

Revista de **Derechos Humanos**

Publicación de la Asociación Argentina de Profesores
y Profesoras de Derechos Humanos

EN ESTE NÚMERO

Facundo Capurro Robles

Lucas Crisafulli

Patricia Coppola

Lucía Inés Gómez Fernández

Daniel Gonzalez Stier

Malka Manestar

Sebastián Alejandro Rey

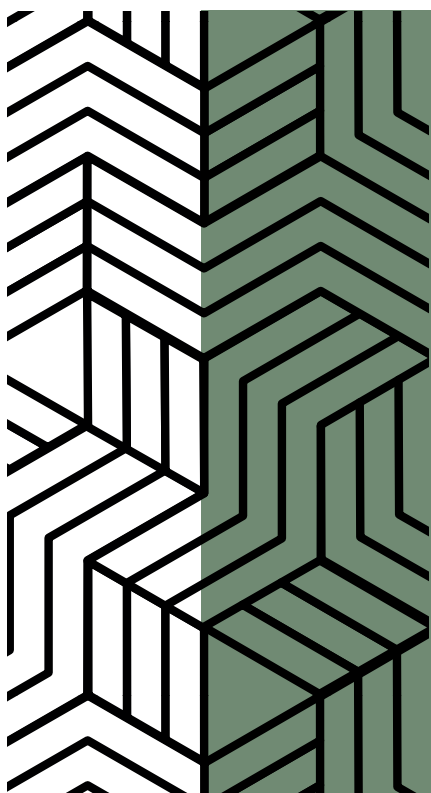
Romina Ronda

Leonardo Pablo Palacios

Jose Luis Zerillo

Silvina Zimerman

Gino Caciorgna Carnevale



M

V

J

APPDH

Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos
Revista de derechos humanos. - 1a ed. - La Plata : MEVEJU, 2025.
138 p. ; 24 x 16 cm.
ISBN 978-631-91014-2-3
1. Derechos Humanos. 2. Asociaciones Profesionales.
CDD 361.614

APPDH ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
PROFESORES Y PROFESORAS
DE DERECHOS HUMANOS

asocprofdh@gmail.com

Subsecretario de Derechos Humanos: Matías Facundo Moreno
Dirección Editorial: Pablo Roesler
Edición y corrección de textos: Ramón Inama,
Clara Becerra y Emiliano Tavernini
Diseño gráfico, tapa e interior: Luciana Civit

©2025, Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos
Todos los derechos reservados

Editorial MeVeJu, 2025.
ISBN 978-631-91014-2-3

IMPRESO EN IMPRENTAS DEL ESTADO BONAERENSE
Buenos Aires, en el mes de septiembre de 2025.
Impreso en Argentina

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires
Subsecretaría de Derechos Humanos
Calle 53 No 653 esq. 8
La Plata, Buenos Aires, CP 1900
(221) 489-3960/63
Editorial.meveju@gmail.com
<http://derechoshumanos.mjus.gba.gov.ar/editorial-meveju/>

M V J
EDITORIAL
MeVeJu
Derechos Humanos PBA

DERECHOS | MINISTERIO DE JUSTICIA Y
HUMANOS | DERECHOS HUMANOS



GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE
BUENOS AIRES



REVISTA DE DERECHOS HUMANOS

PUBLICACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PROFESORES
Y PROFESORAS DE DERECHOS HUMANOS

Nº 1 | AÑO 1 | 2025



REVISTA DE DERECHOS HUMANOS

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PROFESORES Y PROFESORAS DE DERECHOS HUMANOS

Presidenta

María Alicia NOLI

Vicepresidenta 1ª

Ana María FIGUEROA

Vicepresidenta 2ª

Patricia COPPOLA

Secretario

Sebastián REY

Tesorera

Viviana BEIGEL

Revisor de cuentas titular

José Luis ZERILLO

Revisora de cuentas suplente

Claudia Inés LÓPEZ

Vocales titulares

Víctor Ernesto ABRAMOVICH COSARÍN

Laura Araceli AGUZIN

Silvina ZIMMERMAN

Daniel RODRÍGUEZ INFANTE

Vocales Suplentes

Malka MANESTAR

Dardo Alejandro ESQUIVEL

Facundo CAPURRO ROBLES

Lucas CRISAFULLI

ÍNDICE

Presentación

p.9

El Derecho a vivir en forma independiente y a la salud mental comunitaria en retroceso: señales de alerta en el plano nacional y local

Facundo Capurro Robles

p.13

Los Derechos Humanos como conquistas precarias

Lucas Crisafulli y Patricia Coppola

p.27

La última dictadura cívico-militar en Argentina a la luz del Derecho Internacional Humanitario: Una mirada jurídica del “no fue una guerra”

Lucía Inés Gómez Fernández

p.37

El derecho penal como herramienta de prevención de genocidios

Por Daniel Gonzalez Stier

p.53

El hábeas corpus como herramienta de defensa de derechos humanos: Un análisis desde la provincia de Jujuy en contextos represivos

Malka Manestar

p.67

El rol del Poder Judicial en el acceso a tratamientos médicos de alto costo. Algunos problemas que surgen durante el litigio en materia de salud

Sebastián Alejandro Rey

p.81

Los delitos cometidos durante la Guerra de Malvinas como crímenes del derecho internacional: Un camino hacia su justiciabilidad en el fuero doméstico

Romina Ronda

p.97

La participación política y la defensa de la Constitución Nacional

Mag. Leonardo Pablo Palacios

Mag. Jose Luis Zerillo

p.113

Juzgar con enfoque de género. Tensiones y transformaciones en el fuero laboral

Silvina Zimmerman

Gino Caciorgna Carnevale

p.125

PRESENTACIÓN

Me hubiera gustado escribir un título diferente, más apropiado a la inauguración de una Revista de la Asociación, escribir por ejemplo “Palabras de Celebración”, pero suena extraño frente a los regresivos tiempos actuales, en los que no solo se oscurece el horizonte cultural, sino también se ataca sin disimulo al contenido de nuestra materia, nada más ni nada menos, que el derecho doméstico y la protección nacional e internacional de los derechos humanos.

Esta Asociación que integramos nuclea a profesores y profesoras de universidades públicas y privadas, ámbitos de estudio y de formación ciudadana, con los que estamos comprometidos y que también sufrieron desconsideraciones no solo presupuestarias.

Igual, no todo está perdido. La transversalidad y centralidad de los derechos humanos hace que cada ataque a un derecho, impacte con la misma intensidad que la lesión jurídica que provoca el estado, en la decisión de búsqueda de estrategias para que las prácticas colectivas y democráticas no retrocedan en las sociedades.

¿Será por eso, que ante la pretensión de debilitar la libertad de expresión en sus diferentes formas, esta Revista aparece hoy como un aporte para cuestionar esos límites inexplicables?

Así, en este primer número, vamos a compartir los trabajos de amplias temáticas, que profesores y profesoras que integran nuestro espacio, presentaron -entre otras ponencias y libros- en oportunidad de la realización del Segundo y Tercer Encuentro de la AAPPDH (Tucumán, 10 y 11 de noviembre de 2023 y Mendoza, 12 y 13 de septiembre de 2024). Serán útiles, sin duda, para su estudio crítico y discusión en el ámbito académico preferentemente, aunque también podrán llegar a los lugares que sus lectores decidan.

Esperamos contribuir con este aporte y con muchos más desde la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos.

Debo expresar especial agradecimiento al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que facilitó la posibilidad de una edición en papel, con la intervención de su imprenta.

María Alicia Noli
Presidenta de la AAPPDH





Autor:

Facundo Capurro Robles

Es Abogado (UBA) y Magister en Estudios Legales Internacionales (Washington Collage of Law - American University). Docente de la asignatura Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, UBA). Actualmente es funcionario de la Procuración General de la Nación.

facundocapurro@gmail.com

EL DERECHO A VIVIR EN FORMA INDEPENDIENTE Y A LA SALUD MENTAL COMUNITARIA EN RETROCESO: SEÑALES DE ALERTA EN EL PLANO NACIONAL Y LOCAL

Por Facundo Capurro Robles

Introducción

La Ley Nacional de Salud Mental (Ley Nº 26.657, en adelante “LNSM”) suele presentarse como el hito más importante en cuanto a la protección del derecho a vivir en forma independiente de las personas con discapacidad psicosocial en la Argentina. Sin embargo, la protección de este derecho es aún más amplia, ya que surge como producto de la confluencia de diversas corrientes y movimientos del plano social, político, sanitario y jurídico.

Desde la “Declaración de Caracas” de la década del 90’ -impulsada desde el campo sanitario y abrevando de las experiencias transformadoras en salud mental comunitaria-, se instó a los Estados a abandonar el modelo de atención centrado en el hospital psiquiátrico. La “Declaración” fue el primer instrumento donde se explicitó que los procesos implicados en la atención en salud mental debían salvaguardar la dignidad personal y los derechos humanos.¹ A posteriori, muchos de los principios allí esbozados serían codificados en los “Principios de Salud Mental de la ONU”, que en su momento significó una valiosa guía, ante el vacío legislativo.²

Posteriormente, como producto del involucramiento del movimiento de derechos humanos en el campo de la salud mental y consecuencia directa del proceso de globalización de estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH),

1 *Declaración de Caracas auspiciada por la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud*, adoptada el 14 de noviembre de 1990. Incorporada a la LNSM por el artículo 2.

2 *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

estos principios comenzaron a tener mayor peso en las legislaciones internas. En nuestro país, un evento clave fue la exposición de los efectos deshumanizantes y las violaciones a los derechos humanos producidos en las instituciones asilares a partir de la publicación del informe *Vidas Arrasadas*³, hecho que provocó un gran impacto en la opinión pública y en especial en decisores del campo jurídico y sanitario, generando un momento favorable al cambio.

En paralelo, la irrupción del movimiento de personas con discapacidad en el campo político y jurídico provocó un cambio sustancial. Desde allí se impulsó otra mirada conocida como el “Modelo Social de la Discapacidad”, que desafió el proceso de etiquetamiento social e institucional, bajo el cual las personas con discapacidad eran definidas por ciertas características personales, ya sea físicas o mentales. Esta mirada se plasmó en el derecho internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). La Convención incorporó una definición de discapacidad rupturista, según la cual ésta se origina por la interacción entre personas con una diversidad funcional (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) y las barreras sociales que obstaculizan o restringen el ejercicio de sus derechos humanos en pie de igualdad con el resto de las personas.⁴ Los impulsores del “modelo social” plantearon que las instituciones distribuyen poder y por lo tanto atribuyen etiquetas tales como “normal” o “anormal”, “capaz” o “discapacitado”, “sano” o “insano”, basadas en la persona y no en las relaciones entre éstas y las instituciones sociales.⁵ De este modo, postularon que los rasgos elegidos para atribuir un tratamiento diferente a un grupo son producto de una selección hecha por quienes se encuentran en una posición privilegiada para imponer sus perspectivas; de allí que las clasificaciones y sus consecuencias sólo deberían mantenerse “si no expresan ni confirman la distribución del poder en formas que perjudican a los menos poderosos y benefician a los más poderosos”.⁶

Desde esa óptica, la institucionalización de una PCD basándose en su discapacidad (real o percibida) constituye una forma de discriminación. Entre los pilares de la Convención se encuentran la lucha contra los estereotipos y prejuicios en contra de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad jurídica, elemento central para la toma de decisiones autónomas sobre todos los aspectos de su vida, que conlleva la obligación estatal de garantizar la provisión de apoyos para su ejercicio⁷. A su vez, la CDPD contiene previsiones específicas sobre el derecho a vivir en forma independiente y ser incluido en la comunidad, como así a lograr la máxima independencia en todos los ámbitos de la vida.⁸

3 CELS- MDRI, *Vidas arrasadas - La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, 1ra Ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008.

4 *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)*, art.1. Ver también Palacios, A., *El modelo social de la Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-CINCA, Madrid, primera edición, octubre de 2008, pág. 314-330.

5 Minow, M., *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990, p. 110-111.

6 Minow, M., cit., p. 111.

7 CDPD, arts. 8 y 12.

8 CDPD, art. 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. “Los Estados (...) reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar (...) su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que (...) tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir (...) y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico (...) tengan acceso a (...) servicios de apoyo de la comunidad (...) para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su

La CDPD se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el año 2008 y luego adquirió jerarquía constitucional en el año 2014.⁹ Como consecuencia de la ratificación de este instrumento, los Estados deben dismantelar las diversas estructuras (jurídicas, sociales, actitudinales, institucionales o de otra índole) que impiden alcanzar la accesibilidad universal para este grupo. Además, debe tomarse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que los postulados del “modelo social” constituyen el marco de referencia para interpretar el alcance de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito interamericano.¹⁰

La LNSM, sancionada en el año 2010, es consecuencia y resultado de estos procesos, operativizando así normas de derechos humanos. Esta legislación impuso un verdadero cambio de paradigma en la materia, al definir la salud mental como “*un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona*”.¹¹ A su vez, reafirmó explícitamente la condición de sujeto de derecho de las personas con padecimientos mentales, su autonomía y su capacidad para tomar decisiones respecto de lo que les sucede¹²; consagró la necesidad de brindar un abordaje interdisciplinario y en el marco de dispositivos comunitarios en la atención en salud mental¹³ prohibiendo la creación de nuevos hospitales monovalentes¹⁴; reservó para la justicia el rol de contralor y garante de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial sobre la base de su condición de sujetos de derecho¹⁵; restringió las internaciones por salud mental a supuestos excepcionales y taxativos en que se verifique una situación de “riesgo cierto e inminente” debidamente constatado y acreditado por un equipo interdisciplinario de salud¹⁶ y garantizó el derecho de defensa de las personas internadas involuntariamente al posibilitar la designación de un abogado que respete sus deseos y preferencias.¹⁷

A pesar de estos enormes avances, como veremos, el Estado argentino se encuentra inmerso en un proceso en donde, lejos de generarse políticas y programas tendientes a implementar estos principios, y a pesar de los expresos señalamientos y compromisos internacionales adquiridos, se intenta retrotraer el mandato allí establecido.

aislamiento o separación de ésta”. CDPD, art. 26. Habilitación y Rehabilitación. “...Los Estados Partes adoptarán medidas (...) para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, (...) ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales...”

⁹ Leyes 26.378 y 27.044.

¹⁰ Corte IDH, caso “Furlan y Familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, par. 133-135.

¹¹ LNSM, art. 3.

¹² LNSM, arts. 3, 5, 7, 10, 18 y 42.

¹³ LNSM, arts. 5, 7.d, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 28, 30 y 42.

¹⁴ LNSM, art. 27.

¹⁵ LNSM, arts. 21, 23, 24, 25 y 43.

¹⁶ LNSM, art. 20.

¹⁷ LNSM, art. 22.

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el contexto descrito anteriormente, donde la CDPD constituye el paraguas normativo de jerarquía constitucional en el marco del cual se deben desarrollar las políticas públicas que impactan en los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, la interpretación del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad cobra especial relevancia. En los últimos años se emitieron dos documentos de gran valor.

Por un lado, como culminación de intentos previos del Comité por abarcar dicha temática¹⁸, emitió sus “Directrices en materia de Desinstitucionalización”. Tal documento fue el resultado de un proceso de consulta global con amplia participación.¹⁹ En las “Directrices” se señala que la desinstitucionalización comprende procesos interrelacionados que deben centrarse en devolver la autonomía, la posibilidad de elección y el control a las personas con discapacidad, los cuales involucran el apoyo en situaciones de crisis y para conseguir viviendas en forma accesible y de ese modo materializar el derecho a elegir donde, como y con quien vivir.²⁰ A este fin, los estados deben garantizar la disponibilidad de alojamientos seguros, accesibles y asequibles en la comunidad, ya sea facilitando viviendas públicas o proporcionando subsidios de alquiler a las personas que salgan de las instituciones. En particular, señalan que la vivienda no puede quedar condicionada a la aceptación de un tratamiento médico o de servicios de apoyo específicos.²¹

También establecen que los servicios de apoyo para vivir de forma independiente deben estar disponibles y ser accesibles, aceptables, asequibles y adaptables. Estos servicios incluyen la asistencia personal, el apoyo entre pares, el apoyo prestado por cuidadores a niños y niñas en entornos familiares, el apoyo en situaciones de crisis, el apoyo para la comunicación, el apoyo para conseguir vivienda y ayuda doméstica, entre otros.²² El Comité señala expresamente que, dentro de la definición de servicios de apoyo comunitario, debe evitarse la aparición de nuevos servicios segregados, incluyendo en esa categoría a los hogares de tránsito, como así también las medidas coercitivas como las órdenes de tratamiento, que no son servicios comunitarios.²³ Por último, entre otros aspectos, también enfatizan que a la hora de desarrollar instrumentos para evaluar las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad, los Estados no deben recurrir exclusivamente a criterios médicos.²⁴

Con posterioridad, el Comité CDPD emitió sus observaciones finales sobre Argentina, las cuales no se actualizaban desde el año 2012. Dicho documento, de

18 Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, *Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*, aprobadas por el Comité en su 14º período de sesiones, 17 de agosto a 4 de septiembre de 2015, A/72/55.

19 Comité CDPD “*Directrices sobre desinstitucionalización, inclusive en emergencia*”, 9 de septiembre de 2022, CRPD/C/5.

20 Par. 19, 25 y 26, 32,

21 Par. 32.

22 Par. 25 y 26.

23 Par. 28.

24 Par. 75.

máxima relevancia, cristaliza cuál es el correlato que deben tener las obligaciones emanadas de la Convención, en nuestro contexto.²⁵

En primer término, se marca la enorme brecha que aún persiste entre las normas y la vigencia efectiva de los derechos consagrados en la CDPD. En cuanto al derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad, el Comité destaca que, pese a los avances los efectuados en la Provincia de Buenos Aires, el Estado se encuentra en mora respecto del incumplimiento del cierre definitivo de los hospitales monovalentes públicos y privados y la creación de un sistema de atención en comunidad para el año 2020. A su vez, remarca la ausencia de partidas presupuestarias significativas para financiar programas sustentados en garantizar apoyos a la vida independiente, en contraposición con el gran presupuesto asignado a los hospitales psiquiátricos, y recomienda incrementos en el presupuesto de salud mental.²⁶ De tal modo, instó al Estado a “avanzar en los procesos de externación de las personas institucionalizadas, cerrar los hospitales psiquiátricos, e implementar redes de atención en salud mental integrada al primer nivel de atención, incluyendo un enfoque interinstitucional coordinado, previsiones presupuestarias y cambios de actitud en todos los niveles, incluidas las autoridades locales”. Para ello, debe implementar un plan integral en materia de desinstitucionalización que cuente con plazos específicos, medidas de evaluación y los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios.²⁷

Sumado a la falta de implementación efectiva de una estrategia nacional en materia de desinstitucionalización y de abordaje de políticas en discapacidad respetuosa de los pilares de la CDPD, el Comité señala como otro factor de preocupación la persistencia de “internamientos involuntarios prolongados, la ausencia de consentimiento informado en hospitalizaciones calificadas como voluntarias, y la posibilidad de internamientos involuntarios bajo la Ley N° 26.657”.²⁸ Como se verá, en el ámbito de la CABA, las preocupaciones del Comité parecen justificadas.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en junio del 2022 el Estado Argentino arribó a un acuerdo de solución amistosa (ASA) en un proceso abierto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Senem de Buzzi”.²⁹ Esta petición buscó declarar la responsabilidad del Estado por el internamiento forzoso arbitrario del cual había sido objeto la peticionante -previo a la sanción de la LNSM-, las violaciones a sus derechos de las que fue objeto durante su internación y la falta de salvaguardias y garantías judiciales. En el ASA la Argentina se comprometió a implementar medidas de no repetición que abarcan, por un lado, llevar adelante las acciones necesarias para que los hospitales públicos de la Provincia de Buenos Aires presenten sus planes de adecuación a los objetivos de la LNSM, y promover estándares de habilitación, supervisión y funcionamiento de instituciones privadas y públicas municipales; y por otro lado, que el resto de las

25 Comité CDPD, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina*, 24 de marzo de 2023, CRP-D/C/ARG/CO/2-3.

26 Par. 37 b) y f).

27 Par. 38 b) y c).

28 Par. 30 d).

29 CIDH, petición P-268-10, “María del Carmen Senem de Buzzi”, acuerdo de solución amistosa del 6 de junio de 2022, disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/Acuerdo_Senem_de_Buzzi.pdf.

provincias adopten normas de funcionamiento de sus dispositivos de salud mental compatibles con la LNSM.

A su vez, en el caso “Guachalá Chimbo vs. Ecuador”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había efectuado precisiones sobre las medidas positivas que deben adoptarse para garantizar que las persona con discapacidad psicosocial puedan ejercer su consentimiento informado para actos sanitarios. Basándose en los principios del “modelo social”, el tribunal sostuvo que el consentimiento posee un estrecho vínculo con el ejercicio de la capacidad jurídica y, por lo tanto, el personal médico debe examinar al paciente y brindar el apoyo necesario para adoptar una decisión propia e informada.³⁰ En referencia a la decisión de ingresar a una internación por salud mental y haciéndose eco de las decisiones del Comité DPD, señaló que incluso en situaciones de crisis, se debe prestar apoyo a las personas con discapacidad, proporcionándoles información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y ofreciéndoles alternativas que “sólo en caso de ausencia de medidas de planeación anticipada” y después de realizar “un esfuerzo considerable” por obtener el consentimiento, cuando aún no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, es permisible la determinación de la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. De este modo, se excluyen interpretaciones de corte paternalistas, tutelares o directamente violatorios de la autonomía personal.

Intentos regresivos en el plano nacional

En consonancia con el cambio de clima político, volvieron a reeditarse en el Congreso proyectos de ley tendientes a modificar la Ley Nacional de Salud Mental.

La denominada “Ley Bases” original (o Ley “ómnibus”) presentada en enero del 2024, proponía modificar ocho artículos de la LNSM (arts. 5, 11, 20, 22, 23, 27, 28 y 39). Entre los principales cambios, estaban de devolver las facultades de internación al juez ante situaciones calificadas como “urgentes”; otorgar mayor entidad a la disciplina médica en detrimento del saber interdisciplinario (incorporando su intervención obligatoria en el dictamen de internación) y ampliar las causales de internación involuntaria, incorporando causales como la “falta de adherencia al tratamiento”, la “falta de conciencia de enfermedad” y la “adicción a sustancias psicoactivas” de menores de edad. Además, la propuesta proponía retrotraer la prohibición de creación de nuevos dispositivos monovalentes, uno de los pilares de la LNSM, y desvirtuaba el rol del Órgano Nacional de Revisión de Salud Mental como órgano defensor de derechos humanos, al cercenar sus facultades y alterar su composición, dando preponderancia al estamento asistencial. Esta “Ley ómnibus” finalmente no fue aprobada por el Congreso, a pesar de que su tratamiento fue objeto de un amplio debate público el primer trimestre del año.³¹

Por otra parte, ya existían diversas propuestas legislativas presentadas por distintos bloques con modificaciones parciales a la LNSM. Uno de estos proyectos propugna,

30 Corte IDH, caso “Guachalá Chimbo y Otros vs. Ecuador”, sentencia del 26 de marzo de 2021, par. 121.

31 Proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, enviado por Nota: NO-2023- 153350781 – APN- JGM, enviado al Congreso del 27 de diciembre de 2023.

entre otros aspectos, legitimar la intervención de las agencias de seguridad en el abordaje de situaciones con personas “potencialmente afectadas por un trastorno mental”. Entre los fundamentos para adoptar esta postura, se señala la ocurrencia de hechos de violencia de gran notoriedad pública que tuvieron como protagonistas a personas con padecimiento mental.³²

Salud mental, vulnerabilidad social y seguridad en la CABA

En paralelo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, las políticas de salud mental fueron apuntadas por las autoridades para escenificar los cambios de postura de la administración entrante sobre temas de alto impacto.

En esta jurisdicción causó gran sensibilidad en la opinión pública un hecho policial del año 2020, con desenlace trágico. A pesar de que la CABA fue una de las jurisdicciones pioneras en sancionar una ley acorde con los principios de salud mental comunitaria (Ley N° 448 CABA), a raíz de este hecho se alzaron voces responsabilizando a los cambios legislativos ocurridos desde el 2010 por tal tragedia, con la Ley de Salud Mental como punta de lanza.³³ Debido a la conmoción y el debate generado, las nuevas autoridades de la CABA fijaron un nuevo horizonte: una suerte de “limpieza” de las calles y una “institucionalización integral”, que abarca a las políticas de salud mental.

Las coordenadas de esta direccionalidad política pueden fácilmente advertirse, por ejemplo, en las campañas publicitarias donde explícitamente se borra de una foto a una persona que se encuentra durmiendo en un banco de una plaza, o en declaraciones públicas de funcionarios que llaman a la población a no solidarizarse ni asistir a las personas en situación de calle para que las instituciones creadas por el GCABA sean quienes se encargan de ello (a través de los hospitales, “paradores” u “hogares”).³⁴ Ello ocurre en un contexto donde los problemas habitacionales en la CABA vienen agravándose, como consecuencia tanto de la crisis económica del país, como de la insuficiencia de políticas habitacionales para el grueso de la población que se implementan en dicha jurisdicción.³⁵ A su vez, en CABA se verifica un aumento sostenido del valor de los alquileres (agravado por la desregulación del mercado a principios del 2024), y se encuentran múltiples viviendas ociosas, acompañados por procesos de gentrificación de distintas zonas de la ciudad.

Concretamente, el nuevo Jefe de Gobierno señaló que la actual Ley de Salud Mental “no sirve” y que estaban trabajando para adaptarla a la realidad local, no solo por el bien de las personas que llevan adelante un tratamiento sino “para la seguridad de todos los vecinos”.³⁶

32 Proyecto ingresado originalmente con el nro. 4010-D-2021 y reiterado por expte. 1007-D-2023, de autoría de la diputada Marcela Campagnoli. En similar sentido, ver proyecto presentado por el diputado Oscar Agost Carreño, ingresado con el nro. 3631-D-2024.

33 Ver, Claudia Peiró, Infobae, 29 de septiembre de 2020: [El policía Juan Roldán fue víctima de dos abolicionismos: el penal y el psiquiátrico - Infobae.](#)

34 Ver a modo de ejemplo, Infobae, 26 de abril de 2024:

[https://www.infobae.com/politica/2024/04/26/jorge-macri-reconocio-que-fue-poco-feliz-la-publicacion-sobre-los-operativos-con-personas-en-situacion-de-calle/.](https://www.infobae.com/politica/2024/04/26/jorge-macri-reconocio-que-fue-poco-feliz-la-publicacion-sobre-los-operativos-con-personas-en-situacion-de-calle/)

35 EL ReNaCalle (Relevamiento Nacional de Personas en Situación de Calle), determina que hay alrededor de 8.000 personas en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires. Por su parte, los datos oficiales que maneja el GCBA de abril del 2023, indicaba que el total era de 3.511. Información disponible en https://renacalle.ar/wp-content/uploads/2024/03/INFORME-GENERAL-FINAL-Rencalle-2023_compressed.pdf.

36 Declaraciones difundidas en el sitio oficial del GCABA, 2 de febrero de 2024, disponibles en <https://buenosaires.gob.ar/noticias/jorge-ma>

Así, se estableció un “Protocolo de atención a personas en situación de vulnerabilidad habitacional con padecimientos de salud mental y/o consumo problemático”, el cual plantea como objetivo “establecer procedimientos estandarizados de actuación conjunta entre las distintas áreas intervinientes del GCABA a fin de lograr el acceso prioritario de personas en situación de vulnerabilidad habitacional a los programas de las reparticiones con competencia en materia de salud mental y/o consumos problemáticos de sustancias psicoactivas”³⁷. Como queda en evidencia, la centralidad del mismo son aquellas personas y/o sus grupos familiares con discapacidad psicosocial que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad habitacional.

Su fundamentación está basada en reconocer la definición de salud mental que propone la LNSM, la necesidad de un abordaje del padecimiento mental de forma interdisciplinaria e intersectorial. Este documento plantea que la intervención estatal será activada por comunicación telefónica a diferentes canales (ejemplo, la línea 147 del GCBA, el 911 del sistema de emergencias policiales, el 108 de asistencia social inmediata, o la 107 del SAME), por medio del programa de asistencia a personas en situación de calle “Buenos Aires Presente” o de personal policial. Se equiparan intervenciones sociales, sanitarias y policiales referidas a personas con discapacidad psicosocial que se encuentran en situación de calle.

En términos generales, el protocolo propone que quienes entren en contacto con una persona con padecimiento mental en situación de vulnerabilidad habitacional, activen la intervención al SAME, a fin de trasladarla a un hospital general de agudos para que la evalúe un equipo interdisciplinario. Propone explícitamente la necesidad de intervención policial en caso de que sea necesario. En ese marco, el personal policial puede identificar a “una persona en situación de calle que presenta indicios de padecimiento mental o consumo problemático de sustancias psicoactivas, que presuntamente se encontrarse en una situación de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros, deberá intervenir procurando garantizar su atención sanitaria.”

Este protocolo fue objeto de una denuncia ante el Órgano de Revisión de Salud Mental por parte del Asesor Tutelar de la CABA. Allí sostuvo que, entre otras críticas, el protocolo “no se enmarca una política pública de salud mental destinada a toda la población de CABA, sino únicamente a las personas que se encuentran en situación de calle (inciso a) del art. 2 de la Ley N° 3.706) y aquellas que se encuentran en riesgo a la situación de calle (inciso b) del art. 2 de la misma ley)”. Y que, para dichas personas, el protocolo “supone una eventual detención y/o retención transitoria, y un traslado compulsivo -en caso de que no se brinde consentimiento- con presencia policial a un efector de su salud mental para su evaluación, por la sola condición de presentar un presunto padecimiento mental y/o consumo problemático de sustancias”. El Asesor consideró que se crea una ‘categoría sospechosa’ basada en los supuestos de vulnerabilidad habitacional y de afectación a la salud mental, para una intervención estatal coercitiva y discriminatoria para dichas personas. En definitiva, consideró que el protocolo es “selectivo” y refuerza “la estigmatización persecutoria y criminalizadora respecto a la

[cri-estamos-trabajando-en-una-normativa-local-porque-la-ley-de-salud-mental](#)

37 Resol. IF-2024-06664674-GCABA-SECSEG.

persona afectada en su salud mental y que se encuentra en situación de calle”, dando lugar a erróneos abordajes e intervenciones sin perspectiva en salud mental.³⁸

Interrogantes y perspectivas

¿Sobreviviría el derecho de vivir en la comunidad y recibir atención en salud mental comunitaria a modificaciones en la legislación nacional?

Como señalé al comienzo, la LNSM es un cuerpo legislativo robusto, que no solo establece nuevas relaciones jurídicas, sino que cristaliza y operativiza normas de mayor jerarquía como la CDPD, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos.

Cualquier regulación sobre una medida de internación implica en los hechos una privación de la libertad (lo cual ya fue reconocido por nuestra Corte Suprema hace más de un siglo en “Duba de Moracich” y, más cerca en el tiempo en “R., M. J.”) que debe respetar las pautas previstas por la CDPD en materia de libertad personal y derecho a vivir en forma independiente, con el alcance otorgado por el Comité CDPD. Así, las modificaciones legislativas deben abstenerse de incluir normas o pautas que, como causa de una discapacidad, real o percibida, habiliten intervenciones sanitarias sin el consentimiento de la persona en cuestión. De este modo, conceptos tales como la falta de adherencia al tratamiento o conciencia de “enfermedad”, o la “peligrosidad”, se basan en estigmas y prejuicios que vinculan a las personas con discapacidad psicosocial ya sea con la falta de capacidad para adoptar las propias decisiones sanitarias, o con cierta conducta impredecible. También debemos tener presente que la CDPD incluye un concepto de discriminación que abarca no solo las medidas que provoquen un impacto directo sino también aquellas que tienen como efecto o resultado la exclusión de este grupo del goce de derechos.³⁹

En lugar de ampliar los supuestos de intervenciones forzosas, la obligación estatal consiste en prestar apoyos para el ejercicio del consentimiento para actos sanitarios y generar las condiciones materiales para que las personas puedan efectivamente vivir en forma independiente.

En función de ello, un intento de modificación legislativa de la índole de los que se han presentado, entendemos que no superaría un test de convencionalidad. Por otro lado, no puede obviarse que el Comité CDPD señaló en sus últimas observaciones

38 Ver texto de la denuncia en disponible en:

https://noticiasurbanas-images.s3.amazonaws.com/2024/05/07111745/Oficio-176-24-OR-denuncia-contr-GCBA-Res-Co_240429_134950.pdf. Con posterioridad, tomó estado público una directiva atribuida a la Dirección General del servicio de emergencias de la CABA (SAME), con número de trámite, pero sin firma, que señalaba que los pacientes en situación de calle “con o sin trastorno psiquiátrico” debían ser trasladados a los hospitales dependientes del GCABA en todos los casos, independientemente de que posean criterio médico o no. Dicha nota no fue publicada en el boletín oficial local, por lo que no posee validez ni debe surtir efectos legales algunos. Sin embargo, no ha habido por parte de las autoridades involucradas un pronunciamiento explícito que pudiera otorgar mayor certeza sobre su efectiva existencia, y evitar de ese modo condicionar a los profesionales y trabajadores de salud que deben adoptar decisiones críticas en contextos adversos. Ver “De la calle al Borda: cada vez más personas sin techo son enviadas a las guardias de salud mental”, Tiempo Argentino, 14/07/24, disponible en: https://www.tiempoar.com.ar/ta_article/de-la-calle-al-borda-cada-vez-mas-personas-sin-techo-son-enviadas-a-las-guardias-de-salud-mental/.

39 CDPD, art. 2, párr. 3°.

del país, su preocupación porque los intentos de reformas legislativas en materia de salud mental resulten “regresivos”.⁴⁰

¿Puede la CABA “adaptar” su actuación mediante protocolos y directivas para impulsar un paradigma contrario al derecho a la Salud Mental Comunitaria?

Es sabido que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no pueden ser desconocidas por las jurisdicciones locales, haciendo responsable al gobierno federal por su incumplimiento.⁴¹ Siguiendo el célebre estándar de la Corte IDH en “Velázquez Rodríguez”, estas obligaciones de respeto, protección y garantía abarcan la adecuación de “todas las estructuras por las cuales se manifiesta el poder público” para la plena efectividad de estos derechos. Esto comprende, desde ya, las modificaciones legislativas que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, pero también el alineamiento de los programas de gobierno, protocolos de actuación y las conductas de los funcionarios públicos. Es decir, la “línea gubernamental” tiene que ir en un sentido acorde a una política pública que, sustentada en una plataforma normativa respetuosa, propenda al cumplimiento de estos derechos.

A su vez, la LNSM establece explícitamente que se trata de una regulación de “pre-supuestos mínimos”, del orden federal y de aplicación en todo el territorio nacional. Por lo que cualquier acto local debe abstenerse de contravenir los derechos y garantías allí reconocidos, pudiendo únicamente establecer regulaciones más beneficiosas.⁴²

Sin embargo, en nuestro país, la implementación en el plano local de estas obligaciones es motivo recurrente de tensiones, en buena medida por la ausencia de mecanismos legislativos específicos. Esta vacancia determina que la implementación sea generalmente más el resultado de compromisos políticos -apuntaladas por movimientos sociales y derechos humanos y en ocasiones, por cierto activismo judicial-, que de arreglos institucionales confiables. Sus fuertes limitaciones quedan en evidencia cuando, como en este caso, las autoridades hacen explícita -tanto mediante actos de gobierno como a través de una línea discursiva institucional-, su voluntad de ejercer sus atribuciones para forzar una modificación del mandato legislativo nacional, de base constitucional.

No está en cuestión que la CABA tenga la obligación de dictar protocolos para implementar la LNSM. Ahora bien, estos protocolos deben ser consecuentes con los principios y postulados de la legislación federal. En este sentido, el protocolo analizado va en un sentido inverso a la integración de las políticas públicas hacia la desinstitucionalización y la generación de apoyos, sino que, por el contrario, propone intervenciones focalizadas para un grupo poblacional determinado, reforzando una perspectiva estigmatizante de la discapacidad psicosocial. De este modo, el abordaje asistencial y sanitario queda en un segundo plano ante la respuesta paternalista y segregacionista.

40 Observaciones finales 2023, cit., par. 29 d).

41 Arts. 1.1 y 2 de la CADH.

42 LNSM, arts. 1 y 45; Art. 28 CADH.

Si bien aún no hay datos precisos para medir el impacto de estas políticas, algunos actores de la salud han denunciado la creciente volatilidad que se vive en las guardias de los principales efectores de salud, ante el aumento de los ingresos y la creciente intervención de las fuerzas de seguridad.⁴³

Por lo demás, el protocolo trata de convertir la excepcionalidad prevista por la LNSM, que es la internación, en la regla, en abierta contradicción con la señalización del Comité de Discapacidad sobre esta problemática. De este modo, el derecho a la salud y la libertad de una persona, de raigambre constitucional, se ve horadado y esmerilado.

Conclusiones

No se pretende aquí efectuar un relevamiento exhaustivo de todas las variables y complejidades involucradas en el campo de las políticas públicas que afectan a las personas con discapacidad psicosocial, sino simplemente poner el foco en los escasos avances que ha logrado el Estado Argentino en la implementación del mandato internacional de garantizar su derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y alertar sobre la deriva del camino trazado a nivel nacional y local.

En particular, en la CABA, las coordenadas de las políticas públicas se disocian cada vez más del mandato constitucional y, en lugar de tender a la coordinación de los procesos de atención e integrar las políticas sociales y habitacionales en pos de la desinstitucionalización, de garantizar el consentimiento informado a través de apoyos, tanto en el discurso como en la praxis, se amalgaman con mayor fuerza a las políticas de seguridad y de segregación en la utilización del espacio público.

En el contexto global y local al que asistimos, de retracción de derechos, debilitamiento de las instituciones, desvalorización de las herramientas jurídicas, los riesgos son muchos y los desafíos inmensos, por cuanto la dimensión performativa y sociológica de los actos públicos aquí examinados provoca un efecto aún mucho más potente que cualquier norma, ya que condicionan la actuación de los operadores públicos, provocan un fuerte menoscabo a los derechos constitucionales e incrementan los prejuicios, la estigmatización y los estereotipos que afectan a este grupo de personas, ligados a un paradigma “peligrosista”. Tales actos, en definitiva, neutralizan los intentos de implementación del mandato legal y erosionan la construcción de un sentido común respetuoso de los derechos.

43 Ver “De la calle al Borda...”, Tiempo Argentino, cit.

BIBLIOGRAFÍA

CELS- MDRI (2008). *Vidas arrasadas – La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. 1ra Ed., Siglo XXI Editores. Buenos Aires.

PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de la Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 1ra Ed., CERMI-CINCA. Madrid.

MINOW, M. (1990). *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*. Cornell University Press, Ithaca.





Autores:
Lucas Crisafulli

Abogado (UNC) y docente del Seminario Introducción a los Derechos Humanos (Facultad de Derecho de la UNC). Director del Programa de Violencia Institucional del Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED). Profesor de posgrado de varias universidades argentinas. Integrante de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos.

lucascrisafulli01@gmail.com

Patricia Coppola

Abogada, fue profesora Titular de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho y del Seminario Introducción a los Derechos Humanos en la UNC. Miembro de la Junta Directiva de Inecip y Vicepresidenta de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras en Derechos Humanos.

patriciajcopppola@gmail.com

LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONQUISTAS PRECARIAS

Lucas Crisafulli y Patricia Coppola

*Pero hay que saber de navegación.
Saber de barcos de velas de arboladuras
y de la constelación que nos lleve a puerto seguro.
Porque hay un momento preciso para transformar en fusiles las palabras
para sembrar la esperanza donde crecía el llanto.
Ya que es alegría la esperanza.
Sembrarla
cosecharla.
Y es alegría secarse las lágrimas con el dorso de las manos.*

Glauce Baldovin

Introducción

Durante las últimas tres o cuatro décadas, los derechos humanos han comenzado a incorporarse a las conversaciones cotidianas. Ya no es simplemente un término técnico reservado a eruditos, sino que forma parte del lenguaje común. En Argentina, este fenómeno es aún más evidente, dado que todas las acciones emprendidas para analizar y juzgar el pasado reciente se han enmarcado en el paradigma de los derechos humanos. Por un lado ha ampliado el uso del término, pero por el otro ha difuminado sus fronteras.

Es común iniciar seminarios, charlas y encuentros sobre derechos humanos con dos preguntas: si alguna vez han escuchado la expresión ‘derechos humanos’ y, en tal caso, qué entienden por ella. En general, nadie en el auditorio o la clase responde negativamente a la primera pregunta. Todas las personas han escuchado estas dos palabras. La segunda pregunta es un poco más compleja y las respuestas rondan, también en general, entre dos posiciones. Por un lado, están aquellos que expresan que los derechos humanos son aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos y que se los posee desde el momento de nacer (o aún antes). El otro grupo de respuestas se centra en la dimensión normativa, sosteniendo que los derechos humanos son aquellos reconocidos en convenciones, tratados o leyes.

Estas dos posiciones enunciadas desde el sentido común tienen sus correlatos teóricos y representan diferentes posiciones en torno al fundamento de los derechos humanos. La primera corresponde a las teorías iusnaturalistas y las segundas a las teorías positivistas.

Algunas precisiones

Para comprender las discusiones principales alrededor del fundamento de los derechos humanos, se requieren algunas precisiones.

Las teorías de corte iusnaturalistas sostienen que el derecho positivo (las leyes humanas) son válidas si y sólo si no contradicen ciertos principios morales y de justicia considerados universalmente válidos y que son asequibles a la razón humana.

Los iusnaturalistas discrepan acerca del origen de los principios morales y de justicia que conforman el llamado “derecho natural” y acerca del catálogo de derechos que lo conforman. Algunos sostienen que se originan en Dios (Tomás de Aquino) y que constituyen verdades morales autoevidentes y que se adquieren por un acto de fe o por una intuición no corroborable intersubjetivamente. Por su parte, el iusnaturalismo racionalista reconoce su origen en el movimiento iluminista que va de Spinoza a Kant y sostiene que los principios morales derivan de la naturaleza o estructura de la razón humana.

A nuestros fines, las teorías iusnaturalistas, sostienen que todos los seres humanos poseen los derechos desde su nacimiento (o inclusive antes), los que se les atribuye de la misma manera metafísica que se les asigna un alma.

La otra posición proviene del positivismo jurídico. Cabe aclarar que no todos los positivistas son escépticos como Hans Kelsen por ejemplo, respecto a la existencia de una moral universal, pero lo que tienen en común las concepciones positivistas de autores como Bentham, Austin Ross o Hart, es que sostienen la separación del orden normativo moral del orden jurídico positivo (leyes humanas) y, desde este punto de vista, las personas no tienen derechos en el sentido jurídico hasta tanto el derecho positivo se los asigne. En otras palabras, no es la mera calidad de ser humanos la que los hace titulares de derechos, sino la atribución que realiza el ordenamiento jurídico.

Los Derechos Humanos como derechos morales: el constructivismo ético

Asumiendo la separación que realiza el positivismo entre derecho (positivo) y moral, Carlos Nino (1989), sostiene que la noción de derechos humanos adquiere importancia radical cuando se la usa, precisamente, para cuestionar leyes positivas, instituciones o acciones: en ese sentido no se identifica con las leyes positivas, sino, en todo caso, los derechos humanos en sentido jurídico son una consagración de derechos de otro orden (moral) de los que son lógicamente independientes.

Carlos Nino entiende que la fuente principal de las desgracias de los seres humanos consiste en que son usados como instrumentos, como otro tipo de recurso, para satisfacer el propio bienestar. Práctica que se convierte en tragedia cuando es llevada a cabo por los poderosos, por quienes tienen acceso a las armas o a otros medios que permiten someter a sus semejantes a gran escala.

El antídoto que hemos inventado los seres humanos para neutralizar esta fuente de desgracias es la idea de los derechos humanos. Esta idea expresa básicamente que la mera voluntad de los fuertes no justifica acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser hombre (aquí el término “hombre”

expresa la idea de ser humano, usando el lenguaje de Nino) constituye título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros.

El propio Nino advierte que, así expresado el concepto, presenta vaguedades e inexactitudes, fundamentalmente porque la noción de derechos humanos fue construida en el contexto de cierta concepción moral sustantiva o normativa, la que fue marcando alguno de sus rasgos distintivos. En este trabajo no vamos a entrar al análisis de estas dificultades, pero es interesante señalar que el constructivismo ético intenta superar la clásica discusión, que suele agotarse de manera estéril, entre dos posiciones defendidas por muchos filósofos morales y que están arraigadas en la mentalidad de muchos legos. Por un lado el dogmatismo ético, donde se inscribiría cierto iusnaturalismo, el que no ofrece razones a favor de sus creencias. Por otro lado, el escepticismo ético, para el que es imposible dar razones en defensa de una concepción moral como la que legitima los derechos humanos, afirma que la adopción de este tipo de justificaciones estaría determinada por decisiones o emociones no controladas por criterios de racionalidad.

Carlos Nino presenta al “constructivismo ético” como una concepción metaética, que admite la posibilidad de justificar racionalmente principios morales normativos de índole liberal: la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana. Además de su atractivo intrínseco, una vez combinados y articulados estos principios, tienen el valor de permitir comprender los fundamentos e implicaciones de la parte programática de las constituciones liberales que hacen explícita cierta concepción del hombre y de la sociedad que está detrás de su reconocimiento.

La conquista de los derechos humanos: el problema de la eficacia

Es destacable que todas las teorías enunciadas comparten una característica: el carácter **ahistórico** a la hora de fundamentar los derechos humanos. Sea que éstos existen desde siempre y los seres humanos nacen con ellos, que provengan del reconocimiento del ordenamiento jurídico, o que sean el resultado de una construcción moral racional, no dan cuenta de un aspecto central de los derechos humanos: el hecho de que se han presentado siempre como conquistas, esto es, como resultado de luchas sociales que en casi todos los casos fueron escritas con la sangre de quienes padecieron su violación.

Del hecho que los derechos humanos sean derechos morales que existen más allá de su reconocimiento jurídico, o de que existan a partir de su reconocimiento, no se sigue que efectivamente se gocen de ellos. Basta advertir, por ejemplo, que a pesar de que hace más de 70 años que las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de ser éste tal vez el documento internacional más citado y elogiado, no sólo se ha quedado corto en el catálogo de los derechos, sino, y esto es lo más grave, que en su artículo primero consagra “**Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos**”. Que nacen es cierto, pero a los pocos minutos de asomarse al mundo, se acabó la igualdad. Las dos terceras partes de la humanidad sobreviven con menos de dos dólares diarios, y la brecha entre los que tienen y los

que necesitan se ha triplicado desde que se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.

Y podríamos seguir enumerando uno por uno los artículos de la Declaración y confrontarlos con la realidad para nuestro espanto. Así, miles de millones de hombres y mujeres aspiran aún a reconocerse en sus proclamas; porque mientras pueblos enteros tomaron y toman la palabra en nombre de la libertad, la igualdad y la dignidad, son permanentemente violados los derechos humanos en el mundo.

No se agota la capacidad de asombro: no transcurre un solo día sin que sepamos de guerra, hambre, detenciones arbitrarias y torturas, no transcurre un solo día sin que sepamos de los abusos criminales del racismo, de prisioneros de conciencia y condenados a muerte.

No se gozan de los derechos humanos por el mero hecho de nacer humano sino porque en el pasado hubo otros y otras que pelearon para conquistarlos.

Hay que comprender que el proceso civilizatorio no implica una línea de tiempo ascendente hacia mayores derechos o menores niveles de violencia. Aquellos derechos que hoy se gozan puede que mañana ya no, porque cada conquista es siempre precaria. Los derechos humanos implican un proceso histórico inacabado. Descifrar así los derechos humanos, en el marco de un proceso histórico de conquista, nos permite comprender también las responsabilidades éticas que se encuentran ligadas: conlleva el compromiso moral no sólo de protegerlos y ampliarlos.

El goce efectivo de los derechos humanos se mueve siempre en sentido pendular. Hay momentos políticos propicios para ampliar el catálogo de derechos y para profundizar los ya reconocidos. Hay otros momentos históricos de resistencia, en los cuales la tarea es protegerlos, lo cuál también significa lucha en pos de ello. Los derechos humanos no se asientan sobre las supuestas sólidas bases de la civilización moderna sino sobre las movedizas arenas de la política y la economía, en la que los poderes fácticos están siempre al acecho para aumentar sus privilegios, lo que implica siempre restringir derechos, a diferencia de éstos, que tienen la potencia de ser con otros para, precisamente, h oradar los privilegios. Si los derechos potencian la igualdad, los privilegios no sólo producen desigualdades sino que también las anquilosan.

La dimensión histórica de los derechos humanos permite comprenderlos desde un paradigma crítico que supere la discusión entre iusnaturalistas, positivistas y constructivistas e impulsar una manera de transmisión del pasado no como la invocación vacía de un recuerdo sino con la potencia de inspirar nuevas luchas. Parafraseando a la tesis onceava de Marx sobre Feuerbach, el carácter histórico no sólo tiene el sentido de interpretar el mundo, sino que nos interpela a transformarlo.

Si la discusión en el pasado fue por el reconocimiento jurídico de los derechos humanos, la tarea urgente del siglo XXI es la lucha para que aquellos derechos consagrados en tratados, convenciones y leyes sean efectivizados.

Adquiere entonces sentido la pregunta ¿qué significa tener un derecho? Ni las posturas más conservadoras y retrógradas en materia de derechos niegan la existencia del derecho, por ejemplo, a una vivienda digna, que tiene la legitimidad de estar incorporado en la Constitución Nacional y en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La contienda que se juega en la arena política y económica es

sobre el rol del Estado en relación a ese derecho. ¿Debe intervenir el Estado para garantizar el acceso a la vivienda o es el mercado quien debe hacerlo? El derecho a una vivienda digna también puede ser interpretado como una obligación negativa del Estado para que no impida que las personas, de manera individual, accedan al derecho. Por ello, en la actualidad, la discusión y la lucha no versan sobre la existencia de los derechos sino por su contenido y su efectividad.

La lucha por los derechos humanos y la responsabilidad

Hemos afirmado que comprender los derechos humanos como conquistas precarias, trae aparejada la obligación moral de protegerlos y ampliarlos y, al mismo tiempo, implica descifrar el acervo inmaterial y común del contenido de los derechos humanos. En ese sentido, Hannah Arendt (2020) distingue la culpabilidad, que es siempre individual y opera con relación a lo que las personas hicieron, de la responsabilidad colectiva que opera por lo que las personas no hicieron o dejaron de hacer.

Arendt plantea que existen dos condiciones para que opere la responsabilidad colectiva: *“primera, debo ser considerada responsable por algo que no he hecho y, segunda, la razón de mi responsabilidad ha de radicar en mi pertenencia a un grupo (un colectivo) que ningún acto voluntario mío puede disolver”* (Arendt, 2020, p. 75). La culpabilidad, tanto jurídica como moral, sólo opera por las acciones propias, no por las acciones de la comunidad. Sin embargo, la responsabilidad colectiva, a la que Arendt también llama indirecta, opera por cuestiones que no hemos realizado y de las que somos inocentes, *“es el precio que pagamos por el hecho de que no vivimos nuestra vida en solitario, sino entre nuestros semejantes, y de que la facultad de actuar, que es al fin y al cabo la facultad política por excelencia, únicamente puede hacerse realidad en alguna de las muy diversas formas de comunidad humana”* (Arendt, 202, p. 89).

Esta idea de Arendt se puede traducir afirmando que la no participación frente al dolor de los demás engendra responsabilidad común.

El concepto de conquistas precarias nos permite conectar los derechos humanos con la idea de responsabilidad colectiva. Somos responsables colectivamente de lo que no hacemos para evitar el sufrimiento de los demás. No basta simplemente con el cumplimiento del precepto liberal de no dañar a otros. Considerando a los derechos humanos como conquistas precarias, ello constituye una condición necesaria pero no suficiente: se requiere, además, un conjunto de acciones colectivas positivas, lo que implica actuar (no simplemente abstenerse de dañar) en favor de la comunidad.

En la misma línea de pensamiento, Byung Chul-Han plantea que toda crítica social debe desarrollar una hermenéutica del dolor, ya que la sociedad en la que vivimos se relaciona profundamente con el dolor (Han, 2021). Si el dolor se vive como individual, como sufrimiento privado, se despolitiza. El triunfo del dispositivo neoliberal se produce no sólo en el plano de las finanzas sino que juega de modo determinante en el plano de la subjetividad: vivir los dolores como sufrimientos privados e individuales impide comprender su dimensión social. El neoliberalismo presenta las carencias como el resultado de la falta de esfuerzos individuales, sin relación con la desigualdad social.

En ese sentido, obstaculiza percibir el proceso de conquistas de derechos ya que, en el origen de los derechos humanos está siempre el sufrimiento. Asumimos el sufrimiento como condición necesaria para el surgimiento del derecho, pero no como condición suficiente: si frente al dolor sólo se ensaya medicina anestésica, psicología positiva, coaching ontológico y motivadores del pensamiento optimista, no existe lugar para las luchas colectivas que, animadas por el sufrimiento, son las que exigen la conquista de nuevos derechos humanos o resisten su arrebato.

Susan Sontag, por su parte, plantea que *“la compasión es una emoción inestable. Necesita traducirse en acciones o se marchita. La pregunta es qué hacer con las emociones que han despertado, con el saber que se ha comunicado.”* (Sontag, 2003, p.44). Pensamos que la respuesta es que las acciones que producen derechos son las colectivas, motivadas no sólo en el dolor sino en la politización de ese dolor. En términos de Nancy Fraser (2008) implica asumir colectivamente la injusticia de ese sufrimiento y de construir reclamos comunes y organizados en torno al reconocimiento cultural, la redistribución económica y la representación política.

El reconocimiento cultural implica la reivindicación de las diferencias y la lucha por la aceptación de colectivos de la diversidad/disidencia sexual, étnica o racial que no quieren pagar el precio de la asimilación por el respeto. La redistribución socioeconómica comprende las viejas luchas de clases por el reparto de la riqueza, y la representación política es la que permite que las luchas sociales se expresen en la arena pública. Para Fraser: *“Plantear la disyuntiva entre la política de redistribución y la política de reconocimiento es plantear una falsa antítesis. Hoy día, la justicia necesita ambas.”* (Fraser, 2008, p. 98). Así, podemos distinguir los derechos humanos que se refieren al reconocimiento cultural, como por ejemplo el matrimonio igualitario y derechos humanos que se refieren a la redistribución económica, como la limitación de la jornada laboral a ocho horas. La justicia será posible cuando se reconozcan y efectivicen ambas categorías de derechos humanos.

A modo de conclusión

Pensamos que la construcción de un concepto de derechos humanos vinculado al de conquistas precarias nos permite superar las fundamentaciones tradicionales basadas en el derecho natural, en una moral construida racionalmente con pretensión de universalidad o la que sostiene que los derechos humanos existen a partir del reconocimiento jurídico. Estas posiciones tienden a crear una falsa sensación de seguridad y tranquilidad en torno a los derechos humanos, ya que parecerían no depender de las acciones del presente. Si la existencia de los derechos humanos depende del sólo hecho de ser humanos o de una moral universal construída racionalmente, se presentan como indestructibles. Del mismo modo, si dependieran exclusivamente de su reconocimiento jurídico positivo, podríamos creer en su fuerza arrolladora cuando éstos son constitucionalizados. Sin embargo, la violación cotidiana de los derechos humanos en un contexto de absoluta precariedad nos obliga a construir otras nociones que tengan la potencia de interpelar en el presente. Ni una moral concebida como

universal ni el derecho positivo aseguran la efectivización de los derechos, más allá que ambas son utilizadas con mayor o menor éxito por el activismo.

El concepto de conquista precaria en relación a los derechos humanos, nos permite interpelarnos permanentemente ya que su goce efectivo no sólo depende de lo que otras personas hicieron para conquistarlos, sino de lo que hacemos cotidianamente para protegerlos y ampliarlos o, su contrapartida, de lo que no hacemos.

Como dice Baldovin... *”hay un momento preciso para transformar en fusiles las palabras para sembrar la esperanza allí donde crecía el llanto.”*

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDDT, H. (2020). *Responsabilidad personal y colectiva*. Página Indómita.
- BALDOVIN, G. (2018). *Mi signo es del fuego. Poesía completa*. Caballo Negro Editora.
- COPPOLA, P. Y CRISAFULLI, L. (2022). *Sistema penal y derechos humanos. Interpelaciones al poder*. Editores del Sur.
- CRISAFULLI, L. (2016). (ED.). *Derechos humanos y poder. Conversaciones con Eugenio Raúl Zaffaroni*. Editorial Filosofía y Humanidades.
- CRISAFULLI, L. (2018). *Derechos humanos. Praxis histórica, vulneración, militancias y reconocimiento*. Editores del Sur.
- FRASER, N. (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo. Nueva Época*, 4(6), agosto–diciembre.
- HAN, B. C. (2021). *La sociedad paliativa*. Herder.
- NINO, C. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.
- SONTAG, S. (2003). *Ante el dolor de los demás*. Santillán Ediciones Generales.
- WOLKMER, A. C. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Akal.
- ZAFFARONI, E. R. (2002). *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*. Taurus.





Autora:

Lucía Inés Gómez Fernández

Abogada (UBA) especialista en Derechos Humanos. Docente adjunta de “Derechos Humanos y Garantías” (UBA) y titular de “Protección Internacional de los Derechos Humanos” (UNLA). Asesora jurídica y abogada querellante de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Doctoranda en Derecho Internacional (UBA).

lgomezfernandez@derecho.uba.ar

LA ÚLTIMA DICTADURA CÍVICO-MILITAR EN ARGENTINA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UNA MIRADA JURÍDICA DEL “NO FUE UNA GUERRA”

Por Lucía Inés Gómez Fernández

Introducción

Este artículo parte del registro de la existencia de numerosos trabajos históricos y sociológicos relativos a los hechos ocurridos en la época de la última dictadura cívico-militar. Desde esas disciplinas, se ha intentado echar luz sobre el accionar de las organizaciones armadas y no armadas que protagonizaron esos años, y sobre la respuesta estatal que recibieron (García P., 1995; Carnovale, 2010; Franco, 2014; Pacheco, 2014; Feierstein, 2015; Pozzi, 2022, entre muchos otros).

No obstante, y a pesar de que han transcurrido dos décadas desde la reapertura de los procesos judiciales por las responsabilidades penales derivadas de aquellos, no se ha profundizado sobre algunas aristas de su calificación jurídica internacional, al menos no de manera acabada, conteste y generalizada.

En lo que sigue, se hará un repaso de los principios aplicables al tema, junto con las fuentes que los recogen, y se realizará el análisis de subsunción jurídica de los hechos armados del período que se inicia con el denominado “Operativo Independencia”¹ y culmina con la asunción del gobierno de Raúl Alfonsín en 1983.

¹ El recorte temporal estudiado se inicia con el “Operativo Independencia” y no con el golpe de Estado, dado que se sostiene con Jemio (2021) que allí comenzó la política institucional de desaparición de personas y se modificaron las formas represivas estatales. Dicho operativo fue un plan del Ejército y la Fuerza Aérea que se desplegó en Tucumán al amparo del Decreto Nº 261/75 del 05/02/1975, con el objetivo de “aniquilar” a las organizaciones establecidas en las zonas rurales de la provincia, principalmente el PRT-ERP. El 9 de febrero se produjo la ocupación militar con el desembarco de 1500 soldados y el establecimiento del Comando Táctico de Acdel Vilas en la Comisaría de Famaillá, y se llevó a cabo entre 1975 y 1977.

Los conflictos armados no internacionales

La delimitación de la existencia de un CANI² resulta de importancia, pues de ello se deducirá el *corpus iuris* aplicable a los hechos bajo estudio y la subsiguiente atribución de responsabilidades penales y reparatorias por las consecuencias jurídicas de los hechos lesivos producidos; a lo que cabe agregar su potente valor simbólico.

Ahora bien ¿qué implica el análisis jurídico a la luz del derecho internacional humanitario (DIH), que introducimos en el título de este artículo? Una de las fuentes principales de esta disciplina, que codificó la costumbre internacional existente, está conformada por los IV Convenios de Ginebra de 1949. Su Protocolo Adicional II, junto al artículo 3 común a los IV Convenios, interpela a los combatientes de los conflictos armados no internacionales. En lo que aquí interesa, el Protocolo II describe cuáles son los elementos que tienen que verificarse para que exista un CANI³, que son aquellos que se desarrollan entre un Estado y fuerzas disidentes o entre éstas, quienes, “bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. En el inciso 2, se aclara que el Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no constituyen conflictos armados.

Por su parte, el artículo 3 común a los IV Convenios de Ginebra únicamente hace referencia a los conflictos que no sean de índole internacional y se lleven a cabo hacia el interior de una parte contratante.

Asimismo, el derecho convencional hace una distinción entre los CANI en el sentido del artículo 3 común o según la definición contenida en el artículo 1 del Protocolo adicional II. Para que un grupo armado no estatal sea considerado parte en un conflicto, el artículo 3 común no exige ningún reconocimiento de beligerancia por parte del Estado adversario ni tampoco apoyo popular, control territorial o motivación política. Sin embargo, el concepto de “parte en un conflicto armado” supone un nivel mínimo de organización sin el cual las operaciones militares coordinadas y el cumplimiento general del DIH no serían posibles. Asimismo, los enfrentamientos no internacionales siempre deben implicar un nivel de violencia que alcance cierto umbral de intensidad. No obstante, a pesar de que no hay una exigencia explícita en el artículo 3 común, para Kai Ambos (2011) la existencia de control territorial, del poder de actuar como un Estado, es determinante para la aplicación de los Convenios de Ginebra. De igual manera, en el informe de la Unidad Fiscal sobre la causa *Larrabure* se establece que: “... cuando la fuerza que impulsa la política de terror y/o persecución no sea la de un gobierno, debe verificarse el requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él...”⁴.

2 Sigla de Conflicto Armado No Internacional.

3 Allí se establece en el artículo 1.1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12/08/1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), suscripto el 08/06/1977.

4 Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, elaborado para la causa “Larrabure, Argentino del Valle s/su muerte”, 20/11/2007, fojas 276/289.

La teoría del Estado nos enseña que un Estado está compuesto por un territorio en el que existe una población y en relación con la cual se estableció un gobierno. A lo largo de la historia, variadas organizaciones han logrado ostentar un poder equiparable al de un Estado, es decir, un gobierno con un mando organizado con posibilidad de controlar un territorio poblado, a través del monopolio de la fuerza física, y con capacidad para realizar actividades militares sostenidas en el tiempo; las cuales, comúnmente, han perseguido el objetivo de establecerse como nuevo gobierno de un Estado, o de inaugurar uno diferente en dicha parte del territorio. Un ejemplo claro en América Latina es el caso de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), cuanto menos en algún momento de su historia⁵.

Para Melzer (2019) la diferencia más importante radica en el umbral de violencia requerido para que una situación pueda considerarse conflicto armado al interior de un Estado. Dado que el *jus ad bellum* impone una prohibición general del empleo de la fuerza entre Estados, cualquier uso que se haga de ella podría llevar a presuponer, legítimamente, la expresión de una intención beligerante y la creación de una situación de conflicto armado internacional, que debe ser regido por el DIH. En cambio, dentro de su propio territorio, los Estados pueden emplear la fuerza contra grupos o individuos para hacer cumplir la ley –con los límites dispuestos por esta–; mientras que el uso de la fuerza por parte de esos grupos o individuos corresponde al ámbito del derecho penal interno. Por lo tanto, el umbral de violencia que se requiere para que surja un CANI es mucho más alto que el exigido para los conflictos armados internacionales. Para Salmón (2012) el verdadero criterio diferenciador es la calidad de los sujetos que se enfrentan. Esto va a determinar si el conflicto, más que afectar o encontrarse prohibido por el orden internacional, resulta contrario al ordenamiento jurídico del Estado por alterar su orden interno.

En resumen, para la configuración de un CANI resulta necesario que el grupo armado que se enfrente a un Estado ostente (1) un grado elemental de organización, que permita diferenciarlo de otro tipo de entidades que recurren a acciones violentas en el marco de situaciones exclusivamente internas (Pictet, 1952; Moir, 2002)⁶ y (2) un mínimo umbral de intensidad, que habilite la distinción de situaciones de tensiones y disturbios interiores, que no pueda controlarse mediante la actividad policial habitual de tiempos de paz, sino que necesite de la intervención de las Fuerzas Armadas⁷. La jurisprudencia internacional relevada es conteste en señalar estos dos elementos⁸.

Dada la gran variedad de situaciones de violencia sin carácter internacional, su clasificación como conflicto armado siempre dependerá de una evaluación exhaustiva

5 Corte Constitucional de Colombia. Causa T-025 de 2002. Sentencia C-291 de 2007.

6 Los criterios para evaluar el nivel de organización, de acuerdo con el CICR, son diversos: la existencia de una estructura con reglas y mecanismos disciplinarios al interior del grupo y de una sede; la habilidad de poseer, transportar y distribuir armas, de coordinar y llevar a cabo operaciones militares que incluyan el movimiento de tropas y logística y, finalmente, de negociar y concluir acuerdos de cese al fuego o de paz (CICR, 2011; Sivakumaran, 2012).

7 Los elementos indicativos para determinar el nivel de intensidad incluyen: el número de enfrentamientos y la duración e intensidad de cada uno de ellos, el tipo de armas y de otro equipamiento militar utilizado, el número y el calibre de las municiones utilizadas, el número de personas y los tipos de fuerzas que participan en los enfrentamientos, el número de bajas, la extensión de la destrucción material, el número de civiles que huyen de las zonas de combate y la eventual intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La utilización de violencia armada prolongadamente se relaciona con la intensidad del conflicto (CICR, 2011).

8 Entre muchos otros, pueden verse el leading case del TPI para la antigua Yugoslavia, Sala de Juicio, “Fiscal c. Dusko Tadić”. Sentencia del 07/05/1997, párr. 561; “Fiscal c. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu”, Sala de Juicio II, Caso N° IT-03-66-T. Sentencia del 30/11/2005, párr. 175; “Fiscal c. Mile Mrk[ic Veselin Šljivančanin”. Sentencia del 05/05/2009, párr. 456.

de las circunstancias específicas y no de una definición uniforme; en particular, para los casos con un bajo nivel de intensidad; asimismo, siempre será una cuestión de hecho y no dependerá de las consideraciones políticas de las partes de que se trate (Guariglia, 2011; Melzer, 2019).

Análisis del caso argentino

a. Capacidad militar. La intensidad de las hostilidades.

La cantidad de miembros de las organizaciones armadas resulta relevante para medir su capacidad. Es difícil arrojar un dato preciso, dado que dichos grupos tenían estrecha vinculación con partidos políticos que les servían de base y, a su vez, contaban con miembros simpatizantes no orgánicos. Además, este número fluctuó durante la vida de las organizaciones; las cuales, asimismo, sufrieron fusiones, escisiones y reorganizaciones.

El historiador Prudencio García (1995) elaboró una estimación del número de miembros armados y no armados de las organizaciones, tras recuperar el trabajo de Frontalini y Caiati (1984) quienes, a su vez, realizaron su análisis a partir de documentos incautados a las propias organizaciones. Para dichos autores, en la época de mayor apogeo, los militantes de Montoneros y el ERP, en conjunto, no llegaban a los 2000 miembros estables, de los cuales sólo un 20% estaba armado. El momento de mayor fuerza de Montoneros está situado entre julio y septiembre de 1975, con un total de entre 600 y 800 miembros armados. En sintonía, el exmilitar D'Andrea Mohr (1998) consideró que el ERP y Montoneros no llegaban a 800 integrantes armados. Por su parte, Anguita y Caparrós (1997) calculan una cifra de 1500. Para Caviasca (2011) el ERP no alcanzó más de 500 combatientes y, el Ejército montonero, no superaba en mucho los 1000 integrantes.

Por otro lado, en abril de 1983, bajo la presidencia de Reynaldo Bignone, la Junta de Comandantes elaboró un *Documento final*⁹, con el que pretendía dar por cerrada toda revisión del pasado y que, entre otras cuestiones, afirmaba que “los subversivos” habían contado con 25.000 militantes, de los cuales 15.000 habían sido combatientes. Esta suerte de exageración en el número de militantes y combatientes -si se lo compara con las otras estimaciones- tenía el propósito de justificar la masacre perpetrada por el régimen militar, cuyos objetivos se revelaron, más temprano que tarde, mucho más amplios que el alegado propósito de desarticular la violencia armada. De hecho, el Círculo Militar (1998) consideró que, hacia 1974, el ERP tenía 3000 miembros en todo el país y que, en Tucumán, habían operado 450¹⁰.

El segundo tópico que resulta importante señalar es el relativo no ya a la cantidad sino a la capacidad militar de las organizaciones. A la pregunta sobre su potencial para marzo de 1976, no resulta útil responder con las acciones llevadas a cabo en 1973, como claramente lo señaló el Tribunal de San Martín en la causa *Contraofensiva*¹¹,

9 *Documento Final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo*, difundido en abril de 1983.

10 Sobre una población de alrededor de 25 millones de personas en 1975, 3000 combatientes no alcanzan si quiera el 0,1% de la población. Si tomamos la cifra abultada aportada por Bignone de 25.000 militantes, recién ahí alcanzamos la representación del 0,1% de la población.

11 Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 4 de San Martín, causa *Contraofensiva*, expte. FSM 27004012/2003/TO12 (registro interno N° 3622) y su acumulada FSM 27004012/2003/TO26 (registro interno N° 3623). Sentencia del 10/07/2021, p. 1593.

dado que las FFAA entendieron en marzo de 1976 que el recurso a la fuerza armada se justificaba por la existencia de un grupo armado combatiente al cual no podía hacerse frente con las fuerzas de seguridad.

No obstante, de acuerdo al informe referido a las organizaciones insurgentes en general, elaborado en enero de 1976 por Jorge R. Videla -en ese entonces comandante en jefe del Ejército-, y que se originó tras el frustrado “copamiento” por parte del ERP del Batallón “Domingo Viejobueno” de Monte Chingolo, las organizaciones guerrilleras se encontraban ante una “impotencia absoluta” en cuanto a su “presunto poder militar”. Se señalaba que se había demostrado repetidamente “la incapacidad de los grupos subversivos para trascender en el plano militar”¹². Esta declaración nos da una idea de las reales características y estado de las organizaciones de la época, dos meses antes de que se produjera la ruptura del orden constitucional. En la misma sintonía, en 1975, el brigadier Raúl Lacabanne, quien fuera miembro de la Fuerza Aérea Argentina e interventor de la provincia de Córdoba, declaraba: “Hemos terminado con la guerrilla” (Papalardo, 2024, T.II).

La literatura sobre el tema coincide en que la acción de Monte Chingolo, sucedida en 1975, representó un duro golpe para el ERP. Esto incluye a la mayoría de sus máximos cuadros, y a la postrer deriva en el colapso de la organización (Plis Steremberg, 2003). Concuera el historiador Alain Rouquié (1982) cuando sostiene que el ataque a la guarnición de Monte Chingolo constituyó la última de las operaciones contra objetivos militares.

De manera equivalente, en octubre de 1975 Montoneros fracasó en una de sus operaciones militares más importantes, el “copamiento” del Regimiento Nº 29 de Infantería de Monte de Formosa. Para Carassai (2010), ello demostró “sus limitaciones organizativas” y, al mismo tiempo, “exhibían la inferioridad militar de la guerrilla respecto del Ejército...”. Gilly (1984:20) afirma que las organizaciones, para esa fecha, “planteaban al Estado un problema estrictamente policial, no militar”.

En adelante, tanto el ERP como Montoneros se limitaron a realizar atentados aislados contra instalaciones de las fuerzas o contra sus oficiales. Señala el exdirigente guerrillero Torres Molina (2023) que de ahí se desprende la ferocidad de la represión dirigida al conjunto de la población, sin considerar que las guerrillas habían sido derrotadas políticamente en 1972, cuando se consolidó la salida electoral; y militarmente en 1975, con las derrotas sufridas en los últimos meses de ese año.

Por otro lado, el trabajo de Juan Carlos Marín (1996), entre otros, deja en evidencia, a través del análisis estadístico, que las organizaciones armadas se encontraban en situación de desarticulación para el año 1976. El historiador Prudencio García (1995) sostiene que, cuando se produjo el golpe de marzo de 1976, tanto el ERP como Montoneros se habían replegado, y por ello se dificultó buena parte de su comunicación con las bases. Así también, Seoane y Muleiro (2001:220) refieren que las guerrillas más importantes, para la fecha del golpe, conservaban únicamente “cierto episódico

12 Informe del Comando General del Ejército. Difundido por el diario Clarín, 31/01/1976.

poder de fuego” y que “ya no eran capaces de azuzar una resistencia de masas contra el nuevo gobierno”¹³.

Además, puede destacarse el hecho de que desde finales de 1976, se produjo la retirada de los dirigentes y militantes históricos de Montoneros al extranjero, en virtud de la situación represiva de ese año. Según estimaciones de inteligencia militar, un año y medio después del golpe, la organización no contaba con más de 581 militantes, de los cuales un poco menos de la mitad había abandonado el país para eludir la represión estatal (Confino, 2018).

Respecto de la intensidad de las acciones, y si tomamos el período analizado como un todo, lo primero que cabe decir es que no existió violencia armada prolongada de carácter intenso. El accionar de las organizaciones puede ser estudiado por etapas, según los distintos fines buscados. Las primeras acciones pueden ser calificadas como de “propaganda armada”, ya que tenían que ver con darse a conocer. En ellas, se exhibían cuáles eran sus objetivos, y también se abastecían de dinero y armamento (Volonté, 2008; Pozzi, 2022; Torres Molina, 2023). Estas acciones podían ser de alta intensidad, como el asalto a un cuartel militar (como los casos de Azul, Buenos Aires; y Villa María, Córdoba, por parte del ERP o el Regimiento de Infantería 29 de Formosa, por parte de Montoneros); o de baja intensidad, como el atraco a un camión militar o a un banco. Los “copamientos” de pueblos (como el de La Calera, Córdoba, por parte de Montoneros o el de Acheral en Tucumán, por parte del ERP) o de instituciones (como comisarías o fábricas), en general realizados sin víctimas, también tuvieron el objetivo de mostrarse y señalar a sus enemigos.

Los hechos más graves e intensos en términos militares están constituidos por los ataques a guarniciones militares o policiales, los secuestros extorsivos y los asesinatos¹⁴. Los ataques a cuarteles (como los siete realizados por el ERP) o a instituciones policiales (como la bomba colocada por Montoneros en la Superintendencia de Seguridad Federal) tuvieron como norte el aprovisionamiento de armas y, también, la exhibición de capacidad militar. Al margen de los objetivos propuestos, se destaca el hecho de que todos ellos finalizaron con gran pérdida de miembros para las organizaciones y, en promedio, muy poco significativas bajas para las FF.AA.

Los asesinatos estuvieron mayormente dirigidos a personal de las Fuerzas Armadas o de Seguridad. En general, en estos casos, las agrupaciones se atribuyeron los hechos desde sus periódicos y explicaron las razones por las cuales habían llegado a ese resultado. Se trataba de efectivos señalados como responsables de torturas, proscripciones y persecuciones políticas, entre otros.¹⁵ En

13 Numerosos investigadores coinciden con que el potencial militar de las organizaciones era prácticamente inexistente para marzo de 1976 y su capacidad operativa se limitaba a la realización de hechos aislados y esporádicos (Feierstein, 2007; Carnovale, 2010; Vitar, 2019, entre otros).

14 Han estudiado las distintas etapas político militares y los hechos armados, entre otros: Gillespie (1987); Gorriarán Merlo (2003); Plis Steremberg (2003); Larraquy (2007); Volonté (2008); Gasparini (2008); Celesia y Waisberg (2010); Perdía (2013); Pacheco (2014); De Santis (2015); Carnovale (2020); Papalardo (2024); Pozzi (2022). En relación con los secuestros, bien dice Carnovale (2020) que, en tanto práctica, no han sido estudiados, constituyendo un “vacío historiográfico”, con la excepción parcial de menciones a casos puntuales en artículos y tesis (Yurkievich 2012, Ducid 2017, Stavale 2018) y por la reconstrucción en clave periodística de casos resonantes (O’Donnell 2016, Larraquy 2007).

15 La excepción a ello la constituye la ejecución de nueve miembros del Ejército al azar, producto de una represalia por las 16 perso-

lo que respecta a los civiles fallecidos que no fueron objetivos de las guerrillas, su muerte resultó accidental. En ocasiones, se trató de familiares de los blancos de los ataques o vecinos de estos.

En los casos de los secuestros extorsivos, la enorme mayoría apuntó hacia empresarios de alto nivel gerencial; de compañías en conflicto con sus trabajadores, y de miembros de la burocracia sindical, representantes de la “derecha peronista”. Resulta claro, frente al estudio de casos, que ninguno de estos tuvo como finalidad el asesinato de las víctimas, con la excepción del caso del exdictador Pedro Eugenio Aramburu. Aquellos que concluyeron con un homicidio fueron una muy pequeña proporción; que se debió a que el escondite había sido hallado por las FFAA, o a alguna otra cuestión accidental (Carnovale, 2020).

Por último, otra variable de análisis que se puede utilizar para medir la intensidad es la cantidad de víctimas o la extensión de los daños materiales. Tras el análisis de una serie de órdenes secretas que recoge y analiza el exmilitar D’Andrea Mohr (1998) concluye que, si uno suma los muertos atribuidos a la guerrilla, son 734 desde 1970 y hasta el final de la dictadura. Desde el 24/03/1976, los muertos son sólo 56. Sin embargo, los desaparecidos después de 1976 alcanzan el 94% del total.

El Círculo Militar en su publicación *In memoriam* (1998) contabilizó una cifra que no alcanza el número de 500 efectivos fallecidos, incluso tras considerar episodios ocurridos en fechas muy anteriores y posteriores al recorte temporal trabajado; y con una cantidad importante de hechos cuya atribución de responsabilidad es dudosa. Por su parte, la publicación de Villarruel y Manfroni del CELTYV (2014) hace referencia a 1094 pérdidas de civiles y a un número de 653 miembros de las Fuerzas, además de otras cifras genéricas en las que se incluyen víctimas potenciales y hechos de distintas características.

b. Mando responsable. Organización de las fuerzas disidentes.

En cuanto a la referencia a un mando responsable inserta en el Protocolo II, apunta a un nivel importante de organización de las tropas y a la existencia de reglas al interior de estas. No obstante, no se trata aquí de imponer a todas las partes enfrentadas los patrones jerárquicos de una organización militar, sino de la existencia de una organización suficiente que permita concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, una disciplina en nombre de una autoridad de hecho (Salmón, 2012).

Es posible sostener que tanto el ERP como el Ejército Montonero tenían grados de organización interna que podrían llegar a satisfacer algunos de los indicadores, aunque solo en algunos períodos de su existencia y desarrollo. Por ejemplo, contaban con estructuras de comando jerárquicas, con cierta división en áreas; tenían reglas y pautas disciplinarias que -en líneas generales- se cumplían y se hacían cumplir; como la llamada “compartimentación” y el “tabicamiento”. También existía una estrategia política unificada, con representantes y voceros. Ahora bien, no es posible

nas asesinadas en Catamarca, en el hecho conocido como “Masacre de Las Palomitas”. La acción vindicativa se suspendió cuando falleció la hija de Humberto Viola en el atentado dirigido a este. Gorriarán Merlo (2003) se refiere a estos acontecimientos.

afirmar que la capacidad de abastecerse con equipamiento, uniformes y armas y el financiamiento y aprovisionamiento hayan sido suficientes y sostenidos en todas las etapas de existencia de las organizaciones armadas. La habilidad para reclutar y entrenar miembros tampoco fue continua, aunque sí haya sido efectiva en ciertos lapsos (Pozzi, 2022); no obstante, el entrenamiento militar estuvo dirigido a un porcentaje mínimo del total de esos integrantes (Larraquy, 2007; Gutman, 2012; Torres Molina, 2023).

c. Control territorial

Según el Protocolo II y parte de la jurisprudencia estudiada, resulta necesaria cierta estabilidad en el control de una porción del territorio que, aunque sea modesta, permita aplicar efectivamente el Protocolo Adicional II (Salmón, 2012).

Consideramos que las organizaciones Montoneros y ERP no contaron con el control de ninguna porción del territorio argentino que habilitara el rótulo de CANI. Más aún, ni siquiera los miembros de las FFAA de entonces se atrevieron a sostener que ya no eran capaces de controlar o de ejercer su jurisdicción sobre alguna parte del territorio argentino, en su calidad de brazo armado del Estado; tal como vimos más arriba en relación con los dichos del ex dictador Videla. En la misma línea, se dijo en la causa *Larrabure* que: “...no existen elementos para afirmar que el PRT-ERP o alguna otra organización armada de la década del 70 haya tenido control territorial...”¹⁶

Cuando se analiza este punto, suele citarse la experiencia tucumana como caso paradigmático de control territorial por parte de las organizaciones armadas, ya que en 1974 el ERP instaló en el sur tucumano la Compañía del Monte “Ramón Rosa Jiménez”. Lo cierto es que el PRT-ERP venía desarrollando en Tucumán un trabajo político y sindical desde la década del 60, con base en los pueblos y localidades del sur de la provincia; la mayoría de ellas, relacionadas con la producción azucarera, sector que había sufrido las políticas liberales de la dictadura de Juan Carlos Onganía (Garaño, 2021).

La instalación de la “Compañía del Monte” por parte el ERP a principios de 1974 tuvo 50 miembros permanentes, y un máximo de 100 miembros implicados (Gutman, 2012; Vitar, 2019; Taire, 2021; Caiati y Frontalini, 1985). En cambio, el Ejército dispuso una verdadera ocupación territorial con estricto control poblacional (Vitar, 2019; Garaño, 2021). Para Nassif (2021), resulta absurdo equiparar la capacidad operativa de más de 5000 militares respecto de un núcleo de no más de 50 miembros del ERP.

Los investigadores han coincidido en que en el “Operativo Independencia” predominaron las emboscadas y los encuentros casuales (Gutman, 2012). El propio González Breard (1999) -jefe de Inteligencia durante el operativo, entre 1975 y 1976- sostuvo que, salvo el caso del llamado “Combate de Manchalá” y el del arroyo San Gabriel, no hubo “grandes combates con enfrentamientos

16 Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, elaborado para la causa “Larrabure, Argentino del Valle s/su muerte”, 20/11/2007, fojas 276/289.

de fuerzas importantes”, sino “combates de encuentro y emboscadas”. Cabría aclarar que, en el caso del hecho acontecido en el arroyo San Gabriel, se verificó un tiroteo y no se produjo ninguna víctima por parte del Ejército (Taire, 2021).¹⁷

Como puede deducirse, en Tucumán, los supuestos enfrentamientos y combates no produjeron un número significativo de víctimas. Muchas más fueron ocasionadas en circunstancias accidentales, como las caídas de helicópteros, o como aquel episodio producido cuando una ambulancia militar que se dirigía a Caspinchango pasó por una alcantarilla y detonó explosivos, tras lo cual murieron cuatro efectivos (Gutman, 2012; Taire, 2021). Tomemos otro ejemplo: el llamado “Combate de Acheral”, definido como “el más encarnizado y prolongado” (Círculo Militar, TI: 201), y que consistió en el vuelo de un helicóptero en zona de cañaverales, el cual recibió varios disparos. Allí murieron tan solo un cabo y, a cambio, trece guerrilleros.

Como puede observarse, no es posible sostener que las acciones del ERP hubieran inhibido a las fuerzas regulares del Estado de ejercer jurisdicción territorial en la zona ya que, de hecho, pudieron desbaratar la acción armada más importante, situada en el paraje de Manchalá (Gutman, 2012); y a su vez, desplegar una importante ocupación territorial (Jemio, 2021). A ello se suma, en razón de lo que pudo probarse en las causas judiciales sobre estos hechos, que la gran mayoría de las víctimas fueron obreros y jornaleros del sur tucumano y no “combatientes” (Vitar, 2019).

Respecto del grupo Montoneros, no hallamos si quiera señalamientos de las FFAA en relación a un dominio político similar al de un Estado sobre un territorio determinado.

A modo de cierre

En virtud de lo antedicho, se afirma que no es posible calificar a los hechos acontecidos en el período estudiado como un CANI.¹⁸ Tal como fue expuesto, si bien es cierto que Montoneros y el ERP tuvieron grados importantes de organización de tipo militar y, en algunos momentos de su desarrollo, mostraron habilidad para reclutar miembros y abastecerse de dinero, de armas y otros pertrechos, ello no fue suficiente para alcanzar una organización y una capacidad militar tal que les permitiera llevar adelante violencia armada de tipo prolongada. Los hechos de intensidad considerable parecen haber sido aislados y esporádicos, llevados a cabo durante periodos que no fueron homogéneos, sino signados por los vaivenes de la coyuntura política. En cantidad, predominaron las acciones de baja intensidad; de tipo propagandístico, de aprovisionamiento o de poca importancia en términos militares, aunque pudieran haber sido graves desde otros puntos de vista.

Además, las fuentes consultadas han mostrado que el ERP no ejerció control territorial en Tucumán, sino que lo que allí sucedió fue una ocupación por parte del Ejército, para perseguir a unos cincuenta militantes internados en la selva, con otro

17 Los propios relatos de fuentes militares acompañan la lectura que proponemos. Por ejemplo, el llamado “Combate de Pueblo Viejo” fue descrito como un hecho donde el teniente que marchaba como punta de infantería “descubrió un subversivo en la senda montuosa; de inmediato se inició el combate y se lanzó en su persecución (...)”. El resultado fue un muerto y cuatro heridos (CM, Tomo I: 189). Otro “combate”, el de Potrero Negro, terminó con el fallecimiento de dos miembros del Ejército “en un enfrentamiento”. Similar situación se dio en el “Combate de Arroyo Fronteritas”, con tres fallecidos en un “enfrentamiento nocturno”.

18 Cuanto menos, hasta el estadio actual de la presente investigación doctoral en curso.

puñado de miembros brindándoles apoyo logístico en los alrededores. El resultado del encuentro entre el ERP y el Ejército fueron apenas una serie de episodios de escasa magnitud militar.

Es posible comprender que las organizaciones armadas llevaron a cabo acciones que llamaban la atención de la ciudadanía por su puesta en escena pero, sobre todo, por la forma en la que posteriormente era construido el relato bélico heroico, propagado a través de sus órganos de difusión y de las distintas estrategias de propaganda armada. Si a ello le sumamos el atractivo de una figura como el “Che” Guevara, una gesta como la Revolución Cubana y unos procesos históricos como los de Argelia y Vietnam, cargados también de componentes épicos, resulta comprensible que existiera en ellos la convicción de una victoria militar como destino manifiesto, como camino ineludible hacia una sociedad más justa e igualitaria. Por el otro lado, las FFAA habían sido formadas para creer que había una guerra que pelear, para considerar a los militantes –armados y no armados- enemigos de los “valores occidentales y cristianos”, al calor de la “doctrina de la seguridad nacional” y tributaria de la “Guerra Fría”. No obstante, como se ha referido, la normativa y la jurisprudencia en la materia nos enseñan que la autopercepción de los participantes es irrelevante a los efectos de determinar la calificación jurídica de los hechos en cuestión como CANI.

Finalmente, si se descarta la hipótesis bélica, ello nos permite descubrir las verdaderas razones de la ruptura del orden constitucional. Si bien las Fuerzas Armadas invocaron el propósito de la “lucha contra la subversión” como excusa para la instauración de un nuevo orden -proceso que se inició en 1975 con el “Operativo Independencia” desplegado en Tucumán- a esta altura es claro que perseguían en realidad el disciplinamiento de una sociedad altamente movilizada desde décadas antes, y en su momento de mayor ebullición. Los sectores que instigaron, apoyaron y fueron partícipes del régimen pretendían, asimismo, la implementación de determinadas políticas económicas alineadas a sus intereses.

Si hubo una guerra entonces, esta fue eminentemente ideológica y cultural; pero el estudio de ella excede el objeto de este trabajo; más bien se deja aquí pendiente para el abordaje de otras disciplinas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. (2011). *Nociones Básicas del Derecho Internacional Humanitario*. Tirant Lo Blanch S.L.
- ANGUITA, E. y CAPARRÓS, M. (2013). *La voluntad*. Tomo III. Ed. Planeta, BA.
- CAIATI, M. y FRONTALINI, D. (1984). *El mito de la "guerra sucia"*. Ed. CELS, BA.
- CARASSAI, S. (2010). "Antes de que anochezca. Derechos humanos y clases medias en argentina antes y en los inicios del golpe de estado de 1976". *Revista América Latina Hoy*, Vol. Nº 54. Universidad de Salamanca, España.
- CARNOVALE, V. (2011). *Los combatientes. Historia del PRT-ERP*. Siglo XXI ed., BA.
- CARNOVALE (2020). Las "cárceles del pueblo". Los secuestros de la izquierda armada argentina (1970-1977). *Revista Postdata*. Vol. Nº 25, Nº 1, BA.
- CAVIASCA, G. (2011). "La cuestión militar y las organizaciones guerrilleras argentinas", en *Revista latinoamericana de sociología de la guerra*. Año I, Nº 2. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), BA.
- CELESIA, F. y WAISBERG, P. (2011). *Firmenich. La historia jamás contaba del jefe montonero*. Aguilar ed., BA.
- CONFINO, H. (2018). *La Contraofensiva Estratégica de Montoneros. Entre el exilio y la militancia revolucionaria (1976-1980)*. Universidad Nacional de General San Martín. Instituto de Altos Estudios Sociales, BA.

D'ANDREA MOHR, J.L. (1998). *El escuadrón perdido*. Ed. Planeta. BA.

DÍAZ BESSONE, G. ed. (1998). *In Memoriam*. Ed. Círculo Militar Argentino, BA.

DE SANTIS, D. (2015). *A vencer o morir. PRT documentos. Selección*. A formar filas ed., BA.

FEIERSTEIN, D. (2015). *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Ed. Fondo de Cultura Económica, BA.

FRANCO, M. (2014) “La teoría de los dos demonios, un símbolo de la postdictadura Argentina”. *Revista A Contra Corriente*. Volumen 11, N° 2. Universidad Nacional de San Martín (IDAES-CONICET), BA.

GARAÑO, S. (2021). “Ensayo del terrorismo de Estado en Argentina: el Operativo Independencia (Tucumán 1975-1977)”. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Ravignani”*, BA.

GARCÍA, P. (1995). *El drama de la autonomía militar*. Ed. Alianza, Madrid, España.

GONZÁLEZ BREARD, E. (1999). *La guerrilla en Tucumán. Una historia no escrita*. Ed. Círculo Militar, BA.

GORRIARÁN MERLO, E. (2003). *Memorias de Enrique Gorriarán Merlo. De la década del setenta a La Tablada*. Ed. Planeta.

GILLESPIE, R. (1987). *Soldados de Perón: los Montoneros*. Ed. Grijalbo, BA.

GILLY, A. (1984). *La década trágica*. Editorial Tierra del Fuego, Buenos Aires

- GUARIGLIA, F. (2011). “Crímenes internacionales y actores no estatales”, en *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en Argentina*. CELS. Siglo XXI ed., BA.
- GUTMAN, D. (2012). *Sangre en el monte. La increíble aventura del ERP en los cerros tucumanos*. Ed. DeBolsillo, BA.
- JEMIO, A. (2021). *Tras las huellas del terror: el operativo independencia y el comienzo del genocidio en Argentina*. Prometeo Libros, BA.
- MARÍN, J. (1996). *Los hechos armados. Argentina. 1973-1976. La acumulación primitiva del genocidio*. Ed. P.I.C.A.SO/ La Rosa Blindada, BA.
- MELZER, N. (2019). *Derecho Internacional Humanitario. Una introducción general*. Ed. CICR.
- LARRAQUY, M. (2006). *Fuimos soldados. Historia secreta de la contraofensiva montonera*. Ed. Aguilar, BA.
- MOIR, L. (2002). *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press.
- PACHECO, J. (2014). “Una aproximación a los antecedentes programáticos de la organización político-militar Montoneros”. *Revista de la Sociedad Argentina de Análisis Político*, BA.
- PAPALARDO, H. (2024). *Memorias Militantes. Aportes para una lectura política (1955-1983)*. Ed. Tacuarita, Rosario, Santa Fe.
- PERDÍA, R. (2013). *El peronismo combatiente en primera persona*. Ed. Planeta, BA.

-
- PICTET, J. (1952). *Comentario a la I Convención de Ginebra*. Ed. CICR.
- PLIS STEREMBERG, G. (2003). *Monte Chingolo: la mayor batalla de la guerrilla argentina*. Ed. Planeta, BA.
- POZZI, P. (2022) *Por las sendas argentinas: el PRT-ERP y la guerrilla marxista*. CLACSO ed., BA.
- ROUQUIÉ, A. (1982). *El Estado militar en América Latina*. Siglo XXI ed. (1° ed. Buenos Aires 1984).
- SALMÓN, E. (2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Ed. CICR, Lima, Perú,
- SEOANE, M. y MULEIRO, V. (2001). *El dictador. La historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla*. Ed. Sudamericana, BA.
- SIVAKUMARAN, S. (2012). *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press.
- TAIRE, M. “La guerrilla en el monte tucumano” y NASSIF S. “¿Por qué arde Tucumán? Lucha obrera, hambre y represión en los años sesenta y setenta”, en GARAÑO, S. y BOCANEGRA, A. ed. (2021). *Operativo Independencia. Geografía, actores y tramas*. Ed. Edunt. Tucumán.
- TORRES MOLINA, R. (2023). *Guerrilla urbana 1968-1980*. Ed. De La Campana, BA.
- VILLARRUEL, V. y MANFRONI, C. (2014). *Los otros muertos. Las víctimas civiles del terrorismo guerrillero de los 70*. Ed. Sudamericana, BA.

VITAR, J. (2019). “El operativo independencia en juicio”. *Revista de estudios sobre Genocidio*. Año X, Volumen Nº 14. BA.



Autor:
Daniel Gonzalez Stier

Abogado litigante (socio en Soria & Stier). Magister en DDHH y Sistemas Penales Internacionales (UBA). Doctorando (UBA). Profesor universitario (UBA, UCES) integrante de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos. Ex Defensor General adjunto (Quilmes, Provincia de Buenos Aires).

dgonzalezstier@derecho.uba.ar

EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN DE GENOCIDIOS

Por Daniel Gonzalez Stier

Introducción

El derecho penal no es una herramienta de disuasión ni, en consecuencia, una herramienta de prevención de delitos (Bloxham y Pendas - 2010). Sin embargo, aquí se propone un enfoque distinto sobre la posibilidad de que el derecho internacional penal tenga utilidad para prevenir genocidios.

Esa perspectiva nace desde la definición de la tentativa de genocidio, que se encuentra prevista en la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (artículo 3) y en el Estatuto de Roma (artículo 25.3.f).

Este trabajo tiene el objetivo de proponer una definición de la tentativa de genocidio y mostrar cómo esa definición brindada desde el derecho internacional penal puede ser utilizada por la comunidad internacional, en el marco del derecho internacional público, para prevenir genocidios.

Aquí se exponen algunos resultados de la investigación de la tesis de maestría del autor y su evolución hacia la tesis doctoral.

La metodología aplicada es cualitativa a través del planteo de un problema teórico, el diseño de una alternativa para su solución (Kunz y Cardinaux - 2004) y la búsqueda de una utilidad para el derecho internacional. Ese problema consiste en la determinación de los alcances jurídicos y prácticos de la tentativa de genocidio.

Por ello, la naturaleza de la investigación es esencialmente teórica, aunque las conclusiones encuentran fundamento en indagaciones previas de otros autores de distintas disciplinas que han trabajado de modo empírico.

Planteo del problema

La definición jurídica de la palabra “Genocidio” surge de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, firmada en 1948. Sin embargo, desde su firma no se ha verificado la operatividad del tratado en ninguna de las dos materias contenidas en su nombre: ni en la prevención ni en la sanción.

El uso del derecho penal para intentar prevenir genocidios se desprende de la posibilidad de castigar a quienes cometan acciones previas a la efectiva ejecución de un genocidio: la asociación para cometer genocidio; la instigación directa y pública a cometer genocidio; la tentativa de genocidio; la complicidad en el genocidio (artículo 3). Pese a ello, ni la evolución del derecho internacional penal ni la doctrina de los especialistas han establecido cómo se define, en la práctica, la tentativa de genocidio.

¿Qué es un genocidio?

La palabra “genocidio” y su definición fueron originalmente propuestas por Raphael Lemkin (Lemkin - 2009). Sin embargo, el punto de partida para el desarrollo de este trabajo será la definición jurídica vigente del término, que se desprende del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y del artículo 6 del Estatuto de Roma:

...se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Ahora bien, no puede dejar de mencionarse que la sociología, la historia y el derecho exhibieron desacuerdos respecto de los alcances de la definición y de los términos que ella incluye. Por ello, para el desarrollo de este trabajo se toman elementos que surgen de la criminología del genocidio, elaborados desde la sociología y la historia que permiten completar los vacíos que el derecho no supo o no pudo llenar.

La tentativa de genocidio

El problema para la definición

Si bien la categoría de la tentativa de genocidio está específicamente prevista desde 1948 en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la definición autónoma de la tentativa en el derecho internacional penal debió esperar hasta el Estatuto de Roma de 1998 (artículo 25.3.f):

De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...]

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

La tentativa criminal exige la concurrencia de dos elementos materiales: (a) el “comienzo de ejecución” que se manifiesta por los actos de “carácter sustancial”¹ y debe diferenciarse de los actos preparatorios que no son punibles a través de la figura de la tentativa; y (b) la ausencia de desistimiento voluntario.

El debate más importante del derecho penal en materia de la tentativa radica en la determinación del “comienzo de ejecución”, es decir, el momento en que se abandonan los actos preparatorios y se comienza a ejecutar efectivamente el crimen.

Sobre el punto, Kai Ambos sostiene que, en el caso del genocidio, la responsabilidad criminal por la tentativa aparece tan pronto como cualquier conducta pone en peligro la existencia de un grupo protegido (Ambos - 2013). Paralelamente, en el informe sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio, Whitaker afirmó que

(...) en los casos en que aparecen pruebas de que amenaza un conflicto de genocidio, por el aumento de la represión y un incremento de la polarización, o bien surgen los primeros indicios de un caso inesperado, un sistema eficaz de alerta anticipada podría contribuir a salvar miles de vidas.

El principal problema del estudio de la tentativa aplicada al genocidio radica en que este crimen internacional presenta la estructura de un delito de intención, es decir, “un delito en que predomina la mens rea del autor y prevalece sobre el actus reus” (Ambos - 2006). En efecto, Palmer entiende que un genocidio es

(...) el intento de destruir físicamente en su totalidad o en parte substancial a un grupo, debido a que (las víctimas) son miembros de ese grupo y su pertenencia (como tal) es definida por el perpetrador, con independencia de si el grupo es efectivamente destruido (Palmer - 1998).

De lo expuesto se deriva que

lo protegido por la figura del genocidio son determinados grupos humanos, y [...] se los protege de su destrucción física. Sin embargo, esta protección se

1 En la redacción en Español dice “actos que supongan un paso importante para su ejecución”. Sin embargo, la lectura en francés y en inglés del Estatuto sugiere que los actos deben ser sustanciales.

adelanta, al considerarse consumado el delito de genocidio sin necesidad de esperar a que dicha destrucción del grupo o parte del grupo elegida se haya producido. Es decir, según la opinión dominante, para la consumación del delito no se exige aquella lesión del bien jurídico a la que la intención ha de extenderse, sino que basta con la realización de una de las acciones individuales descritas en la figura contra uno de los miembros del grupo que se quiere destruir (Gil Gil y Maculan - 2016).

Las posibles teorías de la tentativa de genocidio y sus problemas

Del análisis particular de las conductas que podrían ser consideradas un genocidio si se configura el mens rea, surge una primera teoría sobre cómo podría llegar a juzgarse la tentativa ya que según Schabas

(...) tres de los cinco actos definidos en el artículo II de la Convención requieren la prueba de un resultado: matanza de los miembros del grupo, causar lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo y el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo. [...] En los tres casos en los que la exteriorización material es un elemento de la ofensa, el acusado puede ser sujeto de persecución por la tentativa de cometer el delito, aun si el resultado exigido no puede ser probado (Schabas - 2009).

1. En sintonía con esa idea, Kai Ambos (2013) afirma que, en materia de derecho internacional penal, resulta difícil establecer una división formal de los hechos en los escenarios de macrocriminalidad en los que se aplica. Tales escenarios no son generalmente divisibles en actos individuales claramente identificables, sino que aparecen como crímenes masivos sujetos a un plan lo suficientemente complicado como para asignar áreas de responsabilidad o de organización a los participantes individuales. Por ello resulta más convincente entender la responsabilidad criminal por la tentativa enfocada en el riesgo provocado a partir de las conductas individuales, en relación al bien jurídico protegido.

Esta afirmación contiene dos inconvenientes:

Primero, en el marco de “crímenes masivos sujetos a un plan lo suficientemente complicado”, el fracaso de la empresa criminal de un individuo que forma parte de esa complejidad no impide la comisión del genocidio, ya que la esencia del genocidio no va dirigida a las víctimas individuales sino a la existencia del grupo como tal.

En conclusión, la acción tentada de un individuo en el marco de un plan genocida no hace que el genocidio quede en grado de tentativa ya que la acción individual no resulta relevante a la afectación del grupo como tal, ni a la concreción del plan criminal.

El segundo inconveniente es la posibilidad de que el fracaso individual pueda constituir un delito menor incluido dentro del mismo plan genocida (Schabas - 2009).

Por todo lo dicho, la aparente solución de aplicar la tentativa a las acciones individuales no parece la más adecuada para asignarle un significado concreto a la “tentativa de genocidio” en el marco del derecho internacional penal, pues resultaría

contradictorio imputar una tentativa de genocidio a un individuo determinado en razón del fracaso de su empresa personal, en el marco de un genocidio que efectivamente se ha concretado por la acción de otros sujetos.

2. Una segunda posibilidad tiene que ver con el estudio de los alcances de la expresión “destrucción parcial” de un grupo. Sobre el particular, el TPIY (Prosecutor v. Jelusic - 1998) ha considerado que la intención genocida puede expresarse de dos maneras (De Frouville - 2012):

La primera forma: La voluntad de destrucción masiva del grupo, es decir la voluntad de exterminar a un número muy elevado de miembros del grupo.

La segunda forma: La voluntad de destrucción selectiva del grupo, es decir la voluntad de destrucción de un número limitado de personas, seleccionadas en razón de su carácter representativo del impacto que generaría su desaparición para la supervivencia del grupo como tal.

En el caso Krstic (2001), el mismo tribunal estimó que “las personas afectadas por el genocidio deben representar una parte sustancial, ‘sea cuantitativamente, sea cualitativamente’ del grupo al que pertenecen” (De Frouville - 2012). El tribunal consideró, también, que “destruir un grupo ‘en parte’ significa destruir una parte distinguida del grupo, una entidad que se distingue al interior del grupo, por oposición a la suma de individuos aislados que lo componen (De Frouville - 2012).

El requisito de la jurisprudencia de la destrucción de una parte “sustancial” del grupo habilita, entonces, a preguntarse si la destrucción de una parte “no sustancial” podría considerarse una tentativa, pero esa idea del Tribunal para Yugoslavia ha sido superada por la redacción de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, elaborados por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma. De allí se desprende que la “matanza” de miembros del grupo se configura con la muerte de “una o más personas” (artículo 6.a, punto 1) sin proponer distinción alguna respecto de la relevancia o las cualidades de esa persona fallecida.

Una propuesta de definición interdisciplinaria

Para establecer pautas que permitan asignarle un significado jurídico a la tentativa de genocidio resulta necesario trabajar sobre sucesos y comportamientos comunes a los procesos genocidas que fueron estudiados desde la Historia y la Sociología, ya que constituyen una herramienta valiosa para establecer la diferencia entre los actos preparatorios y el principio de la ejecución de una tentativa de genocidio como momento de tránsito hasta su efectiva consumación.

El iter criminis

Hay que tener en cuenta que “un genocidio no comienza de un momento a otro. Hay una cuestión fundamental: una sociedad se basa en normas. Cuando esas normas se debilitan, se produce lo que los sociólogos llaman ‘anomia social’. Las normas caen, ya no existen, y comienzan a cometerse toda clase de atrocidades” (Feinmann - 2019).

Para que eso pueda ocurrir, “en todo genocidio resulta primordial la deshumanización de todos aquellos a quienes se va a eliminar” (Feinmann - 2019).

Estas afirmaciones sirven como introducción para ratificar que un genocidio es el resultado de un complejo de diferentes procesos que pueden agruparse en “etapas” que sirven de base para tratar de establecer la diferencia entre los actos preparatorios y el comienzo de la ejecución de un genocidio.

La periodización del genocidio

Distintos autores y autoras han elaborado sus teorías de periodización del genocidio.

Herbert Kelman (1973), propuso que el genocidio se conforma por un proceso de cinco etapas: 1) Deshumanización de las víctimas; 2) Autorización de los asesinatos de masas; 3) Rutinización; 4) Asesinato; 5) Negación.

Patricio Brodsky (2015) sostiene que el proceso genocida se divide en seis etapas: 1) Segregación ideológico-discursiva; 2) Segregación Simbólica, 3) Segregación normativa; 4) Segregación física; 5) Genocidio propiamente dicho; 6) Negación.

Gregory Stanton (2016) sostiene que “el genocidio es un proceso que se desarrolla en diez etapas predecibles pero no inexorables. En cada etapa, las medidas de prevención pueden detenerlo. El proceso no es lineal. Las etapas pueden ocurrir simultáneamente. Lógicamente, las etapas más avanzadas son precedidas por etapas tempranas. Pero todas las etapas continúan operando a lo largo del proceso”: 1) Clasificación; 2) Simbolización; 3) Discriminación; 4) Deshumanización; 5) Organización; 6) Polarización; 7) Preparación; 8) Persecución; 9) Exterminio; 10) Negación.

Daniel Feierstein (2014), por su parte, desarrolló el concepto de “prácticas sociales genocidas” y, según él, éstas implican un proceso de construcción, destrucción y reorganización de las relaciones sociales.

El autor ha categorizado seis momentos por los que atraviesa el proceso de reformulación de las relaciones sociales: 1) Primer momento: la construcción de una otredad negativa; 2) Segundo momento: el hostigamiento que, a su vez, se divide en dos tipos: físico y legal; 3) Tercer momento: el aislamiento; 4) Cuarto momento: las políticas de “debilitamiento sistemático”; 5) Quinto momento: el aniquilamiento material; 6) Sexto momento: la “realización simbólica” de las prácticas sociales genocidas.

El principio de ejecución del genocidio

Ahora que se han expuesto herramientas que, por fuera de la disciplina del derecho, pueden cooperar para entender que la ejecución de un genocidio excede el marco jurídico de la definición de la Convención, quedan delineadas las condiciones para intentar establecer un punto de inicio de la responsabilidad criminal por la tentativa.

Actos preparatorios

En el análisis jurídico del genocidio la intención del autor forma una parte esencial del tipo penal. Sin embargo no puede construirse la tentativa a partir de los pasos

previos a la configuración de esa intención criminal ya que es bastante probable que la intención esté presente en cada uno de los pasos del proceso genocida, pero no todos esos pasos pueden ser considerados parte de la acción criminal ya que el comienzo de tentativa se configura cuando se realiza una acción que suponga un “paso importante para su ejecución”.²

En las primeras etapas de los procesos genocidas se despliegan acciones, pero concurren algunos inconvenientes para señalarlas como “pasos importantes” en la ejecución de un genocidio.

En los primeros momentos de un proceso genocida se podrían agrupar distintas etapas señaladas por los autores citados: La deshumanización de las víctimas propuesta por Kelman; la segregación ideológico-discursiva y la segregación simbólica de Brodsky; la clasificación, simbolización y deshumanización de Stanton; y la construcción de una otredad negativa de Feierstein.

Sobre esta etapa, Chalk y Jonassohn (2010) señalan que no es posible que las personas puedan matar a otras personas a escala masiva mientras las potenciales víctimas se perciban como personas, de modo que “las víctimas no sólo no deben ser pares sino que además se las debe definir claramente como inferiores a la condición humana”.

Sin embargo no puede afirmarse que toda discriminación dentro de una sociedad constituya, por sí, el inicio de un genocidio. El propio Stanton (2016) señala que “todas las culturas tienen categorías de distinción entre ‘ellos y nosotros’” y, volviendo a Chalk y Jonassohn (2010), “incluso después de tal campaña de denigración y deshumanización, la efectiva ejecución de la matanza masiva parece haber requerido una buena dosis de coerción y control centralizado”, de modo que más allá de la segregación o la discriminación propia de estas etapas, será necesaria la coerción que compela a los ejecutores a llevar a cabo las acciones genocidas.

En esta etapa se cruzan el derecho a la igualdad y la no discriminación³ con la libertad de expresión y, si bien la existencia de discursos de odio justifica un debate en torno a la posibilidad de que esa libertad no sea absoluta⁴, lo cierto es que las campañas de segregación y de discriminación pueden ser atacadas a través de diversas herramientas e incluso desde el derecho penal, sin la necesidad de recurrir a la complejidad de la tentativa de genocidio que, eventualmente, sería difícil de probar en esta temprana instancia del proceso, a punto tal que su utilización en estos casos podría implicar la banalización del concepto.

Actos ejecutivos

Después de acudir a la ayuda de la Historia y de la Sociología para establecer un *iter criminis* de los procesos genocidas, el camino parece allanado para establecer qué actos pueden acarrear responsabilidad criminal por la tentativa de genocidio.

2 Estatuto de Roma, artículo 25.3.f.

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1 y 2.

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.5.

Kelman llamó a la segunda etapa de su evolución histórica de los procesos genocidas como la “autorización de los asesinatos en masas” (Kelman - 1973) a partir de la existencia de una estructura burocrática con una autoridad responsable.

Una vez que se haya naturalizado la discriminación propia de la negativización de un grupo, puede afirmarse que la formalización normativa de la opresión por parte del Estado constituye un paso sustancial para que esa discriminación se traduzca en acciones concretas destinadas a la restricción (o negación) de derechos a los oprimidos.

La legitimación de la segregación a través de la identificación legal del oprimido permite eludir cualquier tipo de duda respecto de la existencia (ahora formal) de dos grupos (opresores y oprimidos). Y uno de esos grupos encuentra sus derechos negados o reducidos a partir de la acción del propio Estado.

Las dificultades probatorias para determinar la realidad de la opresión quedan de lado, pues la prueba radica en la propia ley.

La sanción de una norma que legitime la diferencia entre grupos privilegiados y grupos oprimidos supone una consecuencia palpable sobre estos últimos, cuya existencia se ve relativizada por la negación de la igualdad.

En efecto, Feierstein (2014) sintetiza en una frase la posibilidad de asignarle a esta etapa el comienzo de la ejecución de un genocidio: “En esta fase se distingue un salto cualitativo que comienza a constituir el camino de la reflexión a la acción”.

La segregación, la discriminación, los discursos de odio y otras medidas de negativización de una parte de la sociedad, que son necesarias para lograr desencadenar un genocidio pero no determinantes para su identificación y que, además, fueron calificadas como actos preparatorios no punibles, cobran ahora una relevancia distinta.

La clasificación de los individuos en grupos privilegiados y oprimidos a través de las herramientas jurídicas del Estado constituye, ya sin lugar a dudas, la exteriorización de una conducta colectiva que supone un paso importante para lograr las instancias sucesivas del genocidio, el amparo normativo para que la segregación y la opresión social cobren una dimensión física.

Justamente por eso, este momento del iter *críminis* actúa como el punto límite entre los actos preparatorios previos y los actos ejecutivos posteriores, es el momento a partir del cual se puede establecer la existencia de una tentativa de genocidio.

Las etapas siguientes

Una vez que se ha producido el quiebre entre la reflexión y la acción, lo que sigue ya quedará indudablemente dentro de las acciones físicas directas contra el grupo oprimido que podrían calificarse como acciones genocidas consumadas.

Para este entonces el grupo oprimido ya se encuentra debidamente identificado y la intención de destruirlo como tal estará plasmada en las leyes del Estado o en las acciones desplegadas por el grupo opresor, configurándose así el *chapeau* del tipo penal. Así, cada una de las muertes, las lesiones o cualquiera de las otras acciones “típicas” que se produzca en el marco del plan genocida constituirá un genocidio propiamente dicho.

Conclusiones

La utilidad del concepto de la tentativa de genocidio

La posibilidad de darle un contenido práctico a la tentativa de genocidio no sólo atañe al esclarecimiento de una cuestión jurídica sino que tiene repercusión sobre otros aspectos de la política internacional.

La relevancia jurídica

Desde el comienzo de este trabajo se ha propuesto que el análisis de la tentativa de genocidio podría representar una forma de utilizar el derecho para prevenir genocidios, pues la identificación de una tentativa de genocidio jurídicamente definida permite activar la competencia de los tribunales nacionales o internacionales antes de su efectiva ejecución.

Ahora bien, teniendo en cuenta la limitada cantidad de juicios internacionales que se han realizado bajo la calificación de genocidio, se ha dicho que “resulta honestamente irreal esperar que la tentativa de genocidio sea alguna vez imputada ante un tribunal penal internacional” (Mettraux - 2005).

Sin embargo, la posibilidad de definir la actuación del derecho penal en instancias previas a la efectiva consumación de un proceso genocida podría significar, por un lado, la activación de la jurisdicción internacional de la Corte Penal Internacional para perseguir a los responsables y, por otro, la activación de las ‘alertas tempranas’ que reclama la comunidad internacional para desplegar las herramientas políticas con las que cuentan las Naciones Unidas.

La activación inmediata del sistema penal internacional frente a la detección de una tentativa de genocidio podría generar una orden de captura de los responsables que, en caso de hacerse efectiva, coopere para detener el proceso genocida.

Si la voluntad concurrente de la comunidad internacional para prevenir genocidios logra cristalizarse en la efectiva colaboración para ejecutar la detención de los responsables de haber iniciado un proceso genocida cuando éste no ha llegado a su consumación, la actuación del sistema penal internacional podría ser un mecanismo efectivo de prevención.

La relevancia política

El Informe sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio estableció que “en los casos en que aparecen pruebas de que amenaza un conflicto de genocidio, por el aumento de la represión y un incremento de la polarización, o bien surgen los primeros indicios de un caso inesperado, un sistema eficaz de alerta anticipada podría contribuir a salvar miles de vidas”.

Desde lo político, la aplicación práctica de la tentativa de genocidio establece la posibilidad de marcar un límite objetivo para la comunidad internacional a la hora de decidir acciones de prevención.

Las intervenciones humanitarias son multilaterales y basadas en la cooperación, pero nunca son puramente humanitarias (Fixdal y Smith - 1998), y existe el peligro de que los Estados poderosos se conviertan en la “Policía del Mundo” usando discrecional y arbitrariamente su poder de intervención militar para lograr otros fines ya sean económicos o políticos (Genin - 2016).

Así las cosas, ¿existe un punto medio entre la manipulación de las emergencias humanitarias y la efectiva actuación de la comunidad internacional para prevenir genocidios?

La comunidad internacional exhibe más falencias que aciertos en materia de prevención de los genocidios y eso genera un miedo constante respecto del ‘derecho a intervenir’ de las grandes potencias. Si se acepta la intervención con fines humanitarios, incluyendo la posibilidad de las acciones militares, deviene imperativo que la comunidad internacional desarrolle estándares consistentes, creíbles y ejecutables para guiar las prácticas estatales e intergubernamentales⁵

De no establecer esos estándares que habiliten la actuación preventiva de la comunidad internacional, ésta se encontraría en la posición moralmente insostenible de no poder intervenir sino hasta que un genocidio se está ejecutando⁶

En definitiva, la identificación de situaciones y condiciones sociales en la que probablemente ocurra un genocidio y de parámetros relevantes que faciliten un sistema de advertencia temprana constituiría una forma de prevención (Chalk y Jonassohn - 2010): se deja de lado la actuación preventiva sobre la base de lo que puede pasar y se la reemplaza por acciones decididas en función de lo que efectivamente pasó (el inicio de ejecución de la tentativa), pero antes de que los genocidios transiten su consumación.

5 La responsabilidad de proteger. Reporte de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. Diciembre de 2001, p. 11.

6 La responsabilidad de proteger. Reporte de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. Diciembre de 2001, p. 33.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K. (2006). *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons, Madrid.

AMBOS, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law*. Vol. 1: Foundations and General Part. Oxford University Press, Oxford.

BLOXHAM, D. Y PENDAS, D. (2010) *Punishment as prevention? The politics of punishing génocidaires*. Publicado en *The Oxford Handbook of Genocide Studies*. Oxford University Press.

BRODSKY, P. (2015). *GENOCIDIO Un crimen moderno. Reflexiones sobre genocidio y modernidad*. Ed. Tips, Buenos Aires.

CHALK Y JANASSOHN. (2010). *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*. Prometeo Libros, Buenos Aires.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

DE FROUVILLE, O. (2012). *Droit international pénal. Sources Incriminations Responsabilité*. Editions A. Pedone, Paris.

Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

Estatuto de Roma.

FEINMANN, J. P. (2019). *Filosofía y derechos humanos*. Planeta, Buenos Aires.

FEIERSTEIN, D. (2014). *El genocidio como práctica social*. Fondo de Cultura Económica, 2da. ed. 1ra reimpresión. Buenos Aires.

FIXDAL M. Y SMITH, D. (1998). *Humanitarian Intervention and Just War*, en *The International Studies Association*, vol. 42, n° 2, p. 284, citado por Genin, Laureano en *La responsabilidad de proteger. Lecciones y Ensayos*, Nro. 97, 2016.

GENIN, L. (2016). *La responsabilidad de proteger. Lecciones y Ensayos*, Nro. 97.

GIL GIL, A. Y MACULAN, E. (Directoras) (2016). *Derecho Penal Internacional*. Ed. Dykinson, S. L., Madrid.

Informe Whitaker sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio. Preparado por el Sr. B. Whitaker en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. GE.85-12358. Parte III, C. 2.

KELMAN, H. (2015). Violence without moral restraint: Reflections on the Dehumanization of Victims and Victimizers. *Journal of Social Issues* 29:4. 1973, págs. 26-61, citado por Brodsky, P. en *GENOCIDIO Un crimen moderno. Reflexiones sobre genocidio y modernidad*. Ed. Tips, Buenos Aires.

KUNZ, A. Y CARDINAUX, N. (2004). *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas*. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones. Buenos Aires.

La responsabilidad de proteger. Reporte de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. Diciembre de 2001.

LEMKIN, R. (2009). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Prometeo Libros. Caseros.

METTRAUX, G. (2013). *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*; & Werle, G. *Principles of International Criminal Law*. T.M.C; citados por Ambos, Kai en *Treatise on International Criminal Law*. Vol. 1: Foundations and General Part. Oxford University Press, Oxford.

PALMER, A. (2015) *Colonial and Modern Genocide: Explanation and Categories*. In *Ethnic and Racial Studies* 21, no. 1, January 1998, Págs. 89-90, citado por Brodsky, Patricio Adrián en *GENOCIDIO Un crimen moderno. Reflexiones sobre genocidio y modernidad*. Ed. Tips, Buenos Aires.

“*Prosecutor v. Jelusic*” (IT-95-10-T), *sentencia del TPIY del 14 de diciembre de 1999, pár. 82, citada por De Frouville, Olivier en Droit international pénal. Sources Incriminations Responsabilité*. Editions A. Pedone, Paris, 2012.

“*Prosecutor v. Krstic*” (IT-98-33-T) *Sentencia del TPIY del 2 de agosto de 2001*.

SCHABAS, W. (2009). *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*. Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge.

STANTON, G. H. (2016) *10 Stages of Genocide*. Publicación de Genocide Watch.



Autora:
Malka Manestar

Abogada (UNT), Especialista en Políticas Públicas y Justicia de Género (CLACSO), Magíster en Derechos Humanos, Estado y Sociedad (UNTref). Doctoranda en Derechos Humanos UNLa. Becaria doctoral de CONICET en el Centro de Estudios del Sur Andino de la Universidad Nacional de Jujuy. Docente de la Universidad Nacional de Jujuy.

EL HÁBEAS CORPUS COMO HERRAMIENTA DE DEFENSA DE DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DESDE LA PROVINCIA DE JUJUY EN CONTEXTOS REPRESIVOS

Por Malka Manestar

Introducción

El artículo problematiza el uso del hábeas corpus (en adelante HC) como herramienta jurídica, política y simbólica en la defensa local de los derechos humanos en contextos de represión estatal. Para ello, se analizan dos momentos históricos en la provincia de Jujuy: la última dictadura cívico-militar y el contexto represivo desatado en el marco de la reforma constitucional en el año 2023.¹

El 20 de junio de 2023, día en que se juró la Constitución reformada de la provincia de Jujuy, una masiva protesta en rechazo a dicha reforma fue violentamente reprimida por la policía provincial. Días después, me acerqué a una librería jurídica de San Salvador de Jujuy para consultar qué bibliografía sobre HC tenían disponible. El librero me preguntó: “¿Qué está pasando en Jujuy que tantos abogados están interesados en el hábeas corpus?”. Quizás esa fue la pregunta que motivó este artículo. Me dejó conmovida, y mi respuesta se limitó a decir: “Es por la represión, está habiendo muchas detenciones arbitrarias”.

El artículo emplea un enfoque socio-antropo-jurídico para abordar el problema en cuestión. Este enfoque surge de la necesidad de adoptar una perspectiva que aborde el HC no sólo desde lo jurídico-normativo, sino también reconociendo los procesos históricos y políticos, así como las prácticas, procedimientos y perspectivas de quienes participan en ellos, incluyendo al poder judicial. De este modo, se busca comprender

¹ Este artículo se inscribe en una investigación más amplia que desarrollo en el marco del Doctorado en Derechos Humanos (UNLa), centrada en los procesos de represión y criminalización de la protesta social en Jujuy

las características particulares que asume en la actualidad la defensa de los derechos humanos frente a las prácticas represivas de los gobiernos locales. El trabajo se basa en una reflexión fundamentada en documentos judiciales (Sarrabayrouse Oliveira, 2009; Muzzopappa y Villalta, 2011). Se analizan sentencias judiciales emitidas tanto en los tribunales federales como en los provinciales, en relación con los dos momentos históricos señalados.

En primer lugar, se describe la utilización del HC durante la última dictadura cívico-militar, a través de la reconstrucción de un caso que se apoyará en el análisis de las sentencias por delitos de lesa humanidad en la provincia de Jujuy. En segundo lugar, se analiza una serie de HC presentados por la organización de derechos humanos ANDHES², en articulación con otras instituciones, en el marco de las protestas y represiones ocurridas en Jujuy durante el proceso de reforma de la Constitución provincial. Es relevante señalar que se eligió este período para el análisis debido a que se produjeron varios episodios de alta intensidad represiva (Pita, 2017): el 17 de junio en Purmamarca, el 20 de junio en San Salvador de Jujuy y el 1 de julio en Humahuaca, los cuales desencadenaron detenciones arbitrarias y masivas.

El análisis de las sentencias sobre los dos momentos históricos permitió identificar rupturas y continuidades en las lógicas de funcionamiento del poder judicial. Al mismo tiempo, el trabajo contribuye a comprender las estrategias adoptadas por los defensores y defensoras de derechos humanos en situaciones represivas, destacando el valor jurídico, político y simbólico del HC.

El habeas corpus, el poder judicial y sus implicancias en contextos represivos

El HC ha sido definido como una acción destinada a proteger la libertad física, eliminar su privación ilegal o arbitraria y prevenir la desaparición de personas (Espinassi, 2020). En latín significa “que tengas tu cuerpo”. Esta figura del derecho romano se utilizaba para devolver la condición de persona libre a quien hubiera sido reducido a la esclavitud sin motivos legales (Ale, Beltracchi y Ordoñez, 2023). En Argentina, desde el proceso de formación del Estado, se fue consolidando como una pieza elemental del Estado de Derecho en diferentes normativas.

Rafecas (2023) señala que, en la historia del recurso de HC en Argentina, pueden identificarse dos etapas diferenciadas. La primera corresponde a la última dictadura cívico-militar, durante la cual fue utilizado masivamente para contrarrestar los operativos ilegales y sistemáticos de secuestro de personas llevados a cabo por las fuerzas armadas y de seguridad. La segunda etapa se desarrolla en tiempos democráticos, como un recurso para organizaciones y activistas de derechos humanos preocupados por las condiciones inhumanas de detención en cárceles y comisarías.

Quienes tienen la facultad de resolver los HC, haciendo lugar o no a las acciones, son los jueces, que en su mayoría, siguen siendo varones.³ Sarrabayrouse Oliveira

2 ANDHES: Abogados y abogadas del noroeste argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales. Para más información sobre la organización consultar: <https://www.andhes.org.ar/>

3 En la provincia de Jujuy, todavía estamos muy lejos de alcanzar una distribución paritaria en las magistraturas, y el techo de cristal se hace aún más evidente en el ámbito de la justicia penal.

(2009) señala que el poder judicial es una institución fuertemente articulada con el ejercicio del poder, con la capacidad de convertir sus ideas, reflexiones y prácticas en hegemonía. Ya lo advertía Bourdieu (2012), al señalar que no se pueden comprender los efectos políticos ejercidos históricamente por la justicia sin tener en cuenta que estos están estrechamente ligados al hecho de que funcionan como un campo, es decir, como un espacio de luchas y disputas de poder. En este sentido, sostenía que el trabajo de construcción de la realidad social es una tarea colectiva, en la cual los juristas tienen más peso en las luchas simbólicas, debido al capital específico que detentan: capital cultural, capital jurídico, capital lingüístico y destreza práctica, que se expresa en palabras, conceptos, soluciones y precedentes.

Las resoluciones en torno a los HC, al igual que muchas otras decisiones judiciales, se producen en un entramado conflictivo y complejo de relaciones sociales, donde intervienen tensiones, disputas e intereses que inciden y se ponen en juego al momento de resolver. Cuando se estudian las prácticas y procedimientos judiciales, entre otras cosas, es fundamental considerar cuales son las formas de incorporación, ascensos y progresos en la “carrera judicial”, mediante circuitos de relaciones de intercambio⁴ (Sarrabayrouse Oliveira, 2015), ya que estas relaciones suelen coaccionar a quienes participan en ellas y eclosionan ante decisiones políticamente controvertidas. El poder judicial, tanto a nivel local como nacional, es frecuentemente cuestionado por su falta de independencia, imparcialidad y objetividad, así como por su alineamiento con intereses políticos y económicos. En la provincia de Jujuy, estas dinámicas pueden verse reforzadas no solo por las propias lógicas de funcionamiento, sino también por la posición periférica que ocupa la provincia en el escenario nacional y por un conjunto de leyes que reconfiguraron su estructura.

En diciembre de 2015, pocos días después de la asunción del ex gobernador Gerardo Morales, el poder ejecutivo envió a la Legislatura un paquete de leyes orientadas a reformar al poder judicial. Entre las más polémicas se encuentra la ley de ampliación del Superior Tribunal de Justicia, que permitió el aumento de cinco a nueve vocalías y habilitó la designación de cuatro personas cercanas al gobernador, entre ellas, dos legisladores en funciones pertenecientes a su partido político. Otra ley central fue la que creó el Ministerio Público de la Acusación, que facultó al gobernador para designar al fiscal general.⁵ Por su parte, la Ley N° 5.898, modificada por la Ley N° 6.030, establece un sistema de concursos públicos para la selección de jueces, fiscales y defensores del poder judicial de Jujuy.⁶ Aunque dicho procedimiento contempla la elaboración de un orden de mérito basado en calificaciones, antecedentes y entrevistas, este no resulta vinculante para el nombramiento, que queda a discreción del poder ejecutivo. En este sentido, la designación no necesariamente recae en la persona que haya obtenido los mejores resultados en el concurso, sino que muchas veces se elige a quienes cuentan con mayores o mejores vínculos con el poder político.

4 Los intercambios son favores que se traducen en designaciones, ascensos, promociones, recomendaciones (Sarrabayrouse Oliveira, 2015)

5 En una de sus primeras actuaciones durante la feria judicial el Fiscal General designado por el gobernador impulsó una serie de acusaciones contra la dirigente social Milagