarrollo de los pueblos es una característica

Asimismo, el contar con sistemas regionales facilita y acerca el procedimiento a las víctimas, sus familias y a cualquier otra persona u organismo que quiera realizar denuncias o peticiones, en la búsqueda de justicia y reparación para los derechos vulnerados. Muchas veces la distancia, el idioma, la carencia de recursos económicos, pueden obrar como factores que limitan o directamente impiden el acceso al sistema.

4. Aspectos a tener en cuenta para definir la mejor estrategia de litigio internacional

4.1 ¿Ante qué organismo internacional conviene presentar la petición?

A los fines de ponderar este primer factor resulta conveniente, en primer lugar, identificar rápidamente los derechos vulnerados y analizar su reconocimiento en diversos tratados internacionales de derechos humanos, ya sea a nivel universal o regional, como así también si esos derechos tienen un reconocimiento específico en algún tratado en particular (por tratarse de derechos que afecten a niños, mujeres, comunidades indígenas, o que involucran hechos relacionados a la desaparición forzada de personas, discriminación, tortura, violencia de género, etc.).

Una vez estudiados acabadamente los instrumentos internacionales que los regulan, se debe analizar si en dichos tratados o Protocolos facultativos existen Comités que habiliten la presentación de peticiones individuales por violación a los derechos protegidos advirtiendo, en caso de que existan, cuáles son los requisitos establecidos, cuáles son las fortalezas y debilidades que puede presentar cada uno, quiénes son los sujetos habilitados a realizar las peticiones, cuáles son las derivaciones futuras⁷, y

diferencial del sistema africano.

⁷ Algunos instrumentos permiten la continuidad del planteo ante instancias judiciales, tal es el caso del sistema interamericano en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, que habilita la posibilidad que la CIDH luego presente el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las instancias universales, por el contrario, no tienen la posibilidad de continuarse ante estadíos judiciales, ya que no existe a nivel universal un tribunal propio de derechos humanos.

cuáles han sido las respuestas operadas por el Estado denunciado ante las intervenciones o mandatos provenientes de los organismos internacionales.

Puede ser más conveniente acceder a un organismo específico respecto al derecho vulnerado. Estos comités están conformados por especialistas en la temática y están más comprometidos con los derechos en cuestión. Por ejemplo, quizás resulte más óptimo ir al Comité de la Cedaw o al Comité contra la Tortura o al Comité encargado de monitorear los derechos de las personas con discapacidad, que acudir a la generalidad del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de monitorear el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Otro aspecto que puede ser valorado es si el caso que estamos planteando ya ha sido tratado o examinado por el Comité o tribunal. Esto es importante porque permite saber con cierta anticipación cuál es el criterio que viene aplicando el organismo respecto al tema planteado. Así, puede ayudar conocer la conformación de los Comités respectivos, la formación jurídica o especialidad de sus integrantes, la lectura de casos similares que se hayan presentado, las opiniones de los integrantes del Comité o de los jueces de la Corte regional en dichos casos, las resoluciones de relatorías especiales que se hayan conformado sobre la temática debatida y los informes que se hayan producido a lo largo de los años. Todo esto contribuye a un mejor conocimiento del organismo ante el cual se intenta presentar el reclamo.

Hay situaciones en que el derecho o la problemática que se plantea no han sido examinada aún en una determinada instancia regional, pero sí cuenta con una trayectoria coincidente a mi planteo hipotético en una instancia universal. Quizás ese aspecto puede hacer inclinar la balanza por esta última. No obstante también puede pensarse y aceptarse el desafío de arriesgarse a plantear el caso por primera vez ante esa otra instancia regional, pretendiendo que mi caso se erija en un *leading case*, que abra puertas para cambios estructurales de políticas públicas o modificaciones normativas en un país determinado.

Asimismo, debe reflexionarse sobre qué mecanismo ofrece mayor garantía de accesibilidad, analizando los riesgos potenciales. A modo de ejemplo, el idioma puede resultar un factor limitativo para acudir a una

instancia universal, como así también puede jugar a favor para optar por una instancia regional el no tener que hacer la presentación en forma personal en la sede del Comité respectivo, sino poder hacerlo en la delegación del organismo regional en el país o bien por medios electrónicos, tal como ocurre en el sistema interamericano para acceder a formular una petición ante la CIDH. Más aún, se da el caso de sistemas regionales que no permiten peticiones individuales, como el caso del sistema africano (Faúndez Ledesma, 2004) o de tratados internacionales de derechos humanos que sólo admiten solicitar a Comités informes a los países, mas no habilitan peticiones de particulares, tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, o bien otros tratados que sólo prevén la presentación de demandas derivadas de controversias entre Estados parte, como el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio⁸.

También es importante analizar los tiempos que demanda en cada comité el tratamiento de un tema. Hay instancias que trabajan con más celeridad, quizás por menor cantidad de presentaciones, quizás por menos requisitos procedimentales. Lamentablemente, la realidad de nuestro sistema interamericano da cuenta de una gran demora en la tramitación de causas, lo que desanima ciertamente a los ciudadanos, haciéndolos optar por otras instancias. El alto número de denuncias que ingresan anualmente a la CIDH, le impide ser un órgano capaz de atender todos los reclamos con la eficacia que merecen. Al respecto, reflexiona Faúndez Ledesma que “si la justicia tardía es una injusticia, y si la propia Convención americana consagra el derecho de toda persona a ser oída dentro de un plazo razonable, los órganos del sistema no se han distinguido por su agilidad y rapidez” (Faúndez Ledesma, 2004). Igualmente, en este último caso puede valorarse la posibilidad de presentar medidas cautelares para los temas urgentes y que puedan ocasionar un perjuicio irreparable. A través de las medidas urgentes, los órganos del sistema tienen la oportunidad de

8 En este último caso, el Tratado establece la competencia de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas para entender en la controversia entre Estados partes derivada de la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención.

conocer y responder de manera ágil a situaciones críticas. Estos últimos recursos no son siempre tenidos en cuenta, pudiendo representar una estrategia que permite ganar tiempo y efectividad al reclamo.

4.2. ¿Qué es lo que se busca con la presentación?

Uno de los aspectos claves para que el acceso ante la instancia internacional resulte eficaz es detenerse a reflexionar sobre los objetivos buscados con la presentación. Si bien la mayoría de las pretensiones buscan obtener una compensación económica por los daños materiales e inmateriales sufridos por la víctima, el objetivo al momento de solicitar reparaciones no debe limitarse solamente a lo económico, sino que la estrategia debe ser más amplia, abarcando otras medidas de reparación, yendo más allá de aquellas que van a beneficiar a la víctima concreta o sus familiares, buscando también las que beneficiarán a toda la sociedad. Esta mayor amplitud obliga a apreciar con detenimiento todos los aspectos relacionados con el caso, y así ponderar con mayor criterio las obligaciones que el organismo respectivo hará recaer en el Estado para reparar los daños ocasionados. Decíamos anteriormente que, las instancias internacionales de protección sirven en muchos casos para “abrir puertas”, para detectar falencias que deben ser subsanadas o remediadas por los Estados. Esta “función social” de las reparaciones deben ser tenidas en cuenta al momento de plantear el petitorio⁹ porque son las que generan un mayor impacto a nivel comunitario.

9 Basta recordar al respecto, y a modo de ejemplo, los casos “Bulacio”, en donde se lograron cambios en materia de detención de menores y de políticas públicas para impedir abusos y detenciones arbitrarias; el caso “Kimel”, por el cual se lograron profundas transformaciones legislativas y cambios de normas que limitaban el derecho a la libertad de expresión; el caso “Maria da Penha”, verdadero leading case en materia de violencia de género, que permitió abrir las puertas a la legislación sobre la protección integral de la mujer en varios países de América latina, y el caso “Barrios Altos”, jurisprudencia que abrió las puertas a la prohibición de leyes, indultos o amnistías que impidan el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, entre otros importantes casos.

Las reparaciones pretendidas deben resultar proporcionales y acordes a la gravedad del caso bajo examen y a los derechos vulnerados. Así lo ha establecido la propia Corte IDH al sostener que “las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho”¹⁰. Así también, las reparaciones solicitadas deben ser viables y realizables por el Estado en un período prudencial de tiempo. A modo de ejemplo, si solicito en la petición que el Estado reconozca y ponga en práctica los mecanismos para dotar de una vivienda digna a todos y cada uno de los habitantes, es muy difícil que esa medida pueda ser puesta en práctica en el corto tiempo.

4.3. Ponderación de los sujetos que llevarán adelante el reclamo y contra quién va dirigido

Forma parte de la estrategia analizar quién será el sujeto que presentará la petición en sede internacional. Es interesante detenerse en esta decisión pues varía el sujeto activo según el organismo ante el cual se efectúe la presentación. A modo de ejemplo, vale mencionar que el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo habilita a quien alega ser víctima de la violación a formular peticiones ante el Comité que monitorea dicho Pacto. En igual sentido, el sistema europeo de derechos humanos. No ocurre así con el sistema interamericano, que faculta a hacer la presentación a cualquier persona o grupo de personas, no exigiéndose por lo tanto como necesidad que sea la misma víctima. Al respecto, se sostiene que “el sistema interamericano distingue entre peticionario y víctima. Aun cuando la víctima sea una condición necesaria para la existencia de una petición, no es parte en ella sino cuando

10 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; Párrafo 204. Anteriormente criterio sentado en: *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 110; *Caso Radilla Pacheco*, párr. 362, y *Caso Masacre de las Dos Erres*, párr. 227.

asume el carácter de peticionario” (Pinto, 1993). Esta solución de nuestro sistema regional resulta además de atinada mucho más coherente, dado que muchas veces la víctima no puede realizar la petición por razones lógicas (basta pensar en un supuesto de desaparición forzada de persona, o violaciones al derecho a la vida o el caso que la víctima no quiera denunciar por temor, etc.).

Si bien la denuncia ante la instancia internacional no requiere como condición el contar con patrocinio letrado, es conveniente acompañar la denuncia por un profesional, o bien a través de un organismo no gubernamental de derechos humanos con reconocimiento legal. Muchas veces la inexperiencia, el desconocimiento de los requisitos que deben guiar la presentación, pueden poner en riesgo la formulación de una denuncia sólidamente fundada. De allí que es recomendable, aún a pesar que no es un requisito establecido, el contar con este aporte que enriquece las presentaciones.

El acompañamiento de organismos de derechos humanos debe valorarse especialmente en la estrategia de litigio, pues constituye un inestimable apoyo al momento de plantear el reclamo internacional¹¹, especialmente en casos que involucran temáticas muy específicas, como pueden ser violencia de género, discapacidad, niños, etc. La consulta, el asesoramiento y la experiencia de organizaciones que trabajan constantemente en estos temas deben aprovecharse en la medida de las posibilidades, como así también el diálogo, las alianzas estratégicas y el trabajo coordinado que pueden entablar distintas organizaciones entre sí¹². Este

11 Algunas instancias internacionales no permiten formular peticiones a organismos no gubernamentales, tal es el caso del Comité de la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW), regulado por su Protocolo Facultativo.

12 A modo de ejemplo de alianzas entre organismos para llevar adelante un caso de litigio estratégico puede mencionarse “Campo algodónero” (González y otras vs. México, Corte IDH sentencia del 16 de noviembre de 2009), en donde trabajaron conjuntamente la “Red ciudadana de no violencia y Dignidad Humana”, el “Centro para el desarrollo integral de la mujer”, la “Asociación nacional de abogados demo-

diálogo debe mantenerse en general entre todos los actores involucrados, incluyendo a los Estados y a los propios órganos del sistema al cual se accede¹³. En este sentido, sostuvo Ventura Robles en referencia al sistema interamericano que “este proceso de diálogo entre los actores principales del sistema: los órganos de protección, Corte y Comisión, los Estados parte en la Convención Americana y la sociedad civil, especialmente aquellas organizaciones no gubernamentales que litigan con frecuencia en el sistema, debe ser retomado con vigor para alcanzar acuerdos en grupos de trabajo que después se eleven al Consejo permanente y a la Asamblea General”¹⁴.

Por otra parte, al momento de definir la estrategia, debe pensarse en el sujeto al cual irá dirigido el reclamo. Aquí debemos recordar que siempre las peticiones internacionales por violaciones a derechos humanos van dirigidas contra Estados y nunca contra sujetos individuales. Ahora bien, para optimizar la petición, debemos “conocer al rival” al cual queremos enfrentar. Esto significa que se debe analizar si el país al cual se denuncia ha ratificado el convenio y si ha aceptado la competencia de los órganos de protección. Esto es así porque en muchos casos no basta sólo con haber ratificado la convención respectiva, sino que además el país debe haber aceptado la competencia de los órganos de protección y analizar cómo ha sido efectuado ese reconocimiento de la competencia, ya que a veces se realiza para un caso determinado, a condición de reciprocidad, etc. También hay que analizar si el Estado en cuestión ha efectuado

cráticos” y el Comité de América latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer (CLADEM). También puede citarse el ejemplo del caso “Bulacio”, cuya presentación fue patrocinada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) y CORREPI (Comisión contra la represión Policial e Institucional).

13 Debe tenerse presente que en los últimos tiempos se está utilizando con mayor frecuencia la figura del “Amicus curiae”, es decir, la participación de personas, organismos de la sociedad civil, centros de estudios, organizaciones de derechos humanos, etc. que, siendo ajenos al caso en litigio, acercan sus visiones al tribunal respecto al tema planteado.

14 Voto razonado del Juez M. Ventura Robles, Corte IDH, *Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fallo 181, 2 de Agosto del 2008 (Margaroli y Maculan, 2011, 672).

algún tipo de reserva sobre algún derecho en particular reconocido en la Convención, que impediría su tratamiento posterior por un tribunal de derechos humanos¹⁵.

En este mismo punto resulta conveniente también apreciar el impacto que la decisión puede tener en el ámbito interno del país, recordando la obligación que pesa sobre los tribunales nacionales de seguir las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos. Hay países de la región que se han mostrado más receptivos de las decisiones de los órganos de protección. Otros, en cambio, tratan de eludir sus responsabilidades, o bien desconociendo dichas resoluciones, o bien dilatando indefinidamente en el tiempo el cumplimiento íntegro de las reparaciones ordenadas por los tribunales internacionales, extendiendo en este último caso el dolor y padecimiento de las víctimas y sus familias¹⁶.

4.4. El contenido de la denuncia y los tiempos para efectuar la presentación

Unas de las claves para optimizar los tiempos y la eficacia de la presentación es ser bien precisos y concretos en la exposición de los hechos que dieron lugar a la violación, sin *explayarse* en cuestiones redundantes o detalles que no guardan relación con el hecho ventilado. También resulta fundamental aportar todos los datos que permitan una correcta identificación del peticionante y de las víctimas, recordando en el primer caso solicitar al organismo ante el cual se efectúa la presentación la reserva de la identidad para preservar la seguridad de los denunciados.

La petición debe tener en cuenta la identificación clara del o los

15 Recordar el caso de la reserva presentada por Argentina al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el cual estableció que “no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno”.

16 En Argentina, y especialmente durante los últimos años, se aprecia una valorable tendencia a recepcionar los pronunciamientos internacionales y a aplicar los estándares que en materia de protección de derechos humanos provienen de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.

derechos que se consideran vulnerados y su encuadre dentro del tratado internacional que lo reconoce. Aquí es necesario recordar que las fundamentaciones de derecho que se hagan sobre el particular, deben estar basadas en los criterios y estándares internacionales de derechos humanos brindados por los diferentes sistemas de protección, de allí que sea conveniente citar antecedentes de resoluciones y fallos dictados por otras instancias internacionales. Para este fin, se debe estar actualizado sobre la jurisprudencia internacional, incorporando las distintas visiones que vienen siendo aportadas por los distintos organismos y comités universales y regionales. Los mismos sirven para aportar mayor fundamentación a la petición respectiva. En numerosas sentencias de tribunales de derechos humanos a nivel regional se hace alusión a precedentes jurisprudenciales emanados de distintos órganos, demostrando la cooperación y complementariedad existente entre los diferentes sistemas de protección.

El tiempo con que se dispone para formular una petición es otro factor a tener en cuenta especialmente. Hay instancias internacionales que prevén plazos específicos para realizar la denuncia¹⁷, o también puede darse el caso que por la fecha en que ocurrió la violación, un organismo no sea competente para entender en ella, elemento que muchas veces resulta un impedimento para acceder a la protección a través de un determinado mecanismo. En ese caso habrá que recurrir a otras instancias que permitan la presentación sin tener en cuenta un plazo preestablecido¹⁸.

Toda estrategia necesita tiempo para ser pensada y ejecutada. Es por

17 Para acudir a la CIDH, se establece un plazo de seis meses contados a partir del agotamiento de los recursos internos.

18 Vale mencionar el ejemplo del *Caso LMR contra Argentina* presentado ante el Comité de Derechos Humanos, luego de haberse examinado la posibilidad de acudir ante el Comité de CEDAW o bien ante la CIDH. No se pudo acudir a estos dos últimos dado que, en el primer caso, los hechos que motivaron la denuncia ocurrieron con anterioridad a la ratificación por parte de nuestro país del Protocolo de CEDAW que permite la presentación de denuncias individuales ante el Comité; y en el segundo caso, porque habían pasado los seis meses de plazo que se establece para acudir ante la CIDH.

ello que resulta conveniente no apresurarse y, por el contrario, tomarse y aprovechar el tiempo disponible para recolectar todos los elementos (documentación, ofrecimiento de testigos, datos sobre los hechos, etc.) que permitan una solvente fundamentación de la denuncia.

5. Conclusiones

La penetración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno de los países y la incidencia que tienen los pronunciamientos internacionales obligan a conocer acabadamente los requisitos y pautas de acceso a los sistemas de protección. Se puso de relieve a lo largo del presente estudio la importancia de ser responsables cuando se asume el compromiso de defender los derechos fundamentales de las personas. Ha llevado tiempo a la comunidad internacional consolidar el protagonismo del individuo como sujeto del derecho de gentes, con capacidad para accionar contra los legítimos y tradicionales protagonistas del orden mundial.

Si bien es importante saber cuáles son los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, de nada servirá ese conocimiento si no se conoce cómo defenderlos correctamente con las armas y herramientas que proporciona el propio sistema internacional. Cuanto mayor sea el nivel de preparación y de conocimiento sobre cómo operar el sistema, mayor serán los resultados que se podrán alcanzar a través de la acción de los distintos organismos. La presencia de un sistema internacional consolidado y eficaz motivará que los Estados sean más cuidadosos al momento de proteger los derechos sabiendo que hay una instancia supranacional atenta para recordarles las obligaciones contraídas.

Muchos derechos lograron ser reivindicados y protegidos a través de las instancias internacionales. Los órganos de protección de derechos humanos operan muchas veces como “cajas de resonancia” de las problemáticas que están ocurriendo en un país dentro de un momento determinado, de allí que pueden servir como buenos “sistemas de alerta” sobre los cambios o transformaciones necesarios que eviten la repetición de violaciones a derechos y garantías fundamentales del ser humano. Esto

demuestra que a pesar de los inconvenientes y las debilidades que pueden presentar las instancias internacionales, las mismas siguen siendo el respaldo y reaseguro para la defensa de los derechos fundamentales por encima de las arbitrariedades que puedan cometer los Estados.

Una de las maneras de ayudar a los sistemas internacionales de protección reside en cuidar su acceso evitando denuncias infundadas, ya que lo único que generan son gastos innecesarios, pérdidas de tiempo, tiempo que podría ser utilizado o invertido para el tratamiento de peticiones más serias y contundentes. Esta situación puede implicar una “saturación” del sistema y el impedimento para dar respuestas a los requerimientos. Resulta preocupante que muchas denuncias son desestimadas en los organismos por defectos formales o por falencias en la presentación atribuidas a los propios peticionarios. En este sentido, el artículo 47 inc. c) de la Convención americana establece que la petición puede ser declarada inadmisibles por la CIDH por ser manifiestamente infundada o por ser evidente su total improcedencia. Al respecto sostiene Faúndez que “esta causal de inadmisibilidad debe entenderse en función de una regla de economía procesal, que evite el congestionamiento de la Comisión con peticiones frívolas e improcedentes...” (Faúndez Ledesma, 2004).

Esta situación hace que ciertos organismos, como el caso de la CIDH, tengan serios inconvenientes para poder dar tratamiento a la gran cantidad de denuncias que se reciben.

En varios países de América latina se observa el auge de los programas de perfeccionamiento en sistemas de protección de derechos humanos, maestrías y doctorados, lo que revela la importancia e interés que despierta la temática. Las universidades y los centros de investigación deben insistir en esta formación ya que representa un área de incumbencia para el abogado/a de suma importancia para la actualidad del campo profesional.

Muchos avances en materia de derechos humanos en los países se debieron a la acción internacional y a la presión de los órganos de control motivados por las peticiones de los individuos y de las organizaciones no gubernamentales. La paciencia, perseverancia y confianza en el sistema sirvió en muchas ocasiones para abrir puertas cuando en el país los

caminos se habían cerrado para siempre. De allí que, frente a los intentos de debilitar a los sistemas de protección, hay que redoblar el esfuerzo y comprometerse en aportar las herramientas para fortalecer y potenciar sus ventajas y para corregir sus principales debilidades. En eso consiste el mayor desafío. Cómo hacer el sistema más efectivo.

En definitiva, bregamos por la consolidación del acceso a los sistemas internacionales de protección. Los Estados que pretenden desprestigiarlos, muchas veces lo hacen con la intención de no querer someter a instancias supranacionales decisiones o políticas irresponsables que desconocen derechos humanos de sus ciudadanos. Por eso, más que pretender alejarse del sistema, hay que trabajar fuertemente en su fortalecimiento y en la corrección de sus debilidades estructurales, en un sentido de cooperación, sabiendo que en última instancia se trata de defender los derechos y dignidades más preciadas de la persona. Es un desafío al cual todos estamos llamados y por el cual todos debemos comprometernos. Estamos convencidos que el objetivo vale la pena. Es cuestión de asumirlo con decisión, responsabilidad y valentía.

6. Bibliografía

- Cançado Trindade, Antonio A. 2007. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (San José de Costa Rica) 46.
- CLADEM. 2011. *Manual de litigio internacional desde la experiencia de CLADEM*. Lima: Comité de América Latina y el Caribe para los derechos de la mujer (CLADEM).
- CLADEM. 2012. *Estrategias, alianzas y desafíos feministas en materia de litigio internacional*. Lima: CLADEM.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 2004. *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª edición

- revisada. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fix Zamudio, Héctor. 2004. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*. 1 (enero–junio).
- García Ramírez, Sergio. 2003. Las reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Seminario *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2º edición, San José de Costa Rica.
- Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio. 2011. *Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos*, 1º edición. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Pinto, Mónica. 1993. *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Trucco, Marcelo. 2011. Protección internacional de los derechos Humanos en el sistema interamericano. En *Temas de Derecho Internacional Público*. Rosario: Zeus.
- Trucco, Marcelo. 2012. La responsabilidad internacional de los Estados en el escenario actual del sistema interamericano de Derechos Humanos. En *Responsabilidad internacional de los Estados. Desarrollo actual, perspectivas y desafíos*. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.
- Trucco, Marcelo. 2013. La defensa de los derechos de la mujer ante las instancias internacionales de protección de derechos humanos. *Revista de la Comisión de los derechos de la mujer del Colegio de abogados de Rosario* (Rosario) 5 (2013).
- Trucco, Marcelo y Soto, Alfredo. 2013 (en prensa). *La reparación por violación a Derechos Humanos y sus nuevas dimensiones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.

La realización del derecho a la vivienda a través del otorgamiento de títulos de propiedad

Magdalena M. Eaton

Abogada, Universidad de Mendoza (Argentina).

Máster en Derecho Internacional Público,

Universidad de Utrecht (Países Bajos).

Resumen: El concepto de seguridad en la tenencia es la piedra angular del derecho humano a la vivienda adecuada. Se ha pregonado en repetidas ocasiones la necesidad de otorgar títulos de propiedad como garantía máxima del efectivo goce y ejercicio de dicha seguridad en casos de asentamientos precarios, caracterizados por la ocupación de tierras de propiedad de terceros, sean estos públicos o privados. ¿Pero cuánta verdad hay en las bondades que se le adjudican a este tipo de políticas? Este artículo busca analizar las ventajas y desventajas de las políticas de regularización dominial a través del otorgamiento masivo de títulos de propiedad. Asimismo, tras haber evaluado dichos extremos se buscará responder hasta qué punto son estas políticas encomiables y el único medio para obtener los resultados esperados.

Palabras clave: seguridad en la tenencia; regularización dominial; ventajas y desventajas; mejoras habitacionales.

Abstract: The concept of security of tenure is the cornerstone of the human right to adequate housing. The need to provide households with land titles as a means to guarantee the effective exercise and enjoyment of security in the context of urban slums, characterized by the occupation of land belonging to third parties, whether they are public or private, has been put forward in numerous occasions. But how favorable are these policies? This article aims to analyze the advantages and disadvantages of land titling policies. Likewise, it will attempt to establish the extent to which these

policies can be considered commendable and the only means possible to achieving the expected results.

Keywords: security of tenure; land titling policies; advantages and disadvantages; housing improvements.

Artículo recibido: 10/02/14 Aceptado: 14/02/14

Sumario

1. Introducción
2. Marco legal del derecho a la vivienda adecuada
 - 2.1 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus Observaciones Generales
 - 2.2 El derecho a la vivienda adecuada y los grupos vulnerables
 - 2.3 Protección regional del derecho a la vivienda adecuada
3. El derecho a la vivienda adecuada
4. Seguridad de la tenencia
 - 4.1 Distintos tipos de seguridad de la tenencia
 - 4.2 Seguridad percibida de la tenencia
5. El otorgamiento de títulos de propiedad
 - 5.1 Ventajas
 - 5.1.1 Mayor grado de seguridad de la tenencia
 - 5.1.2 Estimula la inversión en mejoras en la vivienda
 - 5.1.3 Suministro de servicios
 - 5.1.4 Facilita el acceso al crédito
 - 5.1.5 Impacta en el disfrute de otros derechos humanos
 - 5.2 Desventajas
 - 5.2.1 Altos costos
 - 5.2.2 Posibilidad de que no beneficie al grupo al que está dirigido
 - 5.2.3 Fomento de nuevas ocupaciones
 - 5.2.4 Inexistencia de un incremento real en el acceso al crédito
6. El Caso del Barrio San Francisco Solano
7. ¿Pueden estos resultados alcanzarse por otros medios?
8. Conclusión
9. Bibliografía

1. Introducción

Según el Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Urbanos, ONU-HÁBITAT, el número de hogares con algún tipo de inseguridad de la tenencia alcanzó en 2001 el 28% a nivel mundial. El mayor número de éstos se encuentran en el sur y sureste asiáticos y en África (excluyendo África del Sur). En estas regiones, el porcentaje de hogares privados de seguridad de la tenencia asciende al 50%. El 34% de los hogares en el Caribe y América Latina padece este mismo problema (ONU-HÁBITAT, 2003a, 109). A los efectos de estos números y este trabajo, consideramos que “tenencia insegura” incluye todas las formas de tenencia, excepto por el dominio y el alquiler formales.

Las políticas de otorgamiento de títulos de propiedad influyen directamente en la seguridad de la tenencia. Ellas implican el más amplio conjunto de derechos sobre la tierra y el más alto grado posible de seguridad de la tenencia. Sin embargo, este artículo tiene por objeto dar un paso más allá, analizando si dichas políticas pueden, en efecto, influir positivamente sobre el derecho a la vivienda adecuada y, de esta manera, mejorar la misma en asentamientos precarios.

En el siguiente capítulo describiremos el marco legal internacional y regional del derecho a la vivienda adecuada. En el capítulo tercero desarrollaremos el concepto y contenido de este derecho, mientras que, en el cuarto capítulo nos centraremos en la tenencia y la seguridad de la misma. En dicho capítulo haremos referencia a los distintos tipos de seguridad de la tenencia a los efectos de elaborar su contenido y exponer al lector alternativas a las políticas de regularización dominial que conforman el núcleo de este artículo. En los capítulos quinto y sexto, nos abocaremos por completo al tema que nos preocupa. Analizaremos los efectos positivos y negativos del otorgamiento de títulos de propiedad, ilustrando los mismos con un estudio de caso. Habiendo acreditado la medida en la que el otorgamiento de títulos de propiedad impacta positivamente en los niveles de adecuación de la vivienda, en el capítulo séptimo, explicaremos la conveniencia de estas políticas. A estos fines, trataremos sucintamente de hacer un balance entre esta y otras políticas de mejoramiento de asentamientos precarios al alcance de los Estados.

2. Marco legal del derecho a la vivienda adecuada

El derecho a la vivienda adecuada está reconocido en diferentes instrumentos de derechos humanos, no sólo a nivel universal y regional en general, sino también respecto a grupos en situación de especial protección, como las mujeres y niños.

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Esta Declaración, que incluye derechos civiles y políticos, así como también derechos económicos, sociales y culturales, no tiene carácter legalmente vinculante. Sin embargo, sí puede considerarse como *moralmente* obligatoria para los Estados. Su importancia actual no puede ser subestimada: la DUDH “constituye el cimiento sobre el que se ha basado casi la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos posteriores” (Hannum, 2009, 63)¹.

El artículo 25(1) de la DUDH proclama que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, *la vivienda*², la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. Casi 30 años después, en 1976, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) entraron en vigor. De esta manera, los derechos reconocidos por la DUDH finalmente alcanzaron la calidad de obligaciones legalmente vinculantes.

Como mencionáramos anteriormente, la DUDH constituye el cimiento para las posteriores normas de derechos humanos y el punto de partida para su ulterior y más detallado desarrollo. El artículo 11(1) del PIDESC, con una terminología bastante similar a la de la DUDH, establece:

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso

1 La traducción es nuestra.

2 El resaltado es nuestro.

alimentación, vestido y *vivienda*³ adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...

El PIDCP, en su artículo 17, protege la vida privada de injerencias arbitrarias o ilegales. El ámbito de la “vida privada” comprende el domicilio, el cual es definido por el Comité de Derechos Humanos como el “lugar donde una persona reside o ejerce su ocupación habitual” (Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 5). El segundo párrafo del mencionado artículo afirma que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias...”.

El derecho a la vivienda adecuada, conforme a lo dispuesto por los citados instrumentos de derechos humanos, es uno de los elementos que integran el derecho a un nivel de vida adecuado. Sin embargo, el derecho a la vivienda adecuada ha pasado a la vanguardia de la actividad de Naciones Unidas y ha ido consolidando su independencia progresivamente, en particular, desde la creación en 1978 de ONU-HÁBITAT y de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto en el año 2000.

2.1 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus Observaciones Generales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) fue creado en 1985 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) por Resolución 1985/17. El CDESC es el órgano de expertos encargados de vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del PIDESC por parte de los Estados Parte del mismo. Entre sus funciones, el CDESC emite observaciones generales sobre cuestiones específicas vinculadas a las distintas disposiciones del PIDESC, como por ejemplo, la interpretación de los derechos reconocidos en el mismo u otros temas de mayor amplitud. Estos últimos incluyen la Observación General N° 8 sobre la Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los

3 El resaltado es nuestro.

derechos económicos, sociales y culturales (1997); N° 10 sobre La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (1998) y N° 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (2009).

Teniendo en cuenta el rol del CDESC, si bien las observaciones generales no tienen carácter vinculante, ellas son consideradas como una interpretación autorizada sobre el ámbito y contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo cumplimiento el Comité está llamado a controlar. Se dice de ellas que “constituyen una forma de práctica institucionalizada de interpretación” (Sheinin, 2009, 610)⁴. En este sentido, los Estados generalmente se han inclinado a tenerlas en cuenta y aplicarlas, no sólo en el mecanismo de presentación de informes, sino también a nivel nacional (Riedel, 2009, 144).

Con respecto al derecho a la vivienda adecuada, el CDESC ha adoptado dos observaciones generales pertinentes, a saber, la Observación General N° 4 sobre el derecho a la vivienda adecuada (art. 11 (1)) (1991) y la Observación General N° 7 sobre el derecho a la vivienda adecuada: los desalojos forzosos (art. 11 (1)) (1997). Aunque estrechamente vinculado a la cuestión de la seguridad de la tenencia, el tema de los desalojos forzosos no lo trataremos en el presente documento ya que, como indicamos en el primer capítulo, el enfoque principal de este trabajo es evaluar si las políticas de titulación dominial constituyen un medio eficaz y eficiente para mejorar el goce real del derecho a la vivienda y a un nivel de vida adecuados.

2.2 El derecho a la vivienda adecuada y los grupos vulnerables

El derecho humano a la vivienda adecuada, como tal, es un derecho que pertenece a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo.

El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos [... L]a referencia ‘para sí y su familia’ [...] no se puede considerar [...] en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza

4 La traducción es nuestra.

de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos [...T]anto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto [PIDESC], a ninguna forma de discriminación” (CDESC, 1991, párr. 6).

El artículo 2(2) del PIDESC impone sobre los Estados Parte la obligación general de no discriminación desde el momento de la ratificación del Pacto. Dicha obligación no se encuentra condicionada por los parámetros contenidos en el artículo 2(1), tales como “comprometerse a tomar medidas” o “lograr progresivamente”.

Como mencionamos al principio de este capítulo, los instrumentos de derechos humanos destinados a proteger a determinados grupos vulnerables también reconocen el derecho a la vivienda adecuada como un derecho del que deben gozar esos grupos. En este sentido, estos convenios establecen un marco de protección legal que supera las disposiciones generales del derecho a la vivienda adecuada obligando a los Estados, no sólo a eliminar los obstáculos en el disfrute de este derecho sino también a tomar, por ejemplo, medidas de discriminación positiva. Las obligaciones del Estado en este contexto no sólo son de respetar, proteger y cumplir. Se exige de los Estados Parte en esos convenios que adopten medidas adicionales para hacer frente a la “posición desventajosa” en la que los grupos vulnerables se encuentran inicialmente. Las medidas de discriminación positiva (acción afirmativa) y medidas especiales de carácter temporal son algunos de los medios para lograr este objetivo.

Estos instrumentos internacionales comprenden, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1966 (artículo 5.e.iii), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (artículo 14.2.h) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 27.3), entre otros.

2.3 Protección regional del derecho a la vivienda adecuada

El derecho a la vivienda adecuada también se encuentra protegido a nivel regional. La Carta Social Europea Revisada de 1996 establece el derecho a la vivienda adecuada en el artículo 31. El artículo 8(1) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 reconoce la protección de la vida privada (incluida la vivienda).

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 no reconoce explícitamente este derecho. En la práctica, sin embargo, se lo ha considerado como parte integrante del conjunto formado por el derecho a la propiedad (artículo 14), el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 16) y la protección de la familia (artículo 18.1) (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2001, párr. 60).

Algo similar ha ocurrido en América. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH) prevé en su artículo 26 la realización progresiva de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y culturales “contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”. El artículo 34(K) de la Carta reconoce a la “vivienda adecuada para todos los sectores de la población” como uno de los objetivos de los Estados miembro. Al igual que en el sistema africano, el Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 no hace ninguna referencia específica al derecho a la vivienda adecuada. En el sistema interamericano, este derecho se ha considerado subsumido por el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la privacidad, la propiedad y la protección de la familia. En dos casos la Corte Interamericana condenó a los Estados a promulgar planes de vivienda: los casos *Masacre de Plan de Sánchez vs. Honduras* (Corte IDH, 2004, párr. 105) y *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (Corte IDH, 2006, párr. 275-276).

3. El derecho a la vivienda adecuada

Según la Observación General N° 4, el derecho a la vivienda adecuada debe ser interpretado de la manera más amplia posible. “[N]o 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” (CDESC, 1991, párr. 7). Por consiguiente, el CDESC ha establecido una serie de elementos cuya satisfacción implica la observancia de las obligaciones mínimas que pesan sobre los Estados Parte en el PIDESC (CDESC, 1990, párr. 10). Estas garantías mínimas deben asegurarse a todos los individuos, incluso cuando el Estado Parte del PIDESC, conforme a su artículo 2(01), sólo ha asumido una obligación en virtud de la cual se “compromete a adoptar medidas [...] para *lograr progresivamente* [la cursiva es mía] [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Las obligaciones de los Estados Parte del PIDESC son tres. Ellos se comprometen a *proteger, respetar y cumplir* los derechos derivados del Pacto.

La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales [...] La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros [...] La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos (Directrices de Maastricht, 1997, párr. 6).

Los derechos establecidos en la Observación General N° 4 incluyen la seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar y adecuación cultural. Con todo, el derecho a la 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 (ONU-HÁBITAT, 1988, 13).

El derecho a la vivienda adecuada *no* equivale, sin embargo, al derecho a *poseer* una vivienda. Su ámbito de aplicación es mucho más amplio que el derecho de propiedad. Su objetivo es garantizar a toda persona el derecho a un lugar seguro para vivir, aun cuando ella no sea propietaria de la misma (ONU-HÁBITAT, 2009, 7-8).

4. Seguridad de la tenencia

La garantía de la seguridad jurídica de la tenencia es una de las obligaciones básicas derivadas del derecho a la vivienda adecuada. Esta protección también la confiere el artículo 17 del PIDCP, según el cual “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en [...] su domicilio [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias...”. Aunque no hay una jerarquía entre los siete elementos del derecho a la vivienda adecuada establecido por el CDESC en su Observación General N° 4, este elemento en particular es de suma importancia. El hecho de que los desalojos forzosos constituyan una de las principales violaciones del derecho a la vivienda adecuada apoya tal posición. Por ello, es que el CDESC consideró necesario dedicar una observación general exclusivamente a estas prácticas (CDESC, 1997).

La tenencia puede ser definida como “el hecho de que otras personas crean que la tierra que uno ocupa y utiliza es la tierra que tiene permitido habitar y usar” (ONU-HÁBITAT, 2004, 13)⁵. Avanzando aún más, la seguridad de la tenencia debe, en su forma más reducida, conferir a las personas protección contra los desalojos forzosos, el hostigamiento y cualquier otra forma de interferencia con el disfrute del derecho a la vivienda adecuada (CDESC, 1991, párr. 8.a). También puede incluir el derecho a vender, disponer por sucesión y la posibilidad de acceder al mercado de crédito utilizando la propiedad como garantía (ONU-HÁBITAT, 2003b, 7).

5 La traducción es nuestra.

Es necesario destacar que es posible establecer limitaciones temporarias a la posibilidad de transferir derechos sobre la propiedad. Aunque implican una restricción importante al conjunto de derechos que comprende el *dominium* no afectan de ninguna manera el grado de seguridad de la tenencia. Es más, dichas limitaciones son recomendables en el caso de mejoramiento de asentamientos precarios a través de políticas de titulación dominial.

La seguridad de la tenencia es también una cuestión de percepción, siendo sus elementos (a) como se menciona en el párrafo anterior, un cierto grado de protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada, y (b) la duración razonable del mismo (ONU-HÁBITAT, 2008a, 7). Sin embargo, esta percepción debe estar acompañada de un cierto grado de certeza con respecto a los derechos y deberes de quienes ocupan una tierra o vivienda determinada. Ahora bien, la falta de protección *legal*, en sentido formal, cualquiera que sea su grado, no implica automáticamente que la tenencia se torne insegura. Podríamos estar en presencia de un caso de seguridad *percibida* de la tenencia.

Si bien la Observación General N° 4 se refiere a la seguridad jurídica de la tenencia, ello no implica que, en aquellos casos en que la vivienda es informal o ilegal, no exista la obligación de garantizar la seguridad de la tenencia. Independientemente del tipo de tenencia, siempre existe una obligación estatal de garantizar que todos gocen, en la práctica, de un cierto grado de seguridad de la tenencia, aun cuando se trate de viviendas de emergencia o asentamientos informales (Kothari, 2004, párr. 15).

Contrariamente a la idea simplista de la tenencia dual, legal-ilegal, existe una compleja gradación de la seguridad de la tenencia, comprendiendo, incluso, la seguridad percibida. Los Estados se han inclinado a embarcarse en políticas intermedias para lograr incrementos en la seguridad de la tenencia para los habitantes de asentamientos precarios, por ejemplo, a través de la prestación de servicios sin tenencia legal, las leyes contra el desalojo y otras políticas de carácter innovador y creativo. Asegurar la tenencia mediante el otorgamiento de títulos de propiedad no es sino una opción entre un sinnúmero de posibilidades al alcance de los

Estados para subsanar la falta de cumplimiento del derecho a la vivienda adecuada.

4.1 Distintos tipos de seguridad de la tenencia

La seguridad de la tenencia, o la ausencia de la misma, no debe entenderse como un concepto dual. La idea en la que se basa el concepto de la gradación de la seguridad de la tenencia la explica como una secuencia de categorías, cada una con su propio grado de satisfacción de la misma. Todas estas posibilidades se encuentran comprendidas entre los extremos absolutos de la legalidad o formalidad total *versus* la absoluta ilegalidad o informalidad.

El dominio de la vivienda ofrece la mayor seguridad posible. A partir de aquí, el conjunto de derechos previstos por las distintas formas de tenencia a lo largo de la gradación, así como la protección otorgada por ellas, se va diluyendo hasta alcanzar sus formas más débiles o inseguras, como son la falta de hogar y la ocupación ilegal.

Entre ambos, las posibilidades son infinitas. La gradación de la seguridad de la tenencia no está compuesta por un *numerus clausus* de tipos o formas. Por el contrario, aunque algunas son de carácter general y están presentes a nivel global, otras “formas de tenencia existentes en determinados lugares, son también el resultado de influencias históricas, políticas, culturales y religiosas” (ONU-HÁBITAT, 2008b, 7)⁶. Asimismo, a medida que los Estados tratan de actuar contra el alza en el número de habitantes de asentamientos precarios y pobres urbanos, más y más enfoques innovadores se van postulando en esta materia.

A los efectos de la seguridad, algunos tipos de tenencia pueden ser equiparados al derecho de dominio sobre la vivienda. Esto es así, por ejemplo, en lo que respecta a los títulos o escrituras condicionales y los contratos de arrendamiento a largo plazo. Aunque el conjunto de derechos que otorgan a sus titulares es un poco más reducido, la legalidad de la ocupación, su estabilidad y la protección contra las injerencias arbitrarias sigue siendo muy parecida a la ofrecida por un título de propiedad.

Las formas de tenencia más débiles son la ocupación ilegal y el

6 La traducción es nuestra.

alquiler informal de viviendas en asentamientos precarios. Este último tiene lugar cuando individuos o grupos familiares alquilan una “habitación extra” en hogares de familias de bajos recursos que viven en los terrenos ocupados que conforman dichos asentamientos.

Un tipo interesante de tenencia es el de las subdivisiones ilegales. En este caso, el propietario de la tierra la ha dividido y vendido o alquilado sin las formalidades prescritas por la ley. Aunque, desde el punto de vista jurídico, esta situación, al igual que los asentamientos precarios, se caracteriza por estar desprovista de legalidad, la ocupación es consentida por el titular del terreno ,y por lo tanto,

[l]os compradores de tierra en subdivisiones ilegales a menudo se sienten más seguros que los ocupantes ilegales, ya que han pasado por un proceso de compra de los terrenos a su propietario, por lo que no temen del mismo el reclamo la tierra (ONU-HÁBITAT, 2003a, 106)⁷.

Entre estos extremos, las ocupaciones informales están provistas en mayor o menor medida de cierto reconocimiento legal. La legislación contra los desalojos forzosos ofrece a las posesiones ilegales y/o informales un grado de protección legal. Debido a que la ocupación ilegal constituía un delito, los ocupantes ilegales en Sudáfrica eran sometidos a desalojos sumarios y procesados. En 1998, el gobierno aprobó la Ley de Prevención de Desalojo y de Ocupación Ilegales de Tierras, en virtud de la cual se establece una serie de garantías como condición previa para emprender un desalojo (Chenwi, 2008, 117)⁸. Dicha ley también despenaliza la ocupación ilegal. En cuanto a la prescripción adquisitiva, debe tenerse en cuenta que, cuando no se han puesto al alcance de los ocupantes ilegales procedimientos o acciones especiales para reclamar sus derechos en los tribunales, el costo y la duración de los procedimientos regulares les hace imposible reivindicar legalmente sus derechos. Sin ello, el derecho de propiedad sobre la tierra continúa siendo ejercido por propietarios

7 La traducción es nuestra.

8 La traducción es nuestra.

ausentes y los ocupantes permanecen indefinidos entre la seguridad y la inseguridad, la legalidad y la ilegalidad.

4.2 Seguridad percibida de la tenencia

La seguridad percibida de la tenencia constituye una de sus formas más precarias. Ella implica la convicción de los habitantes de asentamientos precarios de que no se verán afectados en su ocupación a pesar de la ilegalidad de la misma. Esto puede ser consecuencia de manifestaciones de posiciones políticas, la prestación de servicios, la duración de la ocupación o de la recaudación de impuestos, entre otras (Van Gelder, 2009, 130).

Con respecto a la duración de la ocupación, la prescripción adquisitiva puede proporcionar algún tipo de seguridad *de facto* de la tenencia. Sin embargo, esto requiere que las familias de bajos ingresos estén al tanto de la existencia de este recurso y de la posibilidad de esgrimirlo con el objeto de asegurar la tenencia (ONU-HÁBITAT, 2003a, 34). Por otra parte, los procedimientos judiciales o administrativos para obtener el reconocimiento legal de la propiedad pueden serles inaccesibles por el carácter excesivo de los costos (ONU-HÁBITAT, 2003a, 10). Además, los ocupantes podrían tener dificultades para probar el inicio de la ocupación en virtud de la cual invocan sus derechos (ONU-HÁBITAT, 2003a, 34).

La provisión de servicios básicos, como electricidad, agua y saneamiento, es un fuerte elemento en la proporción de la seguridad *de facto* de la tenencia. Cuando los Estados o las empresas extienden la prestación de estos servicios a asentamientos informales, sus habitantes aumentan inmediatamente su percepción de seguridad de la tenencia. Ello, principalmente, debido a dos razones. En primer lugar, dicho compromiso requiere de grandes inversiones, lo que tiene un impacto directo sobre el carácter precario de los barrios pobres, dando una sensación de permanencia. En segundo lugar, sea que la extensión de la provisión de estos servicios se realice directamente por los Estados o por empresas privadas con su autorización previa, lo cual proporciona un fuerte argumento a favor de la aquiescencia del Estado. Si los Estados se comprometen a proporcionar servicios básicos hay, al menos, una indicación de la tolerancia respecto de ese asentamiento precario en particular.

Se ha aducido que las declaraciones políticas o signos de buena voluntad ayudan a aumentar la tenencia percibida. Sin embargo, estas no pueden efectivamente proporcionar un alto nivel de seguridad en Estados relativamente inestables, donde las políticas a largo plazo son escasas y los funcionarios de gobierno cambian de postura de un extremo a otro en lo que respecta a políticas específicas. Por ejemplo, hace poco más de 10 años la Villa Rodrigo Bueno formaba parte de un programa de erradicación de asentamientos precarios. En 2011, la justicia ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a diseñar planes de urbanización para la misma.

La principal desventaja de la seguridad percibida de la tenencia es que, sin importar la duración de la ocupación o el número de declaraciones políticas de apoyo a estos asentamientos, ella siempre estará “basada en circunstancias y no en derechos individuales” (ONU-HÁBITAT, 2003a, 10). Esto pone en evidencia la vulnerabilidad en que se encuentran los habitantes de asentamientos precarios cuando sólo gozan de este exiguo tipo de seguridad en la tenencia. Ellos están a merced de las decisiones de otros grupos de interés.

5. El otorgamiento de títulos de propiedad

La titulación de tierras es una de las muchas maneras de abordar el problema de la (in)seguridad de la tenencia en asentamientos precarios. La idea detrás de esta política es muy simple. Sus ventajas, desventajas y conveniencia son, en cambio, un tema mucho más complejo.

La regularización dominial de tierras obliga a los Estados a emitir títulos individuales sobre las parcelas ocupadas por los habitantes de los asentamientos precarios. Esto implica la necesidad de expropiar dichas tierras a los propietarios privados, cuando las mismas no pertenecen al Estado, y registrar la transferencia del *dominium* sobre el terreno. Esta política requiere la asignación de recursos monetarios y humanos para el proceso de reforma, y significará una mayor presión sobre lo que, probablemente, ya es una economía debilitada, con el consiguiente malestar social en el resto de la población.

Pero el principal problema con la titulación de tierras es el hecho de que sus efectos positivos o negativos reales, así como el impacto sobre la población, son difíciles de evaluar. Las políticas de titulación de tierras no incluyen medidas tomadas de forma aislada. De hecho, por lo general forman parte de un conjunto integral de políticas que conllevan una serie de “externalidades”. Sin embargo, existe un cierto consenso respecto de algunas de sus ventajas y/o desventajas.

5.1 Ventajas

Varias son las ventajas que se han atribuido a las políticas de titulación de tierras. Se dice que no sólo reportan beneficios respecto del derecho a la vivienda adecuada, sino también en relación con otros derechos económicos, sociales y culturales. También se han postulado impactos positivos en materia de derechos civiles y políticos y de ingresos fiscales.

5.1.1 Mayor grado de seguridad de la tenencia

Estar investido del título legal de las tierras ocupadas (*dominium*), otorga a su titular el conjunto de derechos más amplio posible. Los derechos de los individuos son indiscutidos y no hay incertidumbre sobre lo que su posición les autoriza hacer. Quienes poseen un título pueden transmitir sus bienes a sus herederos, venderlos, usarlos como garantía en los mercados de crédito y realizar en ellos las mejoras o inversiones que estimen conveniente. También proporciona el más alto nivel de seguridad contra cualquier forma de interferencia en el disfrute de estos derechos, ya sea por parte de funcionarios del Estado o agentes privados. En la gradación legal-ilegal de la seguridad de la tenencia, los títulos de propiedad son, sin duda alguna, un avance.

5.1.2 Estimula la inversión en mejoras en la vivienda

Este es uno de los argumentos más fuertes de los partidarios de estas políticas. La idea es que, dada la falta de seguridad de la tenencia y de propiedad formal de las tierras ocupadas, los individuos o familias tienden a no invertir. Si no hay garantías de que los frutos de las inversiones serán disfrutados por aquellos que las hacen, las personas tenderán a no

invertir, especialmente en casos de familias de bajos recursos. La certeza que las tierras en que viven les pertenecen y que no pueden ser perturbados en su posesión, garantiza que su situación no es precaria y que la planificación a largo plazo y la inversión son posibles. Esto alentará a la gente a mejorar las condiciones de su vivienda y, a la larga, sus condiciones generales de vida.

Sin embargo, hay quienes no están de acuerdo. Dicha postura afirma que es una falacia considerar que “los derechos de propiedad establecidos a través de la legalización constituyen una condición previa esencial para estimular la inversión en mejoras en la vivienda” (Van Gelder, 2009, 128). De acuerdo con Jean-Louis Van Gelder, es la seguridad *percibida* de la tenencia la que constituye un factor determinante en lo que respecta a la inversión en mejoras en la vivienda (Van Gelder, 2009, 129–132). Y si bien en los casos en que existe título jurídico hay una alta percepción o sensación de seguridad, lo contrario, como explicamos en el capítulo anterior, no es necesariamente cierto. De acuerdo con esta idea, la legalidad o ilegalidad de la ocupación es irrelevante para, respectivamente, alentar o desalentar la inversión.

5.1.3 Suministro de servicios

Se ha sostenido que quienes consideran la provisión de servicios básicos como un efecto fundamental del otorgamiento de títulos de propiedad suponen que dicha política es una condición *sine qua non* para la disponibilidad de los servicios básicos en asentamientos precarios (Van Gelder, 2009, 128). La realidad muestra que existe una posibilidad de poner a disposición de los habitantes de estos asentamientos agua, luz y alcantarillado, entre otros servicios, sin la necesidad de transferirles el *dominium*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ilegalidad de estos asentamientos hace que sea difícil para sus habitantes exigir dicho suministro. Es más, ello estaría sujeto a la “buena voluntad” de los otros actores, en lugar de fundarse en derechos exigibles. La ilegalidad o informalidad pueden tener un efecto disuasorio sobre el suministro de servicios. Esto no es sólo debido a la falta de derechos, sino también a la falta de estabilidad de los asentamientos. No hay garantía para las empresas de

que sus inversiones realmente rendirán frutos en el largo plazo, ya que las viviendas pueden ser erradicadas en cualquier momento.

5.1.4 Facilita el acceso al crédito

Tener un título de propiedad les da la posibilidad a los habitantes de asentamientos precarios de acceder a los mercados formales de crédito. Las cuentas bancarias, hipotecas y préstamos no están a su alcance, ya que no se hallan en condiciones de proporcionar garantías, mucho menos un domicilio. Cuando se tiene acceso a préstamos “el crédito podría ser invertido como capital en proyectos productivos, aumentando rápidamente la productividad laboral y los ingresos” (Galiani y Schargrodsky 2010, 700)⁹.

Sin embargo, según Geoffrey Payne, los hogares de bajos recursos no necesitan préstamos grandes, sino microcréditos que faciliten su acceso a los materiales necesarios para hacer mejoras modestas en sus viviendas (Payne, 1996, 23). Cuando estos hogares tienen electricidad u otros servicios, ya sea de forma legal o no, los microcréditos pueden facilitar el acceso a refrigeradores, microondas y hornos, entre otros bienes, que se pueden utilizar en las actividades productivas. Payne sostiene, pues, que la importancia de los títulos para acceder a los mercados de crédito ha sido sobrevalorada. El problema para los habitantes de asentamientos precarios con respecto a los mercados de crédito no es la falta de título sobre las tierras que ocupan y la consiguiente imposibilidad de utilizar sus hogares como garantía. “[L]a renuencia de las instituciones de crédito formal para entrar en el mercado de microcréditos para los pobres [...] es el verdadero impedimento para acceder al crédito formal” (Payne, 1996, 23). Algunas excepciones han surgido en los últimos tiempos, siendo el primer y más notable caso el de Grameen Bank.

5.1.5 Impacta en el disfrute de otros derechos humanos

Se ha sostenido que la titulación de tierras puede ayudar a aumentar el nivel de disfrute de otros derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. En este sentido, este tipo de

9 La traducción es nuestra.

políticas de regularización pueden tener un impacto en la educación, la salud, el trabajo y todo el conjunto que constituye el derecho a un nivel de vida adecuado. La protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, según lo establecido en el artículo 17 del PIDCP, puede incrementar drásticamente a través de alta seguridad de la tenencia derivados de la propiedad legal de la tierra. El goce de otros derechos civiles y políticos, como el derecho a votar y a participar en los asuntos públicos, también puede garantizarse mediante el otorgamiento de títulos de propiedad y la resultante constitución de un domicilio legalmente reconocido.

Según ONU-HÁBITAT “[s]in una dirección fija es casi imposible tener un empleo en el sector formal, recibir beneficios, o participar en los procesos políticos que podrían hacer una diferencia en las asignaciones locales de fondos para el mejoramiento de asentamientos” (ONU-HÁBITAT, 2003a, 105).

Por otra parte, “[l]as escuelas pueden negarse a registrar a los niños si sus asentamientos precarios no tienen carácter oficial. Una vivienda inadecuada puede tener repercusiones en el derecho a la salud, por ejemplo, si las casas y asentamientos tienen poco o nada de agua potable y saneamiento...” (ONU-HÁBITAT, 2009, 9).

5.2 Desventajas

5.2.1 Altos costos

Incorporar los asentamientos precarios al sector formal puede tener un efecto drástico en el costo de vida para los pobres urbanos. En primer lugar, es probable que la infraestructura no alcance con los requisitos mínimos establecidos por la ley. Esperar que los pobres cumplan con esas normas no es realista ni necesario. No es realista, teniendo en cuenta el hecho de que estas políticas están dirigidas a los pobres urbanos; familias de bajos recursos que por lo común no pueden ni siquiera cubrir sus necesidades más básicas, como alimentos o vestimenta. No es necesario, porque las mejoras moderadas en los estándares de vivienda pueden reportar grandes beneficios en lo que respecta a la adecuación de la misma, sin necesidad de poner este tipo de presión sobre los habitantes de asentamientos precarios, lo que puede, en definitiva, desalentar esas mejoras.

Una vez otorgado el título, los habitantes de los asentamientos precarios tendrán que empezar a pagar, tarde o temprano, impuestos y tasas por servicios. Una vez más, esto no es realista. La simple emisión de un título sobre sus tierras, no coloca automáticamente a los hogares de bajos recursos por encima de la línea de pobreza. Los habitantes de asentamientos precarios que hasta ese momento no pagaban alquiler, impuestos, tasas, etc., en muchos casos no estarán dispuestos a gastar el poco dinero que tienen en lo que no constituye una necesidad absolutamente apremiante.

5.2.2 Posibilidad de que no beneficie al grupo al que está dirigido

El aumento en el costo de vida en las zonas ocupadas por los asentamientos precarios “puede tener un efecto contrario al esperado” (ONU-HÁBITAT, 2003a, 104). Se ha sostenido que este aumento podría poner a las tierras fuera del alcance de las personas beneficiarias de las medidas de titulación. Por consiguiente, ellas se verían forzadas a reubicarse en áreas más alejadas de la ciudad o más inseguras, así como también a construir nuevas viviendas, menos adecuadas que las primeras.

Una vez que los habitantes no puedan quedarse allí, nuevas familias ocuparán sus lugares. Aunque es muy probable que estas familias estén también por debajo de la línea de la pobreza, por lo general, tendrán mayores ingresos y un nivel de vida comparado relativamente alto (ONU-HÁBITAT, 1981, párr. 131). Por lo tanto, se ha afirmado que las políticas de titulación de tierras podrían ayudar a superar la línea de la pobreza, pero sólo a aquellos que están cerca de ella. El sector más desfavorecido de la población urbana pobre se vería aún más segregada e imposibilitada de alcanzar un nivel de vida adecuado.

5.2.3 Fomento de nuevas ocupaciones

Podríamos sostener también que uno de los efectos secundarios de la titulación es el de incitar a nuevas ocupaciones ilegales (ONU-HÁBITAT, 1981, párr. 131). Otros pobres urbanos pueden ver en esta práctica un medio para tener acceso a un mejor nivel de vida o a una vivienda. El otorgamiento de títulos puede ser visto por el resto de la sociedad como una validación de lo que constituye no sólo una situación ilegal,

sino también un delito. En marzo de 2011 en Argentina, el fallo del 4° Juzgado de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en el caso *Zárate Villalba y otros contra GCBA*, ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a “urbanizar” (suministro de servicios y saneamiento) en un asentamiento precario. En una entrevista, en el diario La Nación del 24 de marzo de 2011, el Jefe de Gabinete de Ministros del gobierno local, Horacio Rodríguez Larreta, anunció que el gobierno tenía la intención de apelar la decisión con el argumento de que es inconcebible “convalidar a gente que tomó un lugar hace unos años y ahora hay que darle la propiedad de la tierra [...] No se puede darle apoyo del Estado, ni un subsidio ni una vivienda, a alguien que haya tomado un lugar”.

5.2.4 Inexistencia de un incremento real en el acceso al crédito

Los defensores de las políticas de titulación de tierras se apoyan en gran medida en el argumento de que dichas medidas aumentan sustancialmente el acceso de los hogares pobres a los mercados formales de crédito. Aunque no constituye una desventaja propiamente dicha, hay que señalar que tal extremo no se observa en la práctica. Por el contrario, se advierte poco o ningún incremento, en particular en los préstamos no hipotecarios, mientras que los habitantes de asentamientos precarios siguen recurriendo y dependiendo fuertemente del crédito informal (Galiani y Schargrodsky, 2010, 710).

No obstante, algunos autores siguen considerando que las políticas de titulación de tierras constituyen uno de los medios posibles para reducir la pobreza, “aunque no a través del atajo del acceso al crédito y la renta productiva, sino a través del lento camino de mayor inversión en capital físico y humano” (Galiani y Schargrodsky, 2010, 701).

6. El Caso del Barrio San Francisco Solano

El Barrio San Francisco Solano es un asentamiento irregular ubicado en las afueras de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Fue ocupado en 1981 durante el último gobierno de facto. Cuando se restableció la democracia en 1983, el gobierno trató de transferir a los

ocupantes la propiedad legal sobre las tierras ocupadas. A los anteriores propietarios de esas tierras (trece en total) se les ofreció una indemnización por la expropiación. Ocho de ellos aceptaron, mientras que los otros cinco llevaron sus casos a los tribunales. Por lo tanto, sólo a la mitad de las familias del asentamiento, aquellas que vivían en tierras de propiedad de quienes aceptaron la indemnización, les fueron otorgados los títulos sobre sus parcelas.

En los casos en que las parcelas se utilizaban para vivienda familiar, se les transfirió el dominio a las familias ocupantes, siempre y cuando no tuvieran otros bienes inmuebles y hubiesen mantenido su ocupación de manera ininterrumpida por al menos un año entero antes de que se aprobara la ley de expropiación. Por otra parte, los títulos eran condicionales en virtud de las siguientes limitaciones estipuladas por Ley 10239 de la Provincia de Buenos Aires: las parcelas debían ser destinadas a la construcción de viviendas familiares permanentes y durante los primeros diez años después de la transferencia de *dominium* sus titulares tenían prohibido transferir sus derechos sobre las mismas, ya sea mediante venta o arrendamiento.

Esta situación dio lugar a un “experimento natural” (Galiani y Schargrotsky, 2010, 700-729), debido a que el otorgamiento o no de títulos de propiedad se debió completamente a circunstancias exógenas. Ello significa que las familias que poseen títulos presentan las mismas características socio-económicas generales que las que no obtuvieron títulos, y que las tierras que ocupan no tienen diferencias sustanciales. De acuerdo con el estudio realizado por Sebastián Galiani y Ernesto Schargrotsky, esto permitió superar el obstáculo habitual de aislar e identificar los efectos que pueden atribuirse a la titulación de tierras. Es más, la posibilidad de aislar fácilmente estos resultados es fortalecida por el hecho de que, una vez completada la transferencia del *dominium* sobre las tierras ocupadas, no hubo seguimiento alguno por parte del Estado, ni implementación de programas sociales de ningún tipo.

Los resultados de este estudio muestran un aumento sustancial en el nivel general de la apariencia de la vivienda. Este nivel se eleva en casi un 40% en el grupo con título de propiedad (Galiani y Schargrotsky, 2010,

706). Los criterios específicos que estos autores tienen en cuenta para determinar el coeficiente de inversión global en la vivienda incluyen buenas paredes, buen techo, superficie construida y veredas de hormigón. A su vez, el estudio también presenta diferencias en el nivel de educación y el número de integrantes de las familias. Aquellas con título de propiedad son relativamente más pequeñas y la educación de sus hijos presenta una mayor tasa de finalización de la escuela primaria y secundaria (Galiani y Schargrodsky, 2010, 708–710).

Por otro lado, el estudio muestra un impacto mínimo en el acceso a los mercados de crédito (Galiani y Schargrodsky, 2010, 710). La relevancia de este hallazgo reside en el hecho de que el acceso al crédito es uno de los principales argumentos esgrimidos por los defensores de las políticas de titulación de tierras como un medio para el mejoramiento de los asentamientos precarios y la mitigación de la pobreza. Se argumenta que la propiedad legal animará a los individuos a usar su propiedad como garantía, estimulará la inversión y, por consiguiente, aumentará el capital.

Como resultado, se concluye que “otorgar títulos a los pobres aumenta su inversión tanto en las casas como en el capital humano de sus hijos, lo cual debería contribuir a disminuir la pobreza en las generaciones futuras” (Galiani y Schargrodsky, 2010, 712). Aunque los efectos de la titulación de tierras sobre la mitigación de la pobreza que se proponen en esta conclusión son difíciles de evaluar, es indiscutible que la misma no sólo proporciona a los habitantes de asentamientos precarios el más alto grado de seguridad de la tenencia, sino que también puede significar el punto de partida para la mejora global del nivel de adecuación de la vivienda.

7. ¿Pueden estos resultados alcanzarse por otros medios?

Las organizaciones internacionales han sido reacias a apoyar las políticas de titulación de tierras. El plan de acción mundial de la *Agenda Hábitat* (1996) recomienda a los Estados “estudiar disposiciones innovadoras para fortalecer la seguridad de la tenencia, aparte de la legalización total que, en ciertas situaciones, puede ser excesivamente costosa y requerir demasiado tiempo...” (Agenda Hábitat, 1996, párr. 79.3).

Una introducción superficial a las ventajas y desventajas de las políticas de titulación de tierras hemos desarrollado en el capítulo anterior, así como la presentación de un estudio de caso. El *quid* de la cuestión consiste determinar si las políticas de titulación de tierras son políticas encomiables en materia de adecuación de la vivienda. Para responder a esta pregunta, hay que sopesar no sólo los pros y los contras de estas políticas, sino también otras formas de seguridad en el cargo y sus respectivas ventajas y desventajas.

Por ejemplo, los contratos de arrendamiento a largo plazo, ya sea en tierras privadas o públicas, pueden proporcionar tanta seguridad en la tenencia como la titulación de tierras sin los efectos negativos de procedimientos largos y costosos, o el estímulo de nuevas ocupaciones. Los derechos menos amplios vinculados a los arrendamientos son prácticamente irrelevantes. Para la seguridad de la tenencia y la adecuación de la vivienda no es esencial proporcionar a los habitantes de asentamientos precarios el derecho de vender o transferir por sucesión sus tierras. Es más, con respecto al derecho a vender, suele ser aconsejable limitar esa posibilidad, para asegurar que las personas destinatarias de estas políticas sean, en definitiva, quienes se vean beneficiadas por las mismas.

También se ha destacado que la titulación de tierras y el suministro de servicios no necesariamente van de la mano. En Bogotá, Colombia, por ejemplo, los habitantes de asentamientos precarios pueden solicitar el acceso a estos servicios siempre y cuando demuestren que pueden costearlos y que habitan en sus hogares (ONU-HÁBITAT, 2008a, 20, cuadro 11). En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, una decisión judicial sobre un asentamiento situado dentro de una reserva ecológica (*Villa Rodrigo Bueno*) ha dado lugar a intensos debates. En marzo de 2011, el 4º Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario determinó, en el *caso Zárate Villalba y otros contra GCBA*, que el gobierno local debe: (a) abstenerse de efectuar desalojos o llevar adelante cualquier medida de carácter segregativo o expulsivo, (b) adoptar las decisiones incluyentes necesarias y debidas tendientes a la efectiva integración urbanística y social del Barrio Rodrigo Bueno de Costanera Sur, (c) dar participación efectiva a los residentes en relación

a los proyectos de reurbanización incluyente, y (d) proveer al mismo de los servicios básicos de alumbrado y de agua potable, garantizando asimismo la higiene y la limpieza del mismo, como la remoción de escombros y desratización, etc.

Otros autores, como Van Gelder, proponen que la seguridad percibida o *de facto* de la tenencia contribuye a mejorar los asentamientos precarios, independientemente de la titularidad o legalidad, y señalan que lo que más valoran sus habitantes son las garantías de no desalojo (Payne, 1996 y Van Gelder, 2009).

8. Conclusión

Las ventajas que se adjudican a la práctica de la titulación de tierras como medio para incrementar la seguridad de la tenencia son claras. Por otra parte, como hemos explicado en este trabajo, otorgar títulos a los habitantes de asentamientos precarios contribuye a la realización del derecho a la vivienda adecuada en su aspecto global. Aumenta no sólo el nivel de seguridad en la tenencia, sino también la adecuación general de la vivienda, contribuyendo a satisfacer otros elementos constitutivos del derecho, como la habitabilidad y la disponibilidad de materiales, y la planificación urbana organizada. Asimismo, los títulos de propiedad ayudan a los Estados a potenciar un mayor cumplimiento de otros derechos económicos, sociales y culturales, como la educación y la salud.

Las críticas a esta política se enfocan sobre todo en su falta de repercusión significativa en materia de creación de riqueza y acceso a los mercados de crédito mediante el uso de la propiedad como garantía.

Sin embargo, las mismas ventajas de mejora de la vivienda y reducción de la pobreza que se atribuyen a estas políticas pueden lograrse exitosamente a través de medidas menos “radicales”, como los contratos de arrendamiento a largo plazo, legislación contra los desalojos forzosos, el suministro de servicios sin título y la seguridad percibida de la tenencia, entre otros. Estos medios alternativos reportan a su vez menos efectos negativos, no sólo con respecto a la población destinataria de las medidas, sino también con respecto al Estado, al ser menos costosas.

Es necesario ponderar las ventajas y desventajas de las políticas de titulación de tierras, los recursos humanos y financieros que ellas demandarían de los Estados y, en el caso de tierras propiedad de actores privados, el conflicto de derechos de los diferentes sectores de la población (derecho a la vivienda vs. derecho de propiedad). Todo esto podría hacer de la titulación de tierras una de las alternativas menos deseables. Además, en los países en vías de desarrollo donde el número de habitantes de asentamientos precarios es alto y los recursos de que dispone el Estado relativamente escasos, la titulación de tierras podría poner demasiada presión sobre este último. Un conjunto de otras políticas podría ser una mejor solución a la problemática de los asentamientos precarios y la vivienda adecuada.

ONU-HÁBITAT propone una estrategia gradual para la seguridad de tenencia que a su vez puede significar mejoras en la adecuación general de la vivienda. Este enfoque gradual comprende varias etapas, desde la tenencia percibida temporaria hasta la titulación completa con carácter opcional (ONU-HÁBITAT, 2008a, 30-31). Esta puede ser mejor que el simple otorgamiento total de títulos. Implica menor presión sobre el Estado y es más acorde con la teoría de la seguridad en la tenencia entendida como una gradación entre dos extremos.

9. Bibliografía

- Agenda Hábitat, Objetivos y Principios, Compromisos y Plan de Acción Mundial*. 1996. ONU.
- Chenwi L. 2008. Putting Flesh on the Skeleton: South African Judicial Enforcement of the Right to Adequate Housing of Those Subject to Evictions. *Human Rights Law Review* 8 (1): 105-137.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 2001. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Com. N° 155/96.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1990. *Observación General N° 3, La Índole de las Obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC).

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1991. *Observación General N° 4, El Derecho a una Vivienda Adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC)*.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1997. *Observación General N° 7, El Derecho a una Vivienda Adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC): los Desalojos Forzosos*.
- Comité de Derechos Humanos. 1988. *Observación General nro. 16, Derecho a la Intimidad (artículo 17 del PIDCP)*.
- Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1997.
- Galiani S. y Schargrotsky E. 2010. *Property Rights for the Poor: Effects of Land Titling*, Journal of Public Economics, 94, 700–729.
- Hannum H. 2009. The United Nations and Human Rights. En *International Protection of Human Rights: A Textbook*, editado por C. Krause and M. Sheinin. Turku: Abo Akademi University Institute for Human Rights.
- Kothari M. 2004. *Informe del Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado*.
- Ley N° 10239 de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.
- ONU-HÁBITAT. 1981. *Upgrading of Urban Slums and Squatter Areas*.
- ONU-HÁBITAT. 1988. *The Global Strategy for Shelter to the Year 2000*, adoptado por Resolución 43/181 de la Asamblea General de Naciones Unidas.
- ONU-HÁBITAT. 2003a. *The Challenge of Slums – Global Report on Human Settlements*.
- ONU-HÁBITAT. 2003b. *Handbook on Best Practices, Security of Tenure and Access to Land – Implementation of the Hábitat Agenda*.
- ONU-HÁBITAT. 2004. *Pro Poor Land Management: Integrating Slums into City Planning Approaches*.
- ONU-HÁBITAT y La Red Global de Herramientas del Suelo. 2008a. *Derechos Seguros al Suelo para Todos*.
- ONU-HÁBITAT. 2008b. *Enhancing Security of Tenure: Policy Directions, Enhancing Urban Safety and Security. Global Report on Human Settlements 2007*, Edición Abreviada, Vol. 2.
- ONU-HÁBITAT. 2009. *Fact Sheet N° 21(Rev. 1): The Right to Adequate Housing*.

- Payne G. 1996. *Urban Land Tenure and Property Rights in Developing Countries: A Review of the Literature*. Londres: Overseas Development Administration.
- Riedel E. 2009. Economic, Social and Cultural Rights. En *International Protection of Human Rights: A Textbook*, editado por C. Krause and M. Sheinin. Turku: Abo Akademi University Institute for Human Rights.
- Sheinin M. 2009. International Mechanisms and Procedures for Monitoring. En *International Protection of Human Rights: A Textbook*, editado por C. Krause and M. Sheinin. Turku: Abo Akademi University Institute for Human Rights.
- Van Gelder J.L. 2009. Legal Tenure Security, Perceived Tenure Security and Housing Improvement in Buenos Aires: An Attempt towards Integration. *International Journal of Urban and Regional Research* 33 (1): 126-146.

Jurisprudencia

- Caso *Zárate Villalba, Juan Ramón y otros contra GCBA, sobre Amparo* (art. 14 CCABA), 4º Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Expediente nro. 17699/0, sentencia de 22 de marzo de 2011.
- Corte IDH. 2004. *Masacre de Plan de Sánchez vs. Honduras*, reparaciones, decisión de 19 de noviembre.
- Corte IDH. 2006. *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, decisión de 31 de enero.

Importación, exportación y consentimiento regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

Gerald L. Neuman

Titular de la cátedra J. Sinclair Armstrong de Derecho Internacional, Derecho Extranjero y Derecho Comparado, Harvard Law School (Estados Unidos).

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado un cuerpo significativo de jurisprudencia sobre derechos humanos a través de la interpretación de convenciones regionales de derechos humanos y de la adaptación de precedentes europeos y globales y de soft law global. La Corte Interamericana también ha aspirado a influenciar fuera de su región ofreciendo interpretaciones innovadoras en materia de derechos humanos e identificando normas como *ius cogens*. La metodología de la Corte en los últimos años parece haber dado insuficiente consideración al consentimiento de la comunidad regional de Estados como factor en la interpretación evolutiva de un tratado de derechos humanos. El artículo ilustra y critica esa tendencia, y sostiene que una mayor atención a indicios de consentimiento regional podría mejorar la aceptación y efectividad del sistema interamericano de derechos humanos.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos; jurisprudencia; soft law global; *ius cogens*; consentimiento regional.

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights has elaborated a significant body of human rights jurisprudence through interpretation of regional human rights conventions and the adaptation of European and global precedents and global soft law. The Inter-American Court has

1 Nota de la editora: el presente artículo ha sido publicado originalmente en su versión en inglés en *Revista Europea de Derecho Internacional*. 2008. *EJIL*, Vol. 19, N° 1. La RIDH dispone de la autorización expresa del autor para publicar su versión en español, traducido por Gisela Ferrari (abogada por la Universidad Católica Argentina) y Lucía Vázquez Ger (abogada por la Universidad Austral de Argentina).

also aspired to have an influence outside its region by offering innovative interpretations of human rights and by identifying norms as *jus cogens*. The Court's methodology in recent years has appeared to give insufficient consideration to the consent of the regional community of states as a factor in the evolutive interpretation of a human rights treaty. The article illustrates and criticizes that trend, and contends that greater attention to evidence of regional consent could improve the acceptance and effectiveness of the Inter-American human rights system.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; jurisprudence; soft law global; *jus cogens*; regional consent.

Artículo recibido: 05/12/13 Aceptado: 14/02/14

Sumario

1. Introducción
2. El contexto institucional de la Corte Interamericana
3. Interpretación regional de normas de derechos humanos
4. La importación de interpretaciones europeas y globales
5. Tres perspectivas sobre la importación
6. La exportación de interpretaciones interamericanas
7. La exportación de un principio de no discriminación universal
8. Conclusión: revaluando el consentimiento regional
9. Bibliografía

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, se ocupa de la resolución vinculante de reclamos por violaciones de derechos humanos en el marco de una convención regional de derechos humanos. Los obstáculos en la realización de los derechos humanos en América han sido enormes, e incluyen pobreza extrema, sociedades divididas y devastadas por conflictos internos brutales, cortes nacionales débiles, y más recientemente, democracias frágiles. Otros problemas resultan de la participación insuficiente de la Organización de los Estados Americanos, el organismo madre regional.

El presente trabajo cuestiona una característica importante del método con el que ha operado la Corte Interamericana ante dichos problemas. Debido a la carencia de apoyo regional, la Corte ha mirado hacia el exterior, hacia Europa y hacia el discurso global de derechos humanos como principales puntos de referencia para sus interpretaciones de la convención regional. En el proceso, la Corte ha llegado a subestimar el consentimiento de la comunidad pertinente de Estados como factor en la interpretación de un tratado de derechos humanos. Esta negligencia distorsiona la elaboración de normas de derechos humanos por parte de la Corte, y puede dañar la efectividad del sistema regional de derechos humanos.

El trabajo comienza, en primer lugar, dando una breve descripción institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego explora su metodología de interpretación regional. La práctica de importar interpretaciones europeas y globales es demostrada y cuestionada en las partes 4 y 5. Luego, el artículo estudia el esfuerzo de la Corte Interamericana para exportar interpretaciones innovadoras, incluyendo sus determinaciones de *ius cogens*, que obvian completamente el consentimiento de los Estados. Más adelante, el resultado más gráfico de esta metodología –la ambiciosa versión de la Corte de una norma de no discriminación– será examinado y criticado (partes 6 y 7).

2. El contexto institucional de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana, o simplemente, la Corte) es el órgano judicial creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) para la resolución vinculante de casos contenciosos y para la emisión de opiniones consultivas en materia de derechos humanos bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (Pasqualucci, 2003). La Corte es el equivalente de la Corte Europea de Derechos Humanos, que forma parte del sistema regional del Consejo Europeo. En efecto, los redactores de la CADH modelaron substancialmente a la Corte y a su relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la base de la estructura del sistema europeo de derechos humanos tal como existía en la década de 1960. Sin embargo, algunas variaciones de ese modelo formal son considerables. En primer lugar, la Corte Interamericana posee una jurisdicción consultiva mucho más amplia que la de la Corte Europea². En segundo lugar, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana se refiere principalmente a la aplicación de la propia CADH, pero también se ha extendido a algunos otros tratados regionales de derechos humanos. En tercer lugar, la Corte Interamericana posee mayor autoridad en los casos contenciosos en los que encuentra que ha habido una violación³.

2 La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana bajo el art. 64 de la CADH se extiende no sólo a la interpretación de derechos sustanciales amparados por la Convención en sí misma (un poder de que carece la Corte Europea), sino también a la interpretación de otros tratados de derechos humanos ratificados por los Estados miembros de la OEA. La Corte ha interpretado esta última categoría generosamente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana), Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A, N° 1, 1982).

3 Art. 63 (1), CADH. La CADH también otorga a la Corte autoridad expresa para ordenar medidas provisionales para la protección de los individuos, un poder que la Corte ejercita en las primeras etapas de casos contenciosos que probablemente nunca sean tratados en cuanto al fondo. art. 63 (2) CADH (Pasqualucci, 2003, 293).

En cuarto lugar, y muy importante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) se parece sólo en parte a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos. La Comisión es anterior a la adopción de la CADH, y cumple una más amplia gama de funciones de promoción, de monitoreo y cuasi judiciales que la que cumplía la Comisión Europea. La Comisión Interamericana también retiene las responsabilidades cuasi judiciales que poseía con anterioridad a la adopción de la CADH en relación a los miembros de la OEA que no la han ratificado, y los evalúa a la luz de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴.

La Comisión actúa como guardiana del acceso a la Corte en los casos contenciosos. Según la CADH, los casos contenciosos no pueden ser llevados a la Corte sin antes ser revisados por la Comisión⁵. Asimismo, la CADH permite únicamente a los Estados parte y a la Comisión misma remitir un caso de la Comisión a la Corte; los individuos no tienen legitimación

4 El grado en el que la Declaración Americana ha permanecido como un documento de aspiraciones como la Declaración Universal de Derechos Humanos, o se ha convertido en legalmente vinculante por absorción en la Carta de la OEA, es una cuestión discutida, especialmente entre la Comisión Interamericana y los Estados Unidos. La Corte Interamericana coincidió con la Comisión en este punto en *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A, N° 10, 1989. Actualmente, 24 Estados de la OEA son parte en la CADH; 11 (contando a Cuba) no lo son. Trinidad y Tobago fue parte, pero denunció la Convención en 1998.

5 Los casos contenciosos incluyen casos traídos por individuos contra un Estado parte y casos interestatales (aunque estos últimos son extremadamente excepcionales). Según la CADH, los Estados parte deben aceptar la competencia de la Comisión para recibir peticiones de los individuos, pero los Estados parte tienen la opción de aceptar o no la competencia de la Corte. Hasta el momento, la gran mayoría de Estados parte lo han hecho. En contraste, tanto los Estados miembro de la OEA como los órganos de la OEA pueden acudir a la jurisdicción consultiva de la Corte sin recurrir a la Comisión.

para hacerlo. En los últimos años, la Comisión ha adoptado la práctica de remitir casos en los que haya encontrado al menos una violación a la CADH a la Corte, pero conserva la opción de negarse. Las normas de la Comisión no contemplan la remisión de casos en los que no se haya encontrado ninguna violación⁶.

Los primeros años de la Corte fueron afectados por la rivalidad entre ella y la Comisión, y algunos vestigios de competencia aún perduran. La Comisión, ya establecida hacía tiempo, no dio la bienvenida a una nueva Corte que podría poner en peligro su autonomía y socavar su prestigio. Al principio, la Comisión se negaba a remitir casos contenciosos a la Corte, y las actividades de esta se limitaban a emitir opiniones consultivas. Las relaciones mejoraron en la década de 1990, y el número de casos creció modestamente, aunque la Corte a veces rechazaba la interpretación de la Comisión sobre sus propios poderes⁷. La Corte también ha afirmado su independencia estando en desacuerdo con la Comisión en cuestiones de hecho o de derecho sustantivo⁸.

6 Además, los individuos no cuentan con vía a la Corte en la mayoría de los casos en que la Comisión al procesar una petición no llega a una conclusión definitiva.

7 Por ejemplo: Caso *Las Palmeras* (Excepciones preliminares), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 67, 2000, en párr. 34 (que sostiene que la Comisión carece de competencia para aplicar derecho internacional humanitario como tal en casos contenciosos); Caso *Genie Lacayo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 30, 1997, en párr. 93 (que afirma que las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes).

8 Por ejemplo: Caso *Cinco Pensionistas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 98, 2003, párr. 146–148 (rechaza el argumento de la Comisión que sostenía que la reducción de pensiones violaba el art. 26 de la CADH); Caso *Castillo Petrucci*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 52, 1999, en párr. 102–103 (rechaza la teoría de la Comisión de que juzgar a nacionales extranjeros por traición violaba el derecho a la nacionalidad de conformidad con el art. 20 CADH); Caso *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 90, 2001, en párr. 47 (considera insuficientes las pruebas de la Comisión de que las fuerzas estatales ejecutaron a una de las presuntas víctimas).

La Corte también ejerce la autoridad de encontrar violaciones diferentes a aquellas alegadas por la Comisión sobre los mismos hechos, formulando sus propias teorías legales en virtud del principio de *iura novit curia*⁹. La Corte ha estado dispuesta a encontrar múltiples violaciones en un mismo caso, aparentemente con el fin de hacer óptimo uso de la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia a pesar de su reducido número de casos¹⁰. (La Corte había emitido pronunciamientos en menos de 100 casos contenciosos hacia fines de 2006¹¹).

La tasa de cumplimiento de medidas correctivas es más baja en el sistema interamericano que en el sistema europeo. Sin embargo, ese hecho es, en parte, reflejo de que la Corte Interamericana tiene poderes

9 Caso *Godínez Cruz*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 5, 1989, en párr. 172; Caso *Masacres de Ituango*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 148, 2006, en párr. 191.

10 Por ejemplo: en el Caso *Ricardo Canese*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 111, 2004, en párr. 128, 131, 134, la Corte consideró que las restricciones para viajar al exterior a un político como consecuencia de una condena por difamación, violaban tanto su derecho de libertad de expresión de conformidad con el art. 13 de la CADH como su derecho a la libertad de movimiento de conformidad con el art. 22; las órdenes impugnadas violaban el art. 22 en varios aspectos, porque carecían de base legal, no eran “necesarias”, y no eran proporcionadas. La Corte no siempre analiza toda violación posible planteada por los hechos. Cuando lo desea, utiliza la típica práctica de la Corte Europea de, una vez hallada una violación, juzgar innecesario el examen de caracterizaciones alternativas de las mismas acciones. Por ejemplo: el Caso *García Asto y Ramírez Rojas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 137, 2005, en párr. 245 (no hay necesidad de considerar violaciones a derechos de familia bajo el art. 17 cuando la separación y el sufrimiento de la familia fueron tenidos en cuenta al evaluar las condiciones de detención bajo el art. 5).

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2006* (2007), p. 71. El mayor número de pronunciamientos de la Corte refleja decisiones en múltiples etapas de algunos casos. La Corte también había emitido 19 opiniones consultivas (Ibíd.).

más amplios para imponer medidas correctivas y que los ejerce con mayor entusiasmo. Dependiendo de las circunstancias, la Corte puede determinar una compensación a las víctimas principales y a los miembros de su familia (que también son víctimas); puede ordenar que se abran nuevos juicios, que se reformen normas, que se realicen actividades promocionales tales como el entrenamiento en derechos humanos, el desarrollo de proyectos para pueblos masacrados, las retractaciones públicas y la conmemoración de víctimas¹². En algunos casos, estas órdenes conmemorativas han sido muy específicas: llamar a un establecimiento educativo con el nombre de las víctimas¹³, o a una calle¹⁴, erigir un monumento¹⁵, o inscribir el nombre de las víctimas en un monumento existente¹⁶. Cuando los restos de víctimas asesinadas son escondidos, la Corte ordena al Estado su búsqueda y devolución para ser enterrados. Muy frecuentemente, la Corte ordena al Estado que investigue la violación, y que identifique y que sancione a los responsables. Recientemente, la Corte ha ordenado a los Estados que busquen la extradición de los altos oficiales de gobierno que han huido de responsabilidad por sus crímenes¹⁷. A lo largo del tiempo, la Corte ha

12 La Corte también ha ordenado a los Estados honrar la memoria de oficiales que fueron asesinados por represalias por investigar la violación: Caso *Comunidad Moiwana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 124, 2005, en párr. 216; Caso *Carpio Nicolle*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 117, 2004, en párr. 137; Caso *Mack Chang*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 101, 2003, en párr. 279.

13 Caso *Villagrán Morales* (Reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 77, 2001; Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 110, 2004, en párr. 236.

14 Caso *Mack Chang*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 101, 2003, en párr. 286.

15 Caso *19 Comerciantes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 109, 2004, en párr. 273.

16 Caso *Prisión de Castro Castro*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 160, 2006, en párr. 454.

17 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006,

alcanzado un éxito substancial en persuadir a los Estados para que paguen las condenas monetarias. Las órdenes reformadoras ambiciosas son menos frecuentemente cumplidas, y los mayores problemas de cumplimiento se relacionan con el castigo de aquellos responsables por las violaciones¹⁸.

La CADH no asigna a ningún órgano político de la OEA el deber de asegurar el cumplimiento de las resoluciones de la Corte, y la Corte ha intentado velar por sí misma la ejecución. Los órganos políticos no ejercen presión sobre determinados Estados para la implementación de las decisiones (Pasqualucci, 2003, 344 y Gómez, 1998, 173, 196 – 197). La falta de apoyo de la OEA en la ejecución va de la mano con la crónica financiación insuficiente de la Corte (Pasqualucci, 2003, 346– 348), que depende de contribuciones voluntarias suplementarias de fuentes tales como algunos Estados miembros individuales, la Unión Europea y el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas¹⁹. En la década pasada, dado que los regímenes formalmente democráticos se han convertido en un patrón para América Latina, la Corte y la Comisión han enfrentado resistencia institucionalizada dentro de la OEA por parte de gobiernos electos disconformes con “la noción de que la Comisión puede pasar su tiempo examinando peticiones individuales sobre temas que no parecen ser tan serios como ejecuciones sumarias, desapariciones, y torturas por razones políticas” (Medina, 1998, 337 – 353)²⁰.

en párr. 130–132; Caso *La Cantuta*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 162, en párr. 227.

18 Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 123, 2005, (voto razonado del Juez Ventura Robles), en párr. 19.

19 Por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2006* (2007), p. 64. Se encuentran comentarios llamativos como el siguiente: “[g]ran parte del LXX Período Ordinario de Sesiones se llevó a cabo con financiamiento de la Unión Europea” (Ibíd., 6, nota 2).

20 Varios años después, el diálogo crítico en la OEA continúa generando observaciones tales como “no se puede hablar de aumentar los recursos de los órganos del sistema sin antes implementar los mecanismos necesarios para evitar el abuso de la protección ofrecida por el sistema” y que la OEA debería “dedicar menos tiempo

3. Interpretación regional de normas de derechos humanos

La actividad de una corte regional de derechos humanos involucra varias funciones interrelacionadas. La corte establece qué determinaciones de hecho son relevantes con respecto a violaciones de derechos humanos alegadas; elabora interpretaciones legales de normas de derechos humanos; aplica el derecho a los hechos al determinar si los derechos han sido violados; y ordena medidas para las violaciones que haya encontrado.

Este artículo se focalizará principalmente en la actividad interpretativa de la Corte Interamericana. La elección no pretende subestimar la importancia de las otras funciones. En efecto, el mantenimiento de regímenes regionales de derechos humanos junto a los regímenes con base en Naciones Unidas puede servir para algunos objetivos (Donnelly, 2003, 141 y Weston *et al*, 585, 589–590). La ejecución regional podría tener ventajas incluso si los derechos fueran entendidos de modo idéntico en ambos niveles. Las condiciones favorables en una región pueden conducir a los Estados a confiar más en sus vecinos, y estar más dispuestos a dar poder a los órganos regionales para resolver conflictos de derechos humanos –investigar hechos, evaluarlos a la luz de los estándares legales gobernantes, y ordenar medidas apropiada– en vez de las instituciones globales, más distantes. La interdependencia en una región puede hacer que la implementación de derechos humanos sea más efectiva, dándoles a los otros Estados participantes más medios para influenciar la conducta de un Estado infractor. Las instituciones regionales pueden considerarse poseedoras de conocimiento local, más aptas para percibir la importancia

a encontrar a los responsables de violaciones y más tiempo a la educación de los jóvenes para prevenir que ocurran las violaciones a los derechos humanos”: Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Dialogue on the Workings of the Inter-American Human Rights System Among Member States and the Members of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights*, Report on the Meeting, OEA/Ser.G/CP/CAJP–2311/05 apéndice 2 (15 mayo de 2006), p. 5.

de hechos históricos y jurídicos al momento de evaluar los reclamos de derechos humanos o de dictar órdenes correctivas.

Otras ventajas de los regímenes regionales surgen cuando los derechos no son entendidos en modo idéntico a nivel global y regional. La homogeneidad cultural e ideológica relativamente mayor de una región puede permitir el acuerdo sobre una lista más completa de derechos humanos, o bien una definición más precisa de ellos, que la que los procesos “universales” han alcanzado. Por ejemplo, a pesar de que la Convención Americana haya sido redactada teniendo en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos, su enumeración de derechos los supera ya que incluye el derecho de réplica contra declaraciones injuriosas en los medios, y supera a los Pactos al proteger el derecho de propiedad²¹. Como órgano regional, la Corte Interamericana puede así servir al propósito adicional de articular concepciones regionales específicas de conceptos compartidos de derechos humanos, o interpretar normas de derechos humanos identificadas localmente.

La Corte Interamericana, como la Corte Europea, hace una “interpretación evolutiva” de su Convención como “instrumento viviente”²². La Corte invoca métodos generales de interpretación de tratados como aquellos expresados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero también hace hincapié en que los tratados de derechos humanos tienen un carácter distintivo, ya que establecen normas objetivas para la protección de los individuos en lugar de obligaciones recíprocas que benefician a los Estados²³. A los términos utilizados en el tratado se

21 Arts. 14 y 21 de la CADH. Por el contrario, la Convención Americana omitió la previsión de derechos de las minorías del art. 27 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

22 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 16, 1999, párr. 114-115 (cita, *inter alia*, *Tyrer v United Kingdom*, CEDH, 1978, Serie A, N° 26).

23 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Corte Inte-

les debe dar un significado autónomo en su propio contexto, y no se debe dejar a cada Estado que lo decida de acuerdo a sus leyes locales²⁴. Si bien los *travaux préparatoires* de la Convención proporcionan en ocasiones una guía de interpretación para las disposiciones, la Corte Interamericana los usa más frecuentemente al interpretar procedimientos de la misma Convención que al elaborar el contenido de derechos humanos individuales²⁵.

Sostener que la interpretación de un tratado de derechos humanos evoluciona deja abierta la pregunta de *cómo* esa evolución tiene lugar. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la elaboración progresiva de derechos es respaldada en parte por el propio razonamiento normativo de la Corte, en parte por la invocación de instrumentos de derechos humanos posteriores de la OEA²⁶, y muy frecuentemente por referencias a los regímenes globales y europeos de derechos humanos.

americana de Derechos Humanos, Serie A, N° 2, 1982, párr. 29-31 (cita Ap. N° 788/60, *Austria v. Italy*, 4 YB, 1961, 116, Comisión Europea).

24 *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 6, 1986, párr. 19-21.

25 Por ejemplo: *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 2, 1982, párr. 23-25 (se basa en los trabajos preparatorios para interpretar el art. 75 de la CADH sobre las reservas); Caso *Baena Ricardo* (Competencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 104, 2003, párr. 89 (se basa en los trabajos preparatorios para interpretar el art. 65 de la CADH en relación a procedimientos posteriores al dictado de los fallos); pero ver Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, (voto razonado del Juez Jackman) (se basa en los trabajos preparatorios para interpretar el art. 23 de la CADH en el sentido de que protege la candidatura de individuos no afiliados a ningún partido político).

26 Por ejemplo: Caso *Maritza Urrutia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 103, 2003, párr. 91 (interpreta el art. 5 de la CADH a la luz de la Convención Interamericana para la Prevención y Represión de la Tortura, Tratado de la OEA Serie N° 67, 1985, 25 ILM, 1986, 519, así como también normas globales).

La noción de un “consenso regional” ha jugado un rol mucho menor en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que en la de la Corte Europea. En el sistema europeo, el criterio de “consenso regional” cumple funciones tanto positivas como negativas. El tratamiento en gran medida consistente de una cuestión de derechos humanos entre los Estados miembro indicaría la presencia de un valor europeo subyacente que guía una interpretación más específica del derecho protegido por un tratado, o su más estricta aplicación. Un compromiso paralelo expresado a través del Consejo Europeo a veces sustituye la comparación de prácticas nacionales, y puede proveer signos de voluntad política y evidencia de consenso normativo. Por otro lado, la ausencia de “consenso regional” puede ser indicio de conflictos de valores irresueltos, o de que la política respecto de nuevas condiciones sociales se encuentra en mutación. Esa conclusión hace más probable que la Corte Europea espere una evolución futura dentro de límites más amplios para las variaciones nacionales.

Una razón manifiesta para la confianza menos frecuente en el “consenso regional” en América es la prevalencia comparativa de abusos sistemáticos de derechos humanos dirigidos contra el núcleo de los derechos protegidos. El establecimiento de estándares internacionales en función de prácticas nacionales efectivas implicaría el riesgo de adoptar objetivos muy pobres. Otro factor coadyuvante es la relativa ausencia de la participación de la OEA en la elaboración de estándares de derechos humanos. Las redes de cooperación y armonización regionales en el Consejo Europeo y en la Unión Europea han generado muchos más parámetros comunes que los pocos esfuerzos asumidos hasta el momento en América. La Corte Interamericana ha aprovechado, comprensiblemente, el reciente progreso en el apoyo de la OEA a la democratización, en particular como ha sido expresado en la Carta Democrática Interamericana del 2001²⁷. La consiguiente

27 Carta Democrática Interamericana. 11 sept. 2001. OEA OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01), 40 ILM (2001) 1289. La Carta es una resolución de la Asamblea General de la OEA que establece principios de democracia y un marco para la acción política de la OEA cuando el orden democrático de un Estado miembro está en riesgo o es interrumpido inconstitucionalmente (Rudy, 2005, 237). Para el

invocación de la Corte de un “consenso regional sobre la importancia del acceso a la información pública”²⁸ llama la atención por su rareza.

Irónicamente, la Corte no puede fácilmente tomar prestada legitimación para sus interpretaciones de la CADH de la institución de la OEA más comprometida con la promoción de los derechos humanos, la Comisión Interamericana. La Comisión es un órgano especializado, no un órgano intergubernamental, y no puede expresar consentimiento político en representación de los Estados miembro. Además, las opiniones de la Corte generalmente consideran a la Comisión como un órgano jerárquicamente subordinado, que propone argumentos para la consideración de la Corte, más que como una fuente independiente de conocimientos en la elaboración de normas de derechos humanos²⁹.

Una forma diferente de especificidad regional surge a través del desarrollo de doctrinas en reacción *contra* prácticas que han sido prevalentes en América y en los casos llevados por la Corte: desapariciones forzadas, impunidad y privilegio militar. La Corte y la Comisión fueron pioneras en el análisis de desapariciones forzadas, y la Corte adoptó teorías legales y probatorias para tratar los abusos ideados para evadir la detección y ocultar

uso de la Carta por la Corte Interamericana ver, por ejemplo, Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 115; caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 193, 207, 215 y el voto razonado del juez García-Sayán, párr. 15–17 (enfatisa el efecto de la Carta en la interpretación evolutiva de derechos políticos).

28 Caso *Claude Reyes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 151, párr. 78–79 (cita una resolución de la Asamblea General de la OEA de 2006 que insta a los Estados a “que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas”, así como también disposiciones más generales sobre transparencia y participación en la Carta Democrática).

29 Esta actitud no se sigue de los respectivos roles de la Corte y de la Comisión, y puede ser un legado de las tensiones en los primeros tiempos de su relación. La Corte Europea era más abiertamente atenta a la jurisprudencia de la Comisión Europea (Merrills, 1993, 15–16).

la responsabilidad estatal³⁰. La informalidad inicial de la Corte con respecto a los estándares de prueba, en contraste con el enfoque más restrictivo adoptado por la Corte Europea, se ha convertido en una característica permanente de su jurisprudencia. La extendida negativa de los Estados a investigar o a sancionar violaciones de derechos humanos ha motivado a la Corte a enunciar doctrinas contra la impunidad, incluyendo los derechos al debido proceso de las víctimas (incluyendo a los sobrevivientes) para acceder a los recursos penales³¹. La Corte ha expresado una rígida desaprobación de las amnistías otorgadas en relación a violaciones de derechos humanos (Tittmore, 2006, 429). Si bien por momentos su lenguaje pudo haberse centrado principalmente en auto amnistías dadas por el mismo régimen que cometió las violaciones³², la Corte también ha enfatizado que lo que importa es el resultado de la amnistía, y no su fuente³³. La absolutidad de la regla es también coherente con la correspondiente condena de la Corte de la prescripción como medio de defensa en casos de violaciones de derechos humanos, expresada en un caso donde un joven murió a causa

30 Caso *Velásquez Rodríguez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 4, 1988.

31 Caso *Villagrán Morales*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 63, 1999, párr. 225–227.

32 Comparar, por ejemplo, el Caso *Barrios Altos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 75, 2001, párr. 41 (“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”), con *Ibid.* párr. 44 (“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”).

33 Caso *Almonacid Arellano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 154, 2006, párr. 120 (“En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió [la autoamnistía chilena], atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”).

de heridas producidas por la brutalidad policial³⁴. El mal uso de la justicia militar como herramienta represiva contra opositores políticos y como vehículo de impunidad para los soldados ha llevado a la Corte a establecer límites estrechos en las circunstancias en las que los tribunales militares pueden juzgar delitos legalmente. La Corte ha negado que la jurisdicción militar pueda ser ejercida sobre los ciudadanos, y ha definido “ciudadano” a este fin como extendiéndose a un oficial naval recientemente retirado que se encontraba trabajando como empleado contratado civilmente para el servicio de inteligencia naval³⁵. Incluso soldados activos no pueden ser juzgados por cortes militares por crímenes cometidos contra ciudadanos, porque ello priva a las víctimas de su derecho a un tribunal independiente e imparcial³⁶.

4. La importación de interpretaciones europeas y globales

La Corte Interamericana es una gran, aunque selectiva, importadora de interpretaciones de derechos humanos. La Corte frecuentemente cita decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuestiones

34 Caso *Bulacio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 100, 2003, párr. 116. La Corte no puede verdaderamente querer decir, sin embargo, que toda violación de derechos humanos requiere sanciones criminales para los individuos identificados como responsables. La gama de deberes positivos y negativos implícitos en la Convención es muy amplia como para justificar tal generalización. Y, de hecho, la Corte no ordena la investigación y el castigo de actores individuales en todos los casos. Por ejemplo: Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 207 (caso de difamación contra un periodista); Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 275 (restricciones en materia electoral).

35 Caso *Palamara Iribarne*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 135, 2005.

36 Caso *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 90, 2001.

semejantes³⁷. En algunos casos, los precedentes europeos constituyen el principal apoyo para la interpretación progresiva de una disposición de la Convención³⁸. Por supuesto, las decisiones de la Corte Europea son vinculantes en el ámbito del Consejo Europeo, pero no en la OEA.

Otra fuente frecuente es el Comité de Derechos Humanos, incluyendo sus Observaciones Generales sobre el PIDCP (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos), sus opiniones sobre comunicaciones individuales, e incluso sus Observaciones Finales sobre los informes de los países³⁹. Actualmente, todas las partes de la CADH son también partes del PIDCP, aunque no necesariamente del Primer Protocolo Adicional. Al mismo tiempo, ni las Observaciones Generales del Comité ni las interpretaciones contenidas en sus opiniones sobre comunicaciones individuales o en sus Observaciones Finales vinculan formalmente a las partes del Pacto (Nowak, 2005, xxvii, 894). La Corte ha confiado en gran medida en las opiniones del Comité, por ejemplo, al interpretar el derecho de apelar

37 Por ejemplo: Caso *La última tentación de Cristo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 73, 2001, párr. 69 y nota 18 (libertad de expresión) (cita a *Handyside v. United Kingdom*, CEDH, Serie A, N° 24, 1976, y casos posteriores); Caso *Cinco Pensionistas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 98, 2003, párr. 103 y nota 50 (beneficios de pensión como propiedad) (cita caso 39/1995/545/631, *Gaygusuz v. Austria*, 1996-IV, CEDH, 1129).

38 Por ejemplo: Caso *Lori Berenson Mejía*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 119, 2004, párr. 159-161 (cita a la Corte Europea para la alegación de que la presunción de inocencia puede ser violada por declaraciones hechas por la policía a los medios afirmando la culpa del imputado antes del juicio).

39 Por ejemplo: Caso *Ricardo Canese*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 111, 2004, párr. 115-135 (basados en la Observación General 27 del CDH); Caso *Velásquez Rodríguez* (daños compensatorios), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 7, 1989, párr. 28 (cita los puntos de vista del CDH); Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 208 (cita la Observación General 25 del CDH); Caso *Raxcacó Reyes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie N° 133, 2005, párr. 69 y nota 47 (cita las Observaciones Finales del CDH en informes de Irán e Iraq).

una condena criminal en el sentido de que requiere la revisión tanto de las cuestiones fácticas como las jurídicas por un tribunal superior⁴⁰.

La Corte también se apoya en una gran variedad de documentos globales de *soft law*, tanto individualmente como en conjunto con otras fuentes. Por ejemplo, en el caso *Comunidad Moiwana*, la Corte invocó los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas⁴¹, que “iluminan el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en el contexto de desplazamiento interno”, como base principal de su conclusión de que el Estado había violado los derechos de los miembros de la comunidad de Moiwana al no hacer lo suficiente para facilitar su retorno a sus tierras tradicionales⁴². En el caso *Tibi*, la Corte hizo reiteradas referencias al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas⁴³, particularmente al considerar que el derecho a un trato humano bajo el artículo 5 requiere que el Estado provea tratamiento adecuado y oportuno a las heridas sufridas por los prisioneros⁴⁴. En el caso *Juan*

40 Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 166–167 y nota 117. Si bien la Corte no lo mencionó, esta interpretación difiere de la interpretación de la correspondiente provisión en el Protocolo Séptimo de la CEDH, el cual es posterior a la CADH (Nowak, 2005, 348–352); Ap. N° 29731/96, *Krombach v. France*, 2001–II ECHR 35, p. 64, párr. 96.

41 E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998).

42 Caso *Moiwana Village*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 124, 2005, párr. 111, 120. Esta parte del voto también se refirió a generalidades en la Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos (párr. 110) y a la decisión en cierta forma análoga de una petición individual, *Jiménez Vaca v. Colombia*, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comunicación No. 859/1999, UN Doc. CCPR/ C/74/D/859/1999 (2002) (párr. 116).

43 Adoptado por la Res. de la AG 43/173, el 9 de diciembre de 1988.

44 Caso *Tibi*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 114, 2004, párr. 154. La Corte también citó en apoyo de este principio (párr. 155) un pasaje de Ap. N° 30210/96, *Kudła v. Poland*, 2000–XI ECHR 197 (Grand Chamber) (que decidió que no había violación del derecho).

Humberto Sánchez, la Corte se basó en el Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de Naciones Unidas⁴⁵ al establecer requerimientos mínimos para la investigación seria y efectiva de una presunta ejecución extralegal, en cumplimiento de los artículos 8 y 25 de la CADH⁴⁶. En alguna ocasión, la Corte también ha invocado directrices adoptadas por organizaciones totalmente privadas de la sociedad civil internacional⁴⁷.

En algunas decisiones de este tipo, la Corte está convirtiendo *soft law* global en *hard law* regional (Álvarez, 2005, 504)⁴⁸. Estándares precisos y elaborados, articulados por medio de procesos no vinculantes de las Naciones Unidas, proveen el contenido que da efecto a normas de la Convención menos determinadas pero vinculantes. Se convierten en obligaciones interamericanas subsidiarias, cuyo incumplimiento constituye una violación a la Convención.

5. Tres perspectivas sobre la importación

Al examinar la estrategia de importación de la Corte Interamericana, sería útil distinguir entre los tres aspectos de una disposición de un tratado internacional de derechos humanos: el aspecto consensual, el suprapositivo y el institucional⁴⁹. Las disposiciones de los tratados toman

45 UN Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991).

46 Caso *Juan Humberto Sánchez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 99, 2003, párr. 127; cfr. también *Ibíd.*, párr. 128, nota 144 (que hace referencia a una recomendación del Consejo Europeo sobre la armonización de las reglas para autopsia médica forense).

47 Caso *Ximenes Lopes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 149, 2006, párr. 130 y nota 117, párr. 133 y nota 118, párr. 135 y nota 120 (cita estándares adoptados por la *World Psychiatric Association*, la *American Hospital Association*, la *American Geriatrics Society* y la *American Medical Association*).

48 “En algunos casos, [las entidades jurisdiccionales] son el principal vehículo por el que el *soft law* se transforma en *hard law*”.

49 Para una mayor profundización sobre el tema (Neuman, 2003, 1863).

su fuerza positiva como derecho internacional de los actos consensuales de los Estados, incluyendo los actos originarios de redacción y ratificación, y posiblemente actos posteriores de revisión consensual, expresa o implícita. Las disposiciones de derechos humanos en particular pueden también invocar una autoridad supra positiva, moral, independiente o anterior a su inclusión en un cuerpo normativo positivo; podría decirse que el preámbulo de la Convención Americana expresa este aspecto al reconocer “los derechos esenciales del hombre” con fundamento en “los atributos de la persona humana” y al afirmar que ellos “justifican” la misma Convención⁵⁰. Finalmente, las disposiciones de un tratado establecen reglas legales positivas que deben operar en un contexto institucional. Pueden ser redactadas o interpretadas en un sentido que tenga en cuenta las realidades institucionales, facilitando el cumplimiento por parte de los responsables y la vigilancia por parte de los órganos supervisores. Estos tres aspectos influyen adecuadamente en la interpretación de las disposiciones de un tratado de derechos humanos.

La importación de una interpretación desde una fuente externa puede estar justificada desde cualquiera de estas tres perspectivas, individual o combinadas. En términos de consenso, los Estados pueden haber expresado la intención de definir una obligación bajo la Convención Americana con referencia a otros tratados, o pueden ratificar la práctica de hacerlo. En términos suprapositivos, la Corte pudo tomar prestado en aquellas ocasiones en las que encontró especialmente persuasiva la exposición del órgano externo. En términos institucionales, la Corte podría tener una serie de razones pragmáticas para adoptar una interpretación preexistente de una norma: por ejemplo, la Corte podría concluir que la protección de los derechos humanos se beneficiaría con la coordinación del contenido de las obligaciones estatales a nivel regional y global; la importación de una

50 Preámbulo de la CADH, párr. 2 (“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”).

interpretación podría disminuir la carga de argumentación independiente de la propia Corte; o la Corte podría creer que la invocación de un estándar objetivo externo ayudaría a fortalecer las decisiones adversas contra la resistencia de los Estados.

Se pueden encontrar elementos de las tres perspectivas en la descripción de la Corte de sus prácticas de préstamos. Desde la perspectiva consensual, la Corte ha afirmado que “en la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos”⁵¹. En ocasiones, la Corte ha apoyado su estrategia interpretativa en el artículo 29 (b) de la Convención Americana, que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados [.]

La Corte ha afirmado a veces que esta disposición “prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos” en comparación con estándares internacionales⁵². Aún así, cualquier consentimiento expresado en esta dis-

51 “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 1, 1982, párr. 41.

52 Caso *Masacre de Mapiripán*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 134, 2005, párr. 188. No está claro cómo surgió esta interpretación del art. 29 (b); a primera vista, su lenguaje parece ser una mera exégesis de la cláusula de salvaguardia estándar contenida en muchos tratados de derechos humanos, indicando que el tratado define un mínimo, no un máximo, para la protección de los derechos humanos: por ejemplo: art. 60, CEDH. Los primeros comentarios sobre la CADH también describieron el art. 29 (b) en términos de la cláusula de salvaguardia

posición parecería estar limitado a las obligaciones convencionales efectivas de los Estados miembro de la OEA, y no se extendería a la importación de normas regionales europeas o de *soft law* global⁵³.

En términos suprapositivos, la Corte ha enfatizado que “la unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional”⁵⁴. Se ha apoyado en el razonamiento normativo de otros tribunales y ha incorporado sus argumentos en sus propias explicaciones de los derechos protegidos por la CADH. Así, por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa*, la Corte resumió la jurisprudencia de la Corte Europea sobre difamación antes de concluir que era “lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos [...] deben gozar [...] de un margen de apertura” para que su honor sea protegido, pero sólo “de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”⁵⁵. De manera similar, en el caso *Ricardo Canese*, la Corte se basó en la jurisprudencia europea al enfatizar que los candidatos políticos deben estar sujetos a un mayor grado de escrutinio y crítica públicas en el curso de una campaña electoral⁵⁶.

(Cançado Trindade, 1987, 115–117 y Gros Espiell, 1994, 223 – 228).

53 Puede decirse lo mismo sobre el apoyo en el art. 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como una base para el consentimiento real o positivo de las partes de la CADH. Esa disposición requiere que los intérpretes tengan en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Es dudoso si “forma pertinente de derecho” incluye a los instrumentos de *soft law*, y es claro que las normas regionales europeas no son “aplicables” en la OEA (McLachlan, 2005, 279, 290–291).

54 “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–1/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, No. 1 (1982), párr. 40.

55 Caso *Herrera–Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 128.

56 Caso *Ricardo Canese*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 111, 2004, párr. 98–104.

Frecuentemente, sin embargo, la Corte toma prestados estándares globales o europeos de una manera más concluyente que sugiere un fin institucional, utilizando puntos de referencia externos como medio de otorgar especificidad a las obligaciones de la CADH. Por ejemplo, el artículo 19 de la CADH contiene una disposición imprecisa sobre la protección de los niños: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En una importante decisión que involucraba la ejecución extrajudicial de niños de la calle guatemaltecos, la Corte observó que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁵⁷. La Corte hizo un uso más extenso de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de instrumentos de *soft law* relacionados en su opinión consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*⁵⁸. En respuesta a un pedido de la Comisión Interamericana que se focalizaba en los derechos procesales de los niños privados de su libertad o separados de sus familias por causas tanto criminales como no criminales, la Corte analizó una amplia gama de obligaciones estatales hacia los niños. Citó una gran variedad de fuentes, incluyendo decisiones de la Corte Europea y textos del Comité de Derechos Humanos, pero especialmente la CDN, su interpretación por el órgano por

57 Caso *Villagrán Morales*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 63, 1999, párr. 194.

58 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 17, 2002. Nótese que todas las partes que han ratificado la CADH también han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

ella creado⁵⁹, e instrumentos de *soft law* tales como las Reglas de Beijing⁶⁰ y las Directrices Riyadh⁶¹. Con posteridad, la Corte reiteró su apoyo en la CDN y en las Reglas Beijing al determinar el efecto del artículo 19 en un caso contencioso, *Instituto para la Rehabilitación de los Niños*⁶².

La rápida incorporación de bloques de *hard* y *soft law* globales en la convención regional ahorra a la Corte un considerable esfuerzo en la elaboración y la justificación de las consecuencias del artículo 19, y exige importantes mejoras en las condiciones que sufren los niños pobres en América. En parte, este avance puede ser justificado sobre la base de que todas las partes de la Convención Americana han también ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³. Sin embargo, ese argumento consensual no se extendería a la incorporación de elaboraciones no vinculantes de disposiciones de la CDN o a otros instrumentos de *soft law*

59 Además, en varias notas a pie, la Corte concentra sus citas en Informes del Comité de Derechos del Niño en relación a algunos Estados miembros de la OEA, incluyendo tanto a Estados que han ratificado la CADH como a Estados que no lo han hecho: por ejemplo, párr. 79, nota 84 (Costa Rica, y St Kitts and Nevis, respectivamente).

60 Por ejemplo: *Ibíd.*, párr. 120 (cita las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 1985).

61 Por ejemplo: *Ibíd.*, párr. 111 (cita las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices Riyadh), adoptada por Resolución de la Asamblea General 45/112, 14 de diciembre de 1990).

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 114, 2004, párr. 211.

63 Se podría objetar por motivos realistas que los Estados ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño teniendo en consideración sus débiles mecanismos de aplicación, sin la intención de someter su cumplimiento a la resolución vinculante de la Corte Interamericana. Pero esto es un riesgo que asumieron a la luz del art. 19 y de las prácticas interpretativas de la Corte. Tomar en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño al interpretar el art. 19 podría ser directamente justificable bajo el art. 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; esto no significa que cualquier disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño equivalga automáticamente a una “medida de protección requerida” de conformidad con el art. 19 de la CADH.

referidos a los niños. Las formulaciones contenidas en el *soft law* podrían llegar a coincidir con el más convincente análisis suprapositivo de los derechos humanos del niño, pero la mera aparición de una premisa en una resolución de Naciones Unidas o en una recomendación de un órgano especializado no conlleva *ipso facto* fuerza normativa concluyente. Así, la importación de estándares de *soft law* resulta con mayor probabilidad de consideraciones institucionales, pragmáticas.

De hecho, la Corte Interamericana ha explicado repetidas veces que

el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo⁶⁴.

Esta noción de un “*corpus juris*” de normas vinculantes y no vinculantes en continua expansión, disponible para su examen en la regulación de los Estados, subyace en gran parte de la práctica de la Corte al interpretar la CADH.

La Corte Interamericana parece tratar a todos los procesos que generen estas normas como formas igualmente válidas de “evolución” capaces de influenciar la interpretación de las obligaciones de los Estados en el

64 Caso *Masacres de Ituango*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 148, 2006, párr. 157, nota 177; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 125, 2005, párr. 67; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 18, 2003, párr. 120.

marco de la Convención Americana. Esta noción generosa de “evolución” elude el aspecto consensual de los derechos humanos sin asegurar necesariamente que la interpretación resultante esté justificada en términos institucionales⁶⁵.

El recurso fácil de la Corte a fuentes externas no vinculantes descarta la voluntad de los Estados miembro de la OEA como factor relevante en la interpretación de sus obligaciones. Esta actitud es expresada más claramente en votos razonados condenando el “voluntarismo de los estados”⁶⁶, pero parece informar las decisiones que estos votos acompañan. Desafortunadamente, la crítica al “voluntarismo de los estados” tiende a mezclar dos problemas distintos. Sin lugar a dudas, dejar que cada Estado sea el juez de sus propias obligaciones de derechos humanos, libre de redefinir o retractar compromisos previos, anularía el efecto de la Convención Americana. Pero tal observación no implica que la evolución sustantiva del régimen de derechos humanos regional deba ser independiente de la *comunidad de Estados* regional.

Ignorar el rol de los Estados genera cuestiones tanto de legitimación como de efectividad. La naturaleza de un tratado de derechos humanos requiere de la participación de los Estados (conjunta) en el diseño del sistema, incluyendo la elección de los derechos que deben ser protegidos y los medios de ejecución. Los Estados de la OEA desplegaron un considerable esfuerzo al negociar y adoptar su propio tratado regional de derechos humanos. No redujeron el tratado a un mecanismo de aplicación local de los Pactos globales⁶⁷, y simplemente no delegaron a la Corte la tarea de

65 Tampoco asegura que interpretaciones que han sido tomado prestadas estén justificadas en términos suprapositivos, dado que las conclusiones de un cuerpo especializado o los productos de un consenso regional europeo pueden no ser normativamente correctos.

66 Por ejemplo: Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, No. 123 (2005) (voto razonado del juez Cancado Trindade), párr. 64.

67 Una vez más, la Convención Americana incluye algunos derechos omitidos en el PIDCP (p.ej., el derecho a la propiedad) y omite o modifica otros derechos que el PIDCP incluye (p.ej., art. 27 del PIDCP sobre los derechos de las minorías); el vago

adoptar cualquier estándar que eligiera de algún cuerpo futuro de textos de *soft law*. La colaboración continua entre la Corte y los Estados miembro refuerza la autoridad de la Corte para definir las obligaciones estatales. La “humanización” del derecho internacional no ha ido tan lejos como para hacer que los tribunales internacionales de derechos humanos se autolegitimen sobre la base de su relación directa con seres humanos individuales.

Además, aceptar la influencia estatal en la evolución de las normas de derechos humanos es importante para la efectividad del sistema, un factor de importancia para la interpretación institucional. Hacer que un derecho humano sea “más efectivo” no implica necesariamente dar al derecho un significado más amplio. Implica hacer que el goce del derecho sea una realidad⁶⁸, y ello puede requerir definir el contenido positivo del derecho de manera que facilite su implementación en un momento histórico particular en una región particular. En algunas ocasiones, esto podría sugerir la necesidad de una interpretación más amplia o más categórica⁶⁹, y en otras ocasiones, de interpretaciones más adaptadas. Cuando los Estados de la región participan en la evolución progresiva de un derecho, sus acciones hacen la aplicación nacional más factible y proporcionan perspectivas de métodos de implementación que podrían tener éxito. Los Estados serán también más propensos a asistir a la Corte en la persuasión a otro Estado miembro para que cumpla con los estándares a los que ellos mismos ya adhieren.

En la medida en que la Corte está buscando el objetivo institucional de coordinar las obligaciones globales y regionales de los Estados, intentar

tratamiento de los derechos económicos y sociales en el art. 26 de la CADH fue seguido por un Protocolo que contempla sólo un rol limitado para la Corte: Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (adoptado el 17 de noviembre de 1988, vigente desde el 16 de noviembre de 1999) Tratados de la OEA, Serie N° 69, 1988, 28 ILM (1989) 156.

68 La Corte Interamericana ha expresado este punto de vista. Por ejemplo: Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 161.

69 Comparar *supra* el texto correspondiente a las notas 31–36.

prematuramente transformar *soft law* global en *hard law* a nivel regional no sirve necesariamente a aquel objetivo. El conjunto de procesos dispersos que producen textos globales no vinculantes puede resultar en contradicciones, y puede no prefigurar con exactitud el contenido que podría adoptarse en el futuro como obligación vinculante de derechos humanos. Los términos del *soft law* frecuentemente sostienen reclamos categóricos que requerirían de calificaciones y excepciones que tengan en cuenta intereses contrapuestos, incluyendo otros derechos y limitaciones de recursos.

Estas consideraciones no implican que la importación de las normas globales de *soft law* y doctrinas europeas carentes de una base regional en América no pueda ser nunca justificada instrumentalmente. Tampoco implican que añadir explicaciones más detalladas de las prácticas de préstamo de la Corte podría resolver sus problemas de cumplimiento⁷⁰. Pero sí sugieren que podría requerirse una mayor cautela al evaluar la idoneidad de las normas importadas como interpretaciones de la Convención Americana.

6. La exportación de interpretaciones interamericanas

La Corte Interamericana no es, por supuesto, una mera importadora pasiva de interpretaciones de derechos humanos. Incluso como importadora, la Corte es selectiva, pero también desarrolla interpretaciones innovadoras propias, a veces basadas específicamente en realidades regionales⁷¹, y a veces basadas en consideraciones universalistas⁷². La Corte aspira a ser una exportadora de interpretaciones de derechos humanos.

70 (Viljoen and Louw, 2007, 16) Concluye empíricamente que el cumplimiento con las recomendaciones de la Comisión Africana no se correlaciona con la “profundidad y anchura” del razonamiento que las apoya.

71 Conforme *supra* el texto correspondiente a las notas 30–36.

72 En cierta medida, el deseo de la Corte de innovar se encuentra en tensión con el objetivo de coordinar las obligaciones regionales de los Estados con sus obligaciones globales, pero si la Corte tiene éxito en exportar una interpretación, la congruencia puede ser restablecida.

Los votos razonados de los jueces de la Corte a veces expresan un perceptible orgullo respecto a las contribuciones de la Corte al discurso sobre los derechos humanos. Un ejemplo destacado involucra la interpretación de la Corte del derecho a la información sobre asistencia consular como derecho individual de las personas arrestadas, adoptada en una opinión consultiva y posteriormente confirmada por la Corte Internacional de Justicia en los casos *La Grand* y *Avena*⁷³. Un juez ha sostenido que las contribuciones de la Corte al derecho internacional humanitario incluían el reconocimiento de una obligación positiva de asegurar una vida digna como inherente al derecho a la vida; el reconocimiento del derecho a un proyecto de vida; la ampliación del concepto de víctima; el mencionado derecho a la asistencia consular; y el reconocimiento de los derechos laborales de migrantes indocumentados⁷⁴. Un pasaje de otro voto razonado

73 Por ejemplo: Caso *Fermín Ramírez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 126, 2005, voto razonado del Juez García Ramírez. (“Esta afirmación, originalmente formulada por la Corte Interamericana en la OC-16, fue luego acogida en la solución de casos ante la Corte Internacional de Justicia”). Las referencias son a *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 16, 1999; *La Grand Case (Germany v. United States)* [2001] ICJ Rep 466; y *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States)* [2004] ICJ Rep 12. La CIJ no confirmó ni negó la caracterización de la Corte Interamericana de este derecho a la información como derecho humano: *Ibíd.*, p. 61. Cuando luego la Corte Interamericana encontró una violación de este derecho en un caso contencioso, un voto concurrente enfatizó la “verdaderamente pionera Opinión Consultiva N° 16 [...] [que] ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre el tema, – como ha sido ampliamente reconocido por la doctrina jurídica contemporánea”: Caso *Acosta Calderón*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 129, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 14.

74 Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 125, 2005, voto razonado del Juez Abreu Burelli, párr. 6. Sobre el “proyecto de vida”, entendido como lo que un individuo elige como perspectiva

destacó los logros de la Corte en relación a los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, y la expansión de su capacidad legal como sujetos de derecho internacional⁷⁵.

Los votos razonados también afirman la paridad de la Corte con la Corte Europea de Derechos Humanos, la otra corte regional de derechos humanos: “El trabajo de los Tribunales Interamericanos y Europeos de Derechos Humanos sin duda ha contribuido a la creación de un *ordre public* internacional basado en el respeto por los derechos humanos en cualquier circunstancia”⁷⁶.

Las contribuciones de la Corte Interamericana también incluyen sus numerosas referencias al *jus cogens*. El concepto de *jus cogens* juega distintos roles en la jurisprudencia de la Corte. Puede servir a su clásica función enunciada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, invalidando una disposición de un tratado⁷⁷. Aparece frecuentemente como un agravante en un caso contencioso: caracterizar una violación de la CADH por parte de un Estado sujeto a la jurisdicción contenciosa de la Corte como una infracción a una norma de *jus cogens* aumenta la condena

de realización personal completa, la cual podría ser interrumpida o destruida por violaciones de derechos humanos, ver el Caso *Gutiérrez Soler*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 132, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 2-7; pero ver *Ibíd.* voto razonado del Juez Jackman, (crítica el concepto).

75 Caso *Comunidad Moiwana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 125, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 10 (“la sentencia sin precedentes (el primer pronunciamiento de este tipo emitido por un tribunal internacional)... en la cual se protegió el derecho de propiedad de las tierras... de los miembros de la comunidad indígena”), párr. 12 (“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y esta Corte, en particular, han contribuido a dicho desarrollo”).

76 Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 123, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 7.

77 Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 15, 1993, párr. 57.

de la violación, y puede justificar un remedio más extenso⁷⁸. La discusión del carácter de *jus cogens* de una disposición de la CADH puede también representar una afirmación de la Corte de autoridad normativa con respecto a un Estado de la OEA que *no* ha ratificado la CADH (por ejemplo, Estados Unidos)⁷⁹. En términos generales, la identificación de normas de *jus cogens* es la forma última de exportación de normas, afirmando la aplicabilidad universal de la norma a nivel mundial.

La eficacia universalmente vinculante de una norma de *jus cogens* es la antítesis del “voluntarismo de Estado”. Los Estados no pueden exceptuarse a sí mismos de una norma tal negándose a ratificar un tratado, o a través de una objeción constante. Tampoco puede una región de Estados consensuar la modificación de una norma de *jus cogens*. Ciertamente, el efecto de una declaración de *jus cogens* de la Corte Interamericana fuera de su hemisferio depende de su persuasión a otros; pero esos otros podrían ser tribunales y no Estados.

La Corte ha sido muy activa en la identificación de normas de *jus cogens* en años recientes. Estas normas imperativas incluyen prohibiciones de esclavitud⁸⁰, tortura física y psicológica⁸¹, desapariciones forzosas⁸², ejecuciones extrajudiciales⁸³, tratos inhumanos (incluyendo penas

78 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006, párr. 128–132, 166; Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 110, 2004, párr. 76.

79 Ver *infra* el texto correspondiente a la nota 95.

80 Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 15, 1993, párr. 57.

81 Caso *Maritza Urrutia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 103, 2003, párr. 92.

82 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006, párr. 93.

83 Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 110, 2004, párr. 76.

corporales)⁸⁴, discriminación⁸⁵, crímenes de lesa humanidad⁸⁶, normas sobre la prescripción de los crímenes de lesa humanidad⁸⁷, y falta de castigo a los autores de crímenes de lesa humanidad (que también ha sido descrito como un derecho de acceso a la justicia)⁸⁸. Otras posibilidades se han abordado pero no determinado, incluyendo el derecho de acceso a la justicia para todas las violaciones de derechos⁸⁹, garantías mínimas de derecho internacional humanitario⁹⁰, y el “irrespeto del honor y creencias personales (inclusive las relaciones de los vivos con sus muertos)”⁹¹.

Como ha advertido un voto razonado, “[e]s probable que la Corte Interamericana haya hecho más en la identificación de la expansión del

84 Caso *Ximenes Lopes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 149, 2006, párr. 126; Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 123, 2005, párr. 70. Nótese que distintas versiones de estos primeros cinco ítems fueron descritos como normas *jus cogens* de derechos humanos en la Re-formulación sobre la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de 1987: *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. 1987. ii, párr. 702 y comentario n (p. 163 y 167 respectivamente).

85 Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 184.

86 Caso *Almonacid Arellano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 154, 2006, párr. 99.

87 *Ibíd.*, párr. 153.

88 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006, párr. 131.

89 Caso *Ximenes Lopes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 149, 2006, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 19–21.

90 Caso *Hermanas Serrano Cruz* (Excepciones Preliminares), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 118, 2004, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 40 (cita el artículo común 3 de las Convenciones de Génova de 1949, art. 75 del Protocolo Adicional I, y arts. 4–6 del Protocolo Adicional II).

91 Caso *Masacre Plan de Sánchez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 105, 2004, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 30.

jus cogens que cualquier otro tribunal internacional contemporáneo”⁹². En la próxima sección se analizará cómo la Corte ha logrado ir más allá que otros.

7. La exportación de un principio de no discriminación universal

El esfuerzo hasta ahora más ambicioso de la Corte para expandir el *jus cogens* fue su opinión consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*⁹³. En dicha oportunidad, la Corte afirmó en amplios términos el carácter *jus cogens* de una norma internacional de “no discriminación” aplicable a acciones o inacciones discriminatorias, *de jure* o *de facto*, públicas o privadas. Merece suma atención el proceso de explicación y omisión a través del cual la Corte justificó esa conclusión. Este opera mediante una técnica de sobre-generalización que descuida el aspecto consensual de las normas positivas de derechos humanos.

La opinión consultiva surgió a partir de una solicitud de México de una resolución en respuesta a una serie de preguntas sobre la discriminación contra trabajadores migrantes indocumentados por parte de los Estados de la OEA, a la luz de la Declaración Universal, la Declaración Americana, el PDCP, la CADH y derecho internacional general⁹⁴. La solicitud fue aparentemente motivada por hechos que ocurrían en Estados Unidos, principalmente una entonces reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que restringía los recursos disponibles ante violaciones de derecho laboral cometidas contra empleados indocumentados (Cleveland, 2005, 460)⁹⁵.

La Corte aclaró su terminología articulando una dicotomía entre dos

92 Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 123, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 92.

93 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 18, 2003 (en adelante, OC-18).

94 *Ibíd.* párr. 1-4.

95 *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*, 535 US 127, 2002.

tipos de diferenciaciones: “distinción” y “discriminación”⁹⁶. “Distinción” se refiere a formas de diferenciación que son “razonables, proporcionadas y objetivas”, y por ende permisibles. “Discriminación”, en cambio, se refiere a “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que *redunde en detrimento* de los derechos humanos”⁹⁷.

La Corte trató los tres conceptos de “igualdad”, “no discriminación” e “igual protección ante la ley” como elementos esencialmente inseparables de un único principio básico⁹⁸. Encontró este principio reflejado en numerosos instrumentos de derecho internacional humanitario, citando más de treinta ejemplos en una nota al pie⁹⁹. En la exposición de su postura, la Corte no se tomó el tiempo de investigar las diferentes formas en las cuales este principio era articulado en esos instrumentos, vinculantes o no vinculantes, dirigidos al Estado o a actores privados, focalizados en motivos particulares de discriminación o en la discriminación en contextos particulares, con o sin excepciones.

La Corte luego concluyó que este principio no sólo era general, sino también imperativo: “este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, 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

96 OC-18, *supra* nota 93, párr. 84.

97 *Ibíd.* (énfasis adherido). De alguna manera en esta explicación la Corte omitió el factor de proporcionalidad de la definición de “discriminación”, pero luego vuelve como si fuera un sinónimo: *Ibíd.*, párr. 91, 119, 168. El concepto de discriminación que “redunde en detrimento” de los derechos humanos es muy amplio, como fue ilustrado por el hecho de que la Corte consideró a todos los derechos emergentes de una relación laboral, ya sea los protegidos internacionalmente o bien los definidos por el derecho local o por convenios colectivos, como “derechos laborales” que se debe impedir que el empleador incumpla en forma desproporcionada en relación a los trabajadores indocumentados.

98 *Ibíd.*, párr.83.

99 *Ibíd.*, párr. 86, nota 33.

jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental”¹⁰⁰. La base normativa de este principio “se desprende ‘directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona’”¹⁰¹. En consecuencia, “el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”¹⁰².

De esta conclusión se derivan importantes consecuencias: “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*” contra cualquier grupo de personas¹⁰³. Además, se requirió a los Estados que “[adopten] medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”¹⁰⁴. Por ejemplo, específicamente en el caso de relaciones laborales entre partes privadas, el requerimiento de no discriminación se aplica entre el empleador y el empleado, porque “de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)”¹⁰⁵. En consecuencia, “los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su [...] condición migratoria [...] y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores”¹⁰⁶.

La amplitud de estas conclusiones podría llamar a hacer una pausa para dilucidar si aquéllas pueden ser justificadas ya sea en términos

100 *Ibíd.*, párr. 101.

101 *Ibíd.*, párr. 100.

102 *Ibíd.*

103 *Ibíd.*, párr. 103.

104 *Ibíd.*, párr. 104.

105 *Ibíd.*, párr. 140.

106 *Ibíd.*, párr. 149.

consensuales o suprapositivos. Es decir, ¿ha adoptado la comunidad internacional una norma imperativa con el alcance que la Corte ha identificado, o bien debería hacerlo¹⁰⁷? ¿Por qué la no discriminación es una norma de *jus cogens* en todos los casos en que se afectan derechos humanos? La Corte citó una gran variedad de instrumentos internacionales que prohíben la discriminación en una variedad de contextos, o sobre la base de diferentes criterios. Pero, incluso tomando estos instrumentos en sentido literal, el hecho de que muchas formas de discriminación estén prohibidas internacionalmente no demuestra que todas las formas de discriminación violen un valor fundamental de la comunidad internacional. Consideren, por ejemplo, el trato desigual dado a los pescadores de la costa y a los pescadores a mar abierto¹⁰⁸, o a los traficantes de drogas en comparación con otros acusados penalmente¹⁰⁹. Si se requiriera prueba concluyente de la *opinio juris*, ¿sobre qué se basa la conclusión de que el trato desigual *de jure* de aquellas categorías debe imperativamente cumplir con un test de proporcionalidad a fin de ser tolerable por la comunidad internacional, por no decir un trato desigual *de facto*, o la falta de prevención de la discriminación privada entre ellos? Por otro lado, si es innecesaria la prueba concluyente de condena internacional porque las consideraciones de *jus cogens* son consideradas inherentemente normativas, entonces, ¿cuál es el argumento normativo a favor de elevar

107 Uno también podría preguntarse si una norma imperativa de este alcance podría ser justificada pragmáticamente sobre bases institucionales. Dejo esta compleja pregunta para otra ocasión.

Otra posible explicación del carácter *jus cogens* de la norma general de no discriminación podría ser que todas las normas de derechos humanos son imperativas, ipso facto. Pero la Corte no ha propuesto este argumento, y no lo voy a desarrollar aquí.

108 Ap. N° 27824/95, *Posti and Rahto v. Finland*, 2002-VII ECHR 301.

109 Caso *Acosta Calderón*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 129, 2005, voto razonado del Juez CançadoTrindade, párr. 2-9 (objeta que la Corte no haya considerado que una norma de procedimiento que diferencia entre acusados por tráfico de drogas y otros acusados violaba el principio de no discriminación).

tan amplia y profundamente la prohibición de “discriminación” al nivel de *jus cogens*? La Corte tuvo extraordinariamente poco que decir sobre esto, tomando como evidente que “[h]oy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental”¹¹⁰. La Corte afirmó que la norma de no discriminación deriva “directamente de la unidad de naturaleza del género humano” y es “inseparable de la dignidad esencial de la persona”¹¹¹, pero esos principios son más directamente relevantes a la discriminación por motivos de raza o género que a las muchas diferenciaciones entre actores y acciones que surgen dentro del espectro de las políticas regulatorias de los Estados.

Es también notable, por sus omisiones, el tratamiento de la Corte de las normas de no discriminación en instrumentos de derechos humanos. La Corte mencionó el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), pero no lo citó ni describió. En particular, la Corte pasó por alto el artículo 2.3, que establece:

Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos¹¹².

Esta disposición puede no haber sido deseada por los países de América Latina, pero su presencia en la Declaración Universal de Derechos tenga seguramente cierta relevancia en el alcance de una norma de *jus cogens* de no discriminación. La Corte tampoco trató el artículo 22 de la CADH, que limita expresamente ciertos aspectos del derecho de libre circulación de personas “que se halle[n] legalmente en el territorio de un Estado”¹¹³.

110 OC-18, *supra* nota 93, párr. 101.

111 *Ibíd.*, párr. 100 (cita anteriores opiniones consultivas).

112 PIDESC, art. 2 (3) (Craven, 1995, 172–174 y Dankwa, 1987, 230).

113 Art. 22 (1) CADH, que limita el derecho de circular y residir en el territorio de un Estado a quienes se encuentran allí legalmente; art. 22 (6) CADH, que dispone sólo para el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado el de-

Sin dudas el lector habrá observado que la Corte ha reinterpretado las obligaciones *erga omnes* que resultan de normas imperativas de derecho internacional, las cuales eran originalmente obligaciones debidas por un Estado al resto de los Estados (o a la comunidad internacional en general), pero que la Corte adicionalmente consideró como obligaciones debidas por todos los individuos a todo titular de un derecho humano. Además, las obligaciones de los individuos fueron modeladas en base a las obligaciones de los Estados: así como al Estado se le prohíbe discriminar contra los individuos, de la misma manera al empleador se le prohíbe discriminar contra los individuos; así como el Estado debe tratar a los individuos como iguales ante la ley, de la misma manera cada individuo debe tratar a todo otro individuo como igual ante algo distinto del derecho. La deducción de la Corte avanzó muy rápidamente. En parte, resultó de la asunción de una teoría general “del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”¹¹⁴. La Corte no indagó si esta teoría de efectos sobre terceros era aplicable a algunos derechos humanos y no a otros, o era aplicable de manera diferente a diferentes derechos o a diferentes aspectos de determinados derechos¹¹⁵. La Corte invocó también el ejemplo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y su interpretación por el órgano correspondiente¹¹⁶. La Corte no indagó si la aplicación de normas internacionales sobre discriminación racial a las acciones de individuos difería de la aplicación de normas internacionales relativas a la discriminación sobre

recho a una decisión adoptada conforme a las disposiciones de la ley antes de ser expulsado. ¿Viola el artículo 22 de la CADH una norma de *jus cogens*, y si lo hace, cuáles serían las consecuencias?

114 OC-18, *supra* nota 93, párr. 140.

115 Por ejemplo, el derecho a la participación política no requiere todavía que todas las organizaciones privadas deban ser gobernadas democráticamente, y el derecho a la libertad personal no requiere todavía que los padres lleven a sus hijos ante un juez cuando los encierren en sus habitaciones.

116 *Ibíd.*, párr. 145.

bases que no han sido destacadas para ser especialmente condenadas. El mejor argumento que la Corte invocó para sustentar su posición fue una referencia transversal al Comentario General 18 del Comité de Derechos Humanos sobre la obligación de no discriminación bajo el PIDCP¹¹⁷, pero la Corte no analizó el razonamiento y los límites del Comentario General, e incluso mezcló su mención del Comentario General con otro Comentario General sobre el derecho a no ser sujeto a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes¹¹⁸.

En cierto sentido, la caracterización de la Corte del principio general de no discriminación como *jus cogens* podría ser considerada inofensiva, porque un tribunal tiene siempre la opción de abstenerse de invalidar alguna forma deseable de tratamiento diferencial considerándolo como una “distinción” razonable y proporcionada, y no como un acto de “discriminación”. Además, sería irrealista ver la acción de la Corte como una sustancial reasignación de poder para su propio beneficio, considerando la mínima probabilidad de que un asunto particular llegue a la Corte, a la luz de las limitaciones de recursos en el sistema interamericano y el control del acceso a la jurisdicción contenciosa por la Comisión Interamericana. No obstante, la indeterminación del estándar de no discriminación confiere una sustancial autoridad discrecional a cualquier corte u órgano que tenga la oportunidad de aplicarlo, y elevar dicho estándar sobre toda disposición

117 La interpretación del Comité de Derechos Humanos del art. 26 del PIDCP en el sentido de que requiere a los Estados que protejan a los individuos contra algunas formas de discriminación privada refleja el mandato separado en la segunda oración de esa disposición: “garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación” (Nowak, 2005, 630–634). Podría ser de interés histórico observar que, en el curso de la negociación de la CADH, un mandato similar fue expresamente borrado del art. 24, y reemplazado por la garantía de “igual protección de la ley”. Compárese el art. 24 de la CADH con el art. 22 del Proyecto de Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, en (Buergethal y Norris, 1982, 10). Ese no es el tipo de factor, sin embargo, que influenciaría la interpretación de la Corte Interamericana de un derecho sustantivo de la CADH.

118 OC-18, *supra* nota 93, párr. 144.

meramente consensual de un tratado puede llevar a consecuencias impredecibles y perjudiciales en todo el derecho internacional.

8. Conclusión: revaluando el consentimiento regional

La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha expandido rápidamente en la década pasada, y podría estar entrando en un período de consolidación. Algunos votos razonados han mencionado con pesar la posibilidad de cambios en las doctrinas de la Corte¹¹⁹. Un observador comprensivo podría creer que cierta reorientación en la metodología de la Corte mejoraría su actuación como parte de un sistema para la protección de los derechos humanos en el marco de la OEA.

Los derechos incluidos en las convenciones de derechos humanos tienen bases suprapositivas, pero al estar incluidos tienen también aspectos consensuales e institucionales. Idealmente, la interpretación se basa en estos tres aspectos de manera de que el sistema de la convención sea justificable, políticamente aceptable, y efectivo. Hay motivos para pensar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha apartado mucho del aspecto consensual de una convención regional de derechos humanos en sus prácticas interpretativas, y que este distanciamiento no es compensado con un análisis normativo convincente o con un diseño institucional estratégico. La Corte no debe someterse a la voluntad de los infractores individuales, pero necesita persuadir, y no meramente exhortar, el apoyo de la comunidad regional de Estados.

La falta de atención al consentimiento regional no es, sin duda, la

119 Por ejemplo: Caso *Niñas Yean y Bosico*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 130, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 22 (“Me daría mucha pena si, en el futuro (*tempus fugit*), la Corte se apartara de esa jurisprudencia”); Caso *La Cantuta*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 162, 2006, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 61 (“esta Corte no puede permitirse frenar o retroceder su propia jurisprudencia en materia de derecho imperativo (*jus cogens*) en el presente dominio de protección de la persona humana, *en materia de derecho tanto sustantivo como procesal*”).

principal causa de las dificultades de cumplimiento de las resoluciones de la Corte, que también se extienden a los casos de graves e indiscutibles violaciones de los derechos a la vida y a la integridad corporal. No obstante, presenta un problema que puede obstaculizar los esfuerzos para fortalecer el sistema.

9. Bibliografía

- Álvarez, J. 2005. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press.
- Buergenthal, T. y Norris, R. (eds.). 1982. *Human Rights: The Inter-American System*, ii, booklet 13.
- Cleveland. 2005. *International Decision*, 99 AJIL.
- Cançado Trindade. 1987. *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*. 1987-II. RdC 11.
- Carta Democrática Interamericana. 11 sept. 2001. OEA OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01), 40 ILM (2001) 1289.
- Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Dialogue on the Workings of the Inter-American Human Rights System Among Member States and the Members of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights*, Report on the Meeting, OEA/Ser.G/CP/CAJP-2311/05 apéndice 2 (15 mayo de 2006).
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)
- Craven, M.C.R. 1995. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development*.
- Dankwa. 1987. *Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 Human Rts Q.
- Donnelly, J. 2003. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Segunda edición. New York: Cornell University Press.
- Gómez. 1998. The Interaction between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court. En D. Harris y S. Livingstone (editores). En

The Inter–American System of Human Rights.

- Gros Espiell. 1994. Los Métodos de Interpretación Utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia Contenciosa. En R. Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- McLachlan. 2005. *The Principle of Systematic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention*, 54 *Int'l Comp LQ* .
- Medina. 1998. *Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas*, 8 *Transnat'l L & Contemporary Problems*.
- Merrills, J.G. 1993. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*.
- Neuman. 2003. *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 *Stanford L Rev*.
- Nowak M., 2005. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Segunda edición.
- Pasqualucci, J.M. 2003. *The Practice and Procedure of the Inter–American Court of Human Rights*.
- Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. 1987.
- Rudy. 2005. *A Quick Look at the Inter–American Democratic Charter of the OAS: What Is It and Is It “Legal”?*. 33 *Syracuse J Int'l L and Commerce*.
- Tittlemore. 2006. *Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter–American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes under International Law*, 12 *Southwestern J L and Trade in the Americas*.
- Viljoen and Louw. 2007. *Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. 101 *AJIL*.
- Weston *et al.* 1987. *Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal*. 20 *Vanderbilt J Transnat'l L*.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Caso *19 Comerciantes*, Serie C, N° 109, 2004.
Caso *Acosta Calderón*, Serie C, N° 129, 2005.

- Caso *Almonacid Arellano*, Serie C, N° 154, 2006.
Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Serie C, N° 15, 1993.
Caso *Baena Ricardo* (Competencia), Serie C, N° 104, 2003.
Caso *Barrios Altos*, Serie C, N° 75, 2001.
Caso *Bulacio*, Serie C, N° 100, 2003.
Caso *Caesar*, Serie C, N° 123, 2005.
Caso *Carpio Nicolle*, Serie C, N° 117, 2004.
Caso *Castillo Petruzzi*, Serie C, N° 52, 1999.
Caso *Cinco Pensionistas*, Serie C, N° 98, 2003.
Caso *Claude Reyes*, Serie C, N° 151, 2006.
Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Serie C, N° 125, 2005.
Caso *Comunidad Moiwana*, Serie C, N° 124, 2005.
Caso *Comunidad Moiwana*, Serie C, N° 125, 2005.
Caso *Fermín Ramírez*, Serie C, N° 126, 2005.
Caso *García Asto y Ramírez Rojas*, Serie C, N° 137, 2005.
Caso *Genie Lacayo*, Serie C, N° 30, 1997.
Caso *Godínez Cruz*, Serie C, N° 5, 1989.
Caso *Goiburú*, Serie C, N° 153, 2006.
Caso *Gutiérrez Soler*, Serie C, N° 132, 2005.
Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Serie C, N° 110, 2004.
Caso *Hermanas Serrano Cruz* (Excepciones Preliminares), Serie C, N° 118, 2004.
Caso *Herrera-Ulloa*, Serie C, N° 107, 2004.
Caso *Juan Humberto Sánchez*, Serie C, N° 99, 2003.
Caso *La Cantuta*, Serie C, N° 162, 2006.
Caso *Las Palmeras* (Excepciones preliminares), Serie C, N° 67, 2000.
Caso *Las Palmeras*, Serie C, N° 90, 2001.
Caso *La última tentación de Cristo*, Serie C, N° 73, 2001.
Caso *Lori Berenson Mejía*, Serie C, N° 119, 2004.
Caso *Mack Chang*, Serie C, N° 101, 2003.
Caso *Maritza Urrutia*, Serie C, N° 103, 2003.
Caso *Masacre de Mapiripán*, Serie C, N° 134, 2005.
Caso *Masacres de Ituango*, Serie C, N° 148, 2006.
Caso *Masacre Plan de Sánchez*, Serie C, N° 105, 2004.

- Caso *Moiwana Village*, Serie C, N° 124, 2005.
- Caso *Niñas Yean y Bosico*, Serie C, N° 130, 2005.
- Caso *Palamara Iribarne*, Serie C, N° 135, 2005.
- Caso *Prisión de Castro Castro*, Serie C, N° 160, 2006.
- Caso Ricardo Canese, Serie C, N° 111, 2004.
- Caso *Raxcacó Reyes*, Serie N° 133, 2005.
- Caso *Tibi*, Serie C, N° 114, 2004.
- Caso *Velásquez Rodríguez*, Serie C, N° 4, 1988.
- Caso *Velásquez Rodríguez* (daños compensatorios), Serie C, N° 7, 1989.
- Caso *Villagrán Morales*, Serie C, N° 63, 1999.
- Caso *Villagrán Morales* (Reparaciones), Serie C, N° 77, 2001.
- Caso *Ximenes Lopes*, Serie C, N° 149, 2006.
- Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Serie C, N° 125, 2005.
- Caso YATAMA, Serie C, N° 127, 2005.
- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A, N° 18, 2003, párr. 120.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A, N° 17, 2002.
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A, N° 16, 1999.
- El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A, N° 2, 1982.
- Informe Anual 2006* (2007).
- Instituto para la Rehabilitación de los Niños*, Serie C, N° 114, 2004.
- Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A, N° 10, 1989.
- “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana)*, Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A, N° 1, 1982.
- La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A, N° 6, 1986.

Análisis de casos

Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno

M. Milagros Berti García

Abogada, Universidad de Mendoza (Argentina).

Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina.

Profesora Adjunta a cargo de cátedra en Derecho Civil V. Derecho de Familia,
Universidad de Mendoza (Argentina).

Fernando J. Nasazzi Ruano

Abogado, Universidad de Mendoza (Argentina).

Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina.

Profesor Jefe de Trabajos Prácticos en la cátedra de Derecho Civil V.
Derecho de Familia, Universidad de Mendoza (Argentina).

Resumen: Este artículo analiza un interesante fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caratulado “Fornerón e hija vs. Argentina”, desde una doble perspectiva: la identidad biológica y el vínculo paterno filial y familiar por adopción plena.

Palabras clave: filiación; identidad biológica; adopción; patria potestad; proceso judicial de adopción; interés superior del niño; Convención de los Derechos del Niño; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: This article analyzes an interesting judgment of the Inter-American Court of Human Rights, titled “Fornerón and daughter vs. Argentina”, from two perspectives: the biological identity and the parental and family ties linked to the full adoption.

Keywords: affiliation; biological identity; full adoption; custody; legal adoption process; interests of the child; Convention on the Rights of the Child; Inter-American Court of Human Rights.

Sumario

1. Introducción
2. Resumen del caso
3. Principios ético–jurídicos del vínculo paterno filial y familiar por adopción plena en la República Argentina
4. Identidad biológica e Interés superior del menor. Tratamiento Internacional
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

En la presente investigación jurídica analizaremos el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, a la luz del valor ético jurídico de los vínculos biológicos, frente a un procedimiento judicial de filiación por adopción mal otorgado en la República Argentina. El presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del Sr. Fornerón y de su hija biológica. La niña fue entregada por su madre biológica a un matrimonio preadoptivo sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene el debido contacto paterno–filial y familiar con su hija a causa de que el Estado argentino no implementó un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el Sr. Fornerón a lo largo de los años¹.

1 El Estado argentino incumplió con la propia normativa legislativa nacional y con los Tratados Internacionales, en especial, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la protección integral del derecho personalísimo de la identidad biológica de los niños y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Así, la Corte IDH, concluye que el Estado argentino es “internacionalmente responsable” por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio del disfrute mutuo de la convivencia paterno filial por naturaleza como elemento fundamental en la vida en familia del Sr. Fornerón

El fallo objeto de estudio puede ser analizado desde varias perspectivas, elegimos hacerlo desde el derecho a la identidad biológica de la niña M. y el vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno².

En este sentido estudiaremos, en primer lugar, la cuestión central ético jurídica de los argumentos de la Corte IDH respecto a la revisión judicial supranacional del procedimiento judicial de filiación adoptiva en la Argentina. A fin de comprender en su justo término el problema, debemos advertir que el proceso de guarda otorgada judicialmente no fue llevado adelante con la debida diligencia, incumpliendo de este modo con los requisitos legales y con los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los menores de edad, su interés superior y el principio de no discriminación³.

Las citadas consideraciones preliminares anuncian el sentido de la decisión de la Corte IDH en sostener que el Estado argentino no garantizó las normas constitucionales y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, que otorgan derechos y garantías tanto al padre como a la

y de su hija M. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia del 27 de abril de 2012, extracto de los ptos. 1, 2 y 3 de su parte Resolutiva–Declarativa.

2 La Corte IDH ordenó a la Argentina, adoptar las medidas necesarias para establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el Sr. Fornerón y su hija M. “Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs. Argentina”; sentencia del 27/04/12; extracto del pto. 2 parte Resolutiva–Dispositiva.

3 “El Estado debe implementar, en el plazo de año y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños, niñas que contemple entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos del niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación...”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia del 27 de abril de 2012, extracto de los pto. 5 de su parte Resolutiva–Declarativa.

niña, por conductas negligentes y maliciosas de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos.

En segundo lugar, analizaremos la importancia del derecho a la identidad como atributo de la personalidad en materia de Derecho de Familia conforme los tratados internacionales. Es oportuno hacer una breve referencia al derecho a la identidad de origen o biológica de la hija del Sr. Fornerón conforme los tratados internacionales, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde esta perspectiva, coincidimos plenamente con la Dra. Úrsula Basset que, “es necesario recuperar el lugar del niño para mirar todos los derechos emergentes de las relaciones familiares, pues como dice el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su noveno párrafo: el niño, en virtud de su especial vulnerabilidad requiere una consideración especial...”, y en este sentido, “...el derecho a la identidad es un derecho humano garantizado por la Convención sobre los Derechos del Niño...”, el cual “... exige que el Estado proteja todos los elementos de la identidad del niño, debiendo prestar la asistencia y protección apropiada cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad, con miras a restablecerlos” (Basset, 2011).

En tercer lugar, analizaremos la filiación biológica y el interés superior del niño conforme las convenciones y tratados internacionales. Aquí radica uno de los elementos fundamentales de análisis, entre el principio de verdad biológica y el derecho a la identidad. El principio de verdad biológica es en beneficio del hijo que ha sido procreado. En este sentido, analizaremos las valoraciones ético jurídicas del fallo, para determinar si el derecho paterno filial biológico del Sr. Fornerón puede complementarse en la actualidad con el interés superior de su hija y su sentido de pertenencia con su familia adoptiva, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y las circunstancias especiales del caso o si, por el contrario, el interés superior de su hija es permanecer en su actual núcleo familiar adoptivo conforme a su bienestar y desarrollo integral.

Finalmente, analizaremos las conclusiones preliminares para alcanzar una solución ético jurídico favorable al problema planteado. Nuestra investigación jurídica intenta advertir que, si bien la verdad biológica sirve como premisa básica, no es absoluta o excluyente y, en algunos casos, aconseja

su sabia moderación (Durán Rivacobas, 2010, 167) para que prevalezca el interés superior de la hija del Sr. Fornerón, conforme los tratados internacionales. En este sentido, analizaremos qué sucedería si se demuestra que efectivamente la hija del Sr. Fornerón ha sido “vendida” por su madre biológica a sus padres adoptivos, delito no tipificado en la República Argentina⁴, no cumpliendo el Estado argentino con las obligaciones de adoptar las disposiciones de derecho interno para que esto no sucediera⁵.

2. Resumen del caso

En el mes de abril de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia de reparación para el Sr. Fornerón y su hija por la violación de derechos y garantías judiciales, violación a la protección judicial y la violación del derecho a la protección a la familia.

En el fallo se dictamina la necesidad de establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la vinculación de padre e hija y el pago de una indemnización por daño material e inmaterial.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en julio de 2010, realizó una serie de recomendaciones al Estado argentino, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las mismas.

4 La Corte IDH dispuso por unanimidad, en el punto 4 de la resolución, que: “El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en los párrafos 176 y 177 de la presente sentencia”.

5 En el presente caso la Corte IDH concluyó que el Estado incumplió con la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno y de no impedir por todos los medios –incluyendo la vía penal– la “venta” de un niño o niña, cualquiera sea su forma o fin, conforme la obligación establecida en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1 y 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del Sr. Fornerón y de su hija M. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia del 27 de abril de 2012, pto. 176.

Luego de vencido el plazo de una prórroga solicitada por Argentina, en noviembre de ese mismo año, la Comisión sometió el caso a la Corte IDH, solicitando se concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado argentino.

La Comisión Interamericana resaltó que los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención.

Afirmó también que el Estado argentino no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas oportuno, por lo que la niña ha sido privada de su derecho a acceder a diversos aspectos de su identidad, de contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica.

La Comisión puntualizó que las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad.

En este sentido, la Comisión concluyó que la conducta de las autoridades internas que otorgaron la guarda y la adopción comprometió la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación de los derechos a la familia y a la identidad y que la decisión del Estado de separar a la niña de su padre biológico, sin dar acceso a un régimen de convivencia, violó el derecho de familia de la niña y del Sr. Fornerón, contenido en el artículo 17 de la Convención, en relación con los derechos establecidos en los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento.

La Comisión solicitó, además, que se ordenen diversas medidas de reparación. Todo ello fue finalmente acogido por unanimidad en dicho Tribunal.

3. Principios ético-jurídicos del vínculo paterno filial y familiar por adopción plena en la República Argentina

La filiación y parentesco por adopción plena es un instituto excepcional y subsidiario respecto del vínculo biogenético, en consecuencia, afecta fundamentales bienes y derechos humanos. Su trascendencia radica en que se trata de un Instituto de Derecho de Familia, subordinado al mismo, y exigente del resguardo de los principios ético-jurídicos que *-conditio sine qua non-* lo advierten.

Por lo expuesto precedentemente, coincidimos plenamente con la prestigiosa jurista, Catalina Arias de Ronchietto, en que existen principios ético-jurídicos esenciales en materia de adopción, los cuales deben ser observados y respetados por el juez al momento de decidir mediante una sentencia, el nacimiento de un nuevo vínculo filial y familiar por adopción plena extinguiendo el vínculo filiatorio de la niña –en el caso de marras– con su familia biológica–.

Los mencionados principios ético-jurídicos del vínculo paterno filial y familiar adoptivo son:

El principio adopcional central de *resguardo del bien superior del niño*: el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño comienza afirmando que “Los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”. En materia de adopción, las decisiones deben tomarse teniendo en cuenta que el interés del menor prevalece por sobre el de los padres biológicos y el de los que pretenden adoptarlo.

El principio adopcional de *judicialidad*: este principio garantiza que, tanto la concesión de la guarda preadoptiva como la sentencia otorgando la adopción, cumplirán con los recaudos constitucionales del debido proceso, habiendo citado y escuchado a los progenitores, al niño si es posible, y a los pretensos padres adoptantes, a cada uno cuando corresponde y que está controlado el resguardo de los demás requisitos legales (Arias de Ronchietto, 2006).

El principio adopcional de *excepcionalidad*: el que surge de las circunstancias extraordinarias que le dan origen, evaluadas judicialmente,

en las situaciones que enuncian los artículos 317 y 325 de la ley vigente 24.779. Subsidiariedad, respecto al vínculo biogenético, originario como tal, fundante del vínculo de parentesco en nuestro régimen de derecho de familia, tanto en su dimensión axiótica cuanto en el plano normativo que lo reconoce y expresa. La adopción es subsidiaria del parentesco consanguíneo en segundo grado porque, de ser realmente lo mejor en interés del menor, deberá constituirse, en primer término, una tutela legal o, mejor aún, una tutela adoptiva, figura de *lege ferenda* que desarrollaremos más adelante.

El principio adopcional de *exclusividad*: por su aplicación, la sentencia judicial que otorga la guarda preadoptiva y luego, la que concede la adopción, dan origen al vínculo paterno-filial y familiar adoptivo abarcando cuanto éste implica, ratificando la configurante independencia, la exclusividad del legítimo señorío del ámbito de intimidad familiar adoptivo. Del resguardo de este principio depende la consolidación ético-jurídica del vínculo familiar en cada caso y, en general, en la sociedad; en él se concreta el reconocimiento de la dignidad –valor en sí y por sí misma– del vínculo adopcional, imbricando en su reglamentación legal todos los principios adopcionales.

El principio adopcional de *veracidad*: consiste en el deber de revelación al hijo de su origen adoptivo, se trata de una conducta proporcionada –*conditio sine qua non*– a la dignidad –y a la realidad, de allí la veracidad– del vínculo adoptivo.

El principio adopcional de *irrevocabilidad*: reconoce el origen supralegal de este vínculo paterno filial y familiar y lo expresa adjudicándole ese carácter con el objeto de señalar que su fin, como vínculo parental, responderá a las causales de extinción de la patria potestad biológica y podrá sufrir la privación o suspensión de su ejercicio conforme a las disposiciones del Código Civil respecto a la potestad parental biológica, pero no su revocación.

El principio adopcional de *extraneidad o impedimento de parentesco*: se expresa en la prohibición de la adopción de descendientes y en la línea colateral, por el hermano o medio-hermano, obedece a que la adopción plena no es una solución que colinda con la ficción al pretender adecuarla

a variables circunstancias, aunque éstas se presenten animadas por buena voluntad, como parece ser el caso. Asimismo, lo previsto por el artículo 311 del Código Civil argentino autoriza a título excepcional la adopción de un mayor de edad con su consentimiento cuando existe “estado de hijo del adoptado debidamente comprobado por la autoridad judicial”.

4. Identidad biológica e Interés superior del menor. Tratamiento Internacional

A continuación, analizaremos la importancia de la filiación desde la perspectiva de la identidad biológica de la hija del Sr. Fornerón, para luego ser cotejada desde el interés superior de la niña conforme las convenciones y tratados internacionales.

En este escenario, es oportuno recordar que el dispositivo legal vigente en la Argentina se fundamenta por la inclusión de la Convención sobre los Derechos del Niño, con la finalidad de que los menores puedan gozar y ejercer sus derechos con plenitud. De este modo, la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños con jerarquía constitucional (art. 77, inc. 25, Constitución argentina) implica la vigencia de normas positivas internacionales conteniendo principios fundamentales, que tienen el mérito de reafirmar el valor de las relaciones paterno filiales, en este caso, por naturaleza (Mazzinghi, 2006, Tomo 4, 234). Así, uno de los derechos fundamentales, conforme la Convención de los Derechos del Niño, es que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (art. 9), salvo que sea necesario para su superior interés.

En una primera aproximación, decimos que “el principio general del interés superior del niño integra el conjunto de derechos y garantías constitucionales, como norma de primer rango y como principio anterior del derecho positivo, destinado a la protección de los más débiles” (Perrino, 2010, 143).

En este punto, debemos resaltar que el Derecho Argentino contempla la protección integral de niñas, niños y adolescentes en el ámbito familiar por medio de la ley 26.061, la cual en su artículo 3, referido al interés superior de ellos, establece en el apartado c) “... El respeto al

pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural...”. El artículo 4 apartado a) señala como pauta de políticas públicas el “... Fortalecimiento del rol de la familia...” y, el artículo 7, dice que “... La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías...”. El artículo 10 reconoce expresamente el “... derecho a la vida privada e intimidad familiar...” y, el artículo 11, establece que las niñas, niños y adolescentes, “tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de sus derechos” (Capparelli, 2010, 72).

Sin embargo, este derecho de familia biológica reconoce un límite, y es la imposibilidad de esa familia de cumplir por cualquier motivo con su función de protección integral (Ibíd., 73) como en el caso analizado, que la hija del Sr. Fornerón tiene derecho a vivir, ser criada y desarrollarse en su familia adoptiva, conforme los principios consagrados en la Constitución Nacional y en las Convenciones y Tratados Internacionales, siempre que sea lo mejor para su protección y desarrollo integral, pero sin que se le niegue el derecho a profundizar lazos afectivos y familiares con su padre.

De este modo, la identidad biológica, como interés superior de los niños y su protección integral, tiene rango constitucional y asume las características de Derecho Humano. A modo de ejemplo, analizaremos los siguientes instrumentos jurídicos internacionales que fundamentan nuestra posición.

El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles declara que “... todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre...” (Perrino, 2010, 143).

En el ámbito europeo, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Pretty c. Royaume –Uni n° 44559/98, CHDH 2001–1), y que en él contiene el derecho al expediente confidencial de un niño que ha sido colocado en la asistencia pública (Gaskin c. Royaume –Uni, 7 de julio de 1989, serie A N°160) o a obtener información necesaria

para el descubrimiento de la verdad biológica respecto a la identidad de sus progenitores (Miculik c. Coratie, n° 5317/99, 54 y 64, CEDH) (Corral Talciani, 2010, 233).

A su vez, la recomendación 1443 de 26 de enero de 2000, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, establece que los estados deben asegurar el derecho del niño adoptado de conocer sus orígenes biológicos conforme los derechos del niño en la adopción internacional (Ibíd.). Asimismo, la Convención de la Haya de 29 de mayo de 1993, dispone que las autoridades competentes del Estado contratante, deberán conservar las informaciones de los orígenes de los niños en materia de adopción internacional, especialmente, relativas a la identidad de su madre y de su padre.

Conforme lo expuesto anteriormente, puede apreciarse que en la mayoría de los instrumentos internacionales se reconoce el derecho a la identidad biológica de los niños respecto a sus progenitores como principio rector del interés superior de los niños. También surge un deber para el Estado de proteger y garantizar el acceso a la información para establecer dicha identidad, en la medida de lo posible, conforme el acceso a la justicia (Ibíd., 234).

Por lo tanto, debemos preponderar la protección integral del derecho de toda persona a conocer su identidad, en especial los niños. Así, en el caso analizado, el principio de identidad biológica nace, como un derecho fundamental en beneficio del interés superior de la niña M., que ha sido procreada y reconocida en legal forma por el Sr. Fornerón, obteniendo de este modo, un emplazamiento filial que constituye un derecho de la personalidad conforme a la Constitución y los tratados internacionales.

5. Conclusiones

Conforme la presente investigación, concluimos acerca del fallo analizado que la Corte IDH consideró violado el derecho a la identidad biológica de la niña M. y el derecho paterno filial de su padre biológico, el Sr. Fornerón. Adicionalmente, la Corte IDH concluyó que el Estado argentino no observó el requisito de legalidad de la restricción al derecho de protección de la familia, ni el requisito de excepcionalidad de la

separación de padre e hija, al no tener en cuenta el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción, la firme voluntad del Sr. Fornerón de cuidar a su hija y no estar separado de ella; con el agravante que los procedimientos de guarda judicial y régimen de visitas, duraron más de tres y diez años, respectivamente.

En este contexto, la cuestión planteada sobre si existen intereses o derechos contrapuestos entre padre e hija, no deja lugar a vacilaciones, por cuanto el bien jurídico tutelado–interés superior de la niña M.– se consolida con el principio ético jurídico de la verdad biológica y su apertura a los derechos paternos filiales familiares del Sr. Fornerón.

Por lo tanto, podemos afirmar que el fallo analizado fortalece la institución de la *Patria Potestad*, al centralizar el derecho de la niña M. en miras a consolidar y respetar la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, social, jurídica y familiar) (Basset, 2011). Coincidimos plenamente con la prestigiosa jurista Basset que, el derecho a la identidad es un derecho humano garantizado por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Así, integra el derecho a la identidad: a) el derecho a conocer a sus padres, y en la medida de lo posible hacer cuidado por ellos (art 7, CDN); b) a no ser separado de sus padres sin conformidad de éstos y sin revisión judicial previa en casos de maltrato o descuido o por separación de los padres (art. 9, CDN); c) derecho a mantener relaciones personales con el padre del que esté separado y contacto directo con ambos (art. 9, CDN); d) derecho a la reunión familiar (art. 10, CDN); y derecho a la identidad familiar (art. 16, CDN).

En este sentido, sostenemos que, el principio de verdad biológica debe ser valorado no sólo como expresión del principio de protección a la niña M, sino también, como una pauta interpretativa que interesa a todos los involucrados: padre e hija (Corral Talciani, 2010, 232). De allí, que conocer la verdad biológica es mejor que la falsedad o el desconocimiento de la propia identidad biológica de la niña M; y, en definitiva, es a la niña a quien le interesa conocer su propia historia de vida y permitir de este modo, que el cuerpo de auxiliares interdisciplinarios judicial colaboren para la construcción de una personalidad sana (Ibíd.).

Asimismo, defendemos y promovemos el respeto a la identidad

biológica de la niña M, y el derecho paterno filial del Sr. Fornerón a ejercitar un régimen de visitas amplio⁶, para mantener un contacto íntimo familiar con su hija y acrecentar entre sí la unión más plena conforme las circunstancias especiales del caso.

En consecuencia, la Corte IDH exige que el Estado argentino proteja todos los elementos de la identidad de la hija del Sr. Fornerón, debiendo prestar asistencia y protección apropiada para que la niña M. establezca vínculos familiares con su padre biológico conforme las Convenciones y los Tratados Internacionales.

Finalmente, la Corte IDH recuerda, en el punto 123 de las consideraciones valorativas, que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 8.1, señala que

los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas [...] El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad [...] La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualización específica y vida privada, sustentada 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. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez [...] Las circunstancias del presente caso implicaron que M., creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo

6 “El derecho de visita corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores, éste derecho paterno filial y familiar se funda en elementales principios de derecho natural, por lo que su regulación debe realizarse procurando el mayor acercamiento posible, entre ambos, de modo que su relación familiar no sea desnaturalizada” (CNCiv, Sala A, 10/10/72, ED, t 48) (Mazzingui, 2006, Tomo 3, 247).

personal, familiar y social de M. se llevara a cabo en una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que M. no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M. de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M., además de su derecho a la protección familiar.

Cumplido el objetivo que nos propusimos en demostrar que, en el fallo analizado, la identidad biológica es base ético jurídica del vínculo paterno filial familiar, concluimos que el mundo actual sólo puede unirse a partir de la humanización que provee y anima la experiencia intransferible del crecimiento de los niños en el seno de una familia estable –en especial biológica–, teniendo especial consideración, la verdad biológica e interés superior del niño. Sólo allí, los niños crecen a imagen y semejanza de sus padres en la experiencia de sentirse plenamente amados y protegidos por ellos. Siempre que no haya un desplazamiento de la centralidad de los niños a la centralidad de los deseos de los adultos (Basset, 2011) para ocultar la identidad biológica de sus hijos, y no destruir la “armonía y estabilidad familiar”.

De este modo, la perturbación de la verdad biológica como vínculo personal y familiar inseparable de cada hijo, implica un acto cruel e imperdonable de sus padres, tal como se presume en el caso analizado, que existió la “venta” de la niña M. por su madre biológica a los actuales padres adoptivos. Así lo consideró la Corte IDH, en el punto 125 sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, que existían indicios importantes de que había sucedido una “transacción” en el marco del nacimiento de M.

... y que en el esquema de obligaciones internacionales que tiene el Estado [...] debió haberse investigado. Sin embargo, se demostró que no existe en la Argentina una legislación que sancione la venta de niños en el ámbito penal.

En síntesis, si fuere cierto que existió la “venta” de la niña, no sólo se afecta el derecho a la identidad de la menor y la credibilidad del instituto de la filiación y parentesco por adopción en Argentina, sino también el propio régimen de filiación, contaminado por el interés malicioso, inmoral y desenfrenado de los adultos, contrapuesto con los derechos humanos de los menores conforme su formación personal y familiar integral en el seno de su familia de origen.

6. Bibliografía

- Arias de Ronchietto, Catalina Elsa. 1981. *Naturaleza del vínculo adoptivo. Su dignidad*. Buenos Aires: E.D, 93, N° 5240, UCA.
- Arias de Ronchietto, Catalina Elsa. 1982. *Orden familiar y adopción*. AA.VV. La Doctrina Social de la Iglesia y la Realidad Contemporánea. Mendoza: Idearium, Universidad de Mendoza.
- Arias de Ronchietto, Catalina Elsa. 1997. *La Adopción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Arias de Ronchietto, Catalina Elsa. 2006. *La Ley* (Buenos Aires) 58 (Marzo)
- Arias de Ronchietto, Catalina Elsa; Lafferriere, Nicolás y Basset, Úrsula C. 2010. *La Filiación: sus Desafíos Jurídicos, Hoy*. Buenos Aires: Educa.
- Basset, Úrsula C. 2011. *Derecho del niño a la unidad de toda su identidad*. Buenos Aires: La Ley.
- Belluscio, Augusto César. *La Adopción por quien tiene descendientes*. L.L, 133.
- Belluscio, Augusto César. *El doble régimen de adopción*. L.L, 144.
- Belluscio, Augusto César. 1985. *La unificación del régimen de filiación*. J.A.
- Belluscio, Augusto César. 1995. *Incidencia de la Reforma Constitucional sobre el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley.
- Belluscio, Augusto César. 1998. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma. Tomo I y II, 6° edición.
- Borda, Guillermo A. 1971. *La Reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Borda, Guillermo A. 1993. *Tratado de Derecho Civil*. Parte general. Tomos I y II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I. 2003. *Código Civil – Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 1B, artículos 159–494, Familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Capparelli, Julio César. 2010. El Derecho del Niño a la Familia. En *La Filiación: sus Desafíos Jurídicos, Hoy*. Buenos Aires: Educa.
- Castorina de Tarquini, María C. 1994. *Supremacía de la Constitución. El nuevo orden*. Tomo I. En Pérez Guillhou, Dardo y otros. *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Buenos Aires: Depalma.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) <http://www.oas.org/es/cidh/>
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- Corral Talciani, Hernán. 2010. Anonimato del Progenitor Versus Derecho del Hijo a Conocer su Identidad Biológica. En *La Filiación: sus Desafíos Jurídicos, Hoy*. Buenos Aires: Educa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) <http://www.corteidh.or.cr/>.
- Diccionario de la Real Academia Española, 22º Edición. www.rae.es
- Durán Rivacobas, Ramón. 2010. Anonimato del Progenitor Versus Derecho del Hijo a Conocer su Identidad Biológica. El Preponderante *Favor Filii*. Planteamiento: la discriminación sexista entre los progenitores. En *La Filiación: sus Desafíos Jurídicos, Hoy*, primera edición. Buenos Aires: Educa.
- Font, Montserrat Andrea. 2010. *Guía de Estudio de Internacional Público: Programa Desarrollado de la Materia*, 5º edición. Buenos Aires: Estudio.
- García Méndez, Emilio. 2006. *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Krasnow, Adriana Noemí. 2005. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de Filiación. Procreación Asistida*. Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída R. y Correa, María A. 1994. Jurisprudencia de derecho de Familia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de familia patrimonial* (Santa Fe, Rubinzal Culzoni) 5 y 6.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída R. y Correa, María A. 1996. Jurisprudencia de derecho de Familia, marzo a junio de 1996. *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de familia patrimonial* (Santa Fe, Rubinzal Culzoni).
- Martínez de Aguirre, Carlos. 2010. La Filiación, entre Biología y Derecho. En *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Madrid: Thomson–Civitas.
- Martínez de Aguirre, Carlos. 2013. Realidad, Ficción y Verosimilitud en la Regulación de la Filiación. En *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, 1423–1438. Madrid: Dykinson.
- Mazzinghi, Jorge Adolfo. 2006. *Tratado de Derecho de Familia*, Tomos 1 a 4, 4° edición. Buenos Aires: La Ley.
- Medina, Graciela y Mastracusa, Graciela. 1988. *Divorcio y Adopción*. J.A., IV–841.
- Méndez Costa, María Josefa. 2006. *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Méndez Costa, María Josefa. 1977. *Adopción y Concubinato*. J.A., III–614.
- Méndez Costa, María Josefa. Derecho de Familia. *Reformas al Código Civil*, N° 16.
- Mizrahi, Mauricio Luis. 2002. *Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica*. Buenos Aires: La Ley.
- Mizrahi, Mauricio Luis. 2006. *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 2° edición, actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- Ortiz de Rozas, Abel Fleitas y Roveda, Eduardo G. 2004. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Perrino, Jorge Oscar. 2010. Impugnación de la Paternidad Matrimonial. La exclusión de la Madre y del Pretense Padre Biológico. En *La Filiación: sus Desafíos Jurídicos, Hoy*. Buenos Aires: Educa.
- Rivera, Julio C. 2012. La proyectada recodificación del derecho de familia. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Edición Especial. Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, año 4, N° 06, julio de 2012.
- Sambrizzi, Eduardo Antonio. 2010. *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, Tomo VI.
- Zannoni, Eduardo A. 1991. *La Autonomía Privada en la Solución de*

Conflictos Familiares. Derecho de Familia. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
Zannoni, Eduardo A. 1993. *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomos I y II, 2ª edición. Buenos Aires: Astrea.
Zannoni, Eduardo y Orquin, Leopoldo. 1972. *La Adopción y su Nuevo Régimen Legal*. Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012.

Resumen oficial de la sentencia de 27 de Abril de 2012, fondo, reparaciones y costas.

Noticia de los autores

Citlali Urtiz

Licenciada en Psicología, Universidad Nacional Autónoma de México (México). Maestría en Victimología, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Carlos Manuel Rosales

Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (México). Diplomado, Universidad de Heidelberg (Alemania). Estudios de Maestría y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile (Chile). Autor de numerosos artículos y publicaciones, entre las que se destacan: “Principios y valores dogmáticos electorales”, Revista General de Derecho Público Comparado, No. 8, Ed. IUSTEL, España, 2010; Voces: “Justicia Electoral” y “Tribunal Electoral”, Tomos II y III del Diccionario Histórico Judicial de México, Ed. SCJN, México, 2011; “Libre valoración de la prueba en materia electoral” editado por la UNAM, 2012, entre otras.

Diego Jorge Lavado

Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza (Argentina). Máster en Criminología, Universidad del Aconcagua (Argentina). Abogado Especialista en Derecho Penal, Carrera de Especialización en Derecho Penal, Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Profesor Titular efectivo con dedicación Simple Cátedra de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Profesor Adjunto con dedicación simple, efectivo, Cátedra de Derecho Penal I, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Docente responsable de Derechos Humanos en el proceso penal, Maestría en Derecho Penal, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)–Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España). Cohorte 2012–2014. Profesor en la Carrera de Especialización y Maestría en Magistratura y Gestión Judicial, Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza (Argentina). Director y Profesor en la Maestría en Criminología, Facultad de Psicología, Universidad del Aconcagua (Argentina). Docente Responsable, Cátedra de Derechos Humanos, Carrera de Especialización en Criminología, Universidad Nacional

de San Juan (Argentina). En su actividad de investigación se destaca como: Director de Proyecto “Prisión Preventiva y Derechos Humanos. Análisis crítico de la normativa, jurisprudencia y prácticas vigentes de la Provincia de Mendoza en relación a los estándares nacionales e internacionales”, Consejo Federal de Inversiones; Director de Proyecto “El Estado Argentino ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Secretaría de Ciencia y Técnica, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Desde 1992 a 1996 fue Becario Investigador del CONICET desarrollando distintos proyectos relacionados con la problemática de los derechos humanos en general y su vinculación con el sistema penal, en particular. Autor de numerosos artículos y publicaciones, entre las que se destacan: Derechos Humanos en la Argentina, Norma Fóscolo y Otros, EDIUNC, Mendoza, junio de 2000; Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza (Ley N° 6730), Co-autoría con Dante Marcelo Vega, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, noviembre de 2000; Libertad y Coerción Personal en el nuevo Sistema Procesal Penal de Mendoza, Co-autoría con Dante Marcelo Vega, Morcos Ediciones Jurídicas, Mendoza, julio 2006; Comentarios sobre la ley de protección integral del niño y el adolescente de la provincia de Mendoza, en “La protección a la infancia como derecho público provincial”, Mary Belof (Coordinadora), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008. Fue Subsecretario de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno de Mendoza (Argentina) 2007–2008.

Tarik Lama Gálvez

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (Chile). Ayudante *Ad Honorem* en las cátedras de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y Clínica de Justicia Constitucional, Universidad de Chile (Chile). Estudios de Criminología y Derecho, Universidad de Murcia (España).

Marcelo Trucco

Abogado y Profesor Superior en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina). Docente de la Maestría de Derechos Humanos, Universidad Nacional del Rosario (Argentina).

Profesor invitado en la Maestría de Integración y Cooperación internacional, Universidad Nacional del Rosario (Argentina). Docente del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica Argentina de Rosario (Argentina). Profesor adjunto de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional del Rosario – Universidad Católica Argentina – Universidad Abierta Interamericana (Argentina). Profesor de Derechos Humanos, Universidad Católica Argentina (Argentina). Director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (Argentina). Profesor de Historia del Derecho, Universidad Católica Argentina (Argentina). Profesor de Derecho de la Integración, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Ex becario Doctoral por Concurso de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica. Evaluador externo permanente de la Revista Estudios internacionales de la Universidad de Chile (Chile). Autor de numerosos artículos y publicaciones, entre las que se destacan: La defensa de los derechos de la mujer ante las instancias internacionales de protección de derechos humanos, en Revista de la Comisión de los derechos de la mujer del Colegio de abogados de Rosario, Nro. 5. Año 2013; El derecho a la libertad de expresión y sus límites. Comentario al fallo *Mémoli vs. Argentina* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Doctrina Microjuris Argentina*, MJD6548, 19/12/2013; Asilos, refugios y derechos humanos. Una visión desde el Derecho Internacional, en “Los de adentro y los de afuera. Exclusiones e integraciones de proyectos de nación en la Argentina y América Latina”, IDEHESI-IH, Rosario, 2013; Estándares internacionales en la Justicia penal juvenil. El caso “Mendoza”, *Diario La Ley*, 07/10/2012.

Magdalena M. Eaton

Abogada, Universidad de Mendoza (Argentina). Máster en Derecho Internacional Público, Universidad de Utrecht (Países Bajos). Asistente legal en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Fiscalía v. Radovan Karadžić* (2011–2013). Miembro del equipo soporte del área de Desarrollo de Hábitat de Un Techo Para Mi País–Argentina, como coordinadora de legales *ad honorem*. Becaria para participar en el XXXI

Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José (Costa Rica).

Gerald L. Neuman

Bachelor of Arts, Harvard College (Estados Unidos). Doctor (PhD) en Matemáticas, Massachusetts Institute of Technology (Estados Unidos). Juris Doctor, Harvard Law School (Estados Unidos). Fellow de la American Academy of Arts and Sciences y miembro de la American Society of International Law (Miembro del Consejo Ejecutivo entre 2001 y 2003). Titular de la cátedra J. Sinclair Armstrong de Derecho Internacional, Extranjero y Comparado, Harvard Law School (Estados Unidos). Co-Director del Programa de Derechos Humanos en Harvard Law School (Estados Unidos). Enseña Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Migratorio en esa Facultad. Su investigación actual se centra en los organismos internacionales de derechos humanos, la dimensión transnacional del constitucionalismo y los derechos de los ciudadanos extranjeros. Autor de *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders and Fundamental Law*, Princeton, 1996, y co-autor del libro de casos *Human Rights*, Louis Henkin et al, Foundation Press. Previamente se desempeñó en las Facultades de Derecho de la Universidad de Pennsylvania (1984–1992) y Columbia (1992–2006) (Estados Unidos). Ha sido profesor visitante en Friburgo, París, Tokio, Leiden, Budapest y Frankfurt. Desde 2011 es miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

María Milagros Berti García

Abogada, Universidad de Mendoza (Argentina). Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina). Profesora Adjunta a cargo de cátedra en Derecho Civil V. Derecho de Familia, Universidad de Mendoza (Argentina). Investigadora en materia del Derecho de Familia, bajo la dirección de la Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto. Miembro del Centro de Bioética Persona y Familia (Argentina), bajo la dirección del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere. Posgrados realizados: Actualización en Derecho de Familia, Universidad de Mendoza (Argentina),

2009; El Derecho de Familia en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Superiores Tribunales de Justicia Provinciales, 2008, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina); Actualización en Régimen Patrimonial del Matrimonio, 2005, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

Fernando J. Nasazzi Ruano

Abogado, Universidad de Mendoza (Argentina). Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina). Profesor Jefe de Trabajos Prácticos en la cátedra de Derecho Civil V. Derecho de Familia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza (Argentina). Investigador en materia del Derecho de Familia, bajo la dirección de la Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto. Miembro del Centro de Bioética Persona y Familia (Argentina), bajo la dirección del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES EN



Sistema de selección de trabajos

Los trabajos que a juicio del Comité Científico Editorial respondan a la temática de la publicación propuesta y reúnan los requisitos formales previstos, serán enviados para su evaluación a dos miembros del Comité de Evaluación (especialistas en la materia), quienes los juzgarán. Si ambos asesores emiten opinión favorable, se incluirá el trabajo en el plan de publicación. Si las opiniones resultan divergentes, se consultará a un tercer miembro del Comité de Evaluación.

El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de realizar invitaciones especiales a personalidades destacadas.

El envío de los trabajos para esta obra implica una autorización de los autores para su publicación en la versión impresa y su permanencia en la publicación en línea por tiempo indefinido.

Pautas para la presentación de trabajos

Los trabajos deben ser inéditos y referidos a la temática propuesta. Deberán incluir un resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés, y ajustarse a las normas de citación adoptadas por esta publicación. No podrán ser enviados para evaluación a otra publicación mientras dure el proceso de selección.

Tendrán un máximo de 6.000 palabras, incluyendo resumen, *abstract*, palabras clave, *keywords*, notas y bibliografía. El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de admitir excepciones en cuanto a la extensión de los trabajos.

Resúmenes

Cada artículo será acompañado de un resumen en español y su traducción al inglés que deberán ser resueltos en un máximo de 150 palabras cada

uno. El resumen es una representación abreviada del contenido de un artículo, del que sólo se menciona la idea y los puntos principales. Debe caracterizarse por su brevedad, exactitud y claridad, evitando la redundancia.

Palabras clave

Se requieren para definir con precisión la temática del artículo con hasta 5 palabras clave (pueden ser un término o un concepto descriptor), separadas por punto y coma, y también deberán traducirse al inglés. Ejemplo de cinco palabras clave: migración; Derechos Humanos; América Latina; desigualdad; Unión Europea. *Keywords: migration; Human Rights; Latin America; inequality; European Union.*

Normas de citación

Esta publicación ha adoptado la forma concisa dentro del Estilo Chicago de Citación (autor–fecha), la misma se compone de dos partes: la primera es la cita abreviada entre paréntesis en el texto y la segunda, una lista de referencias al final del trabajo.

En caso de presentarse un caso fuera de los ejemplos, puede consultarnos enviando un correo a contacto@revistaidh.org o directamente en el sitio web de *Chicago Manual of Style 16th edition*, www.chicagomanualofstyle.org.

El criterio principal de esta norma es proveer la información suficiente para guiar al lector hacia las fuentes utilizadas, hayan sido publicadas o no, impresas o electrónicas, e individualizar correctamente a los autores citados.

Deben ser enviados dos archivos adjuntos a contacto@revistaidh.org. El primero, correspondiente al documento del trabajo y, el segundo, con los datos personales, de contacto, un currículum abreviado y la filiación institucional del autor. El remitente recibirá una confirmación de la recepción del envío por la misma vía.

Se terminó de componer e imprimir en junio de 2014
en Editorial Qellqasqa, Toso 411, San José de Guaymallán
Mendoza, República Argentina. Composición de
María Eugenia Sicilia & Gerardo Patricio Tovar
editorial@qellqasqa.com.ar
www.qellqasqa.com.ar



La impresión de esta edición ha sido realizada con insumos reciclados a partir del procesamiento industrial de la soja (tinta a base de aceite de soja), la banana y el maní (originales a base de papel de cáscara de maní y de banana), esto reduce el impacto ambiental.

Artículos

Cifrali Urtiz y Carlos Manuel Rosales

El juez como agente activo en el trato digno a la víctima en el proceso judicial

Diego Jorge Lavado

Treinta años de democracia argentina. La respuesta estatal frente a los crímenes de lesa humanidad cometidos por la última dictadura militar

Tarik LamaGálvez

El desplazamiento forzado de población indígena por Israel: una política que transgrede el derecho internacional

Marcelo Trucco

Aspectos a considerar para un eficaz acceso a instancias internacionales de protección de derechos humanos

Magdalena M. Eaton

La realización del derecho a la vivienda a través del otorgamiento de títulos de propiedad

Gerald L. Neuman

Importación, exportación y consentimiento regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Análisis de casos

María Milagros Berti García y Fernando J. Nasazzi Ruano

Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno

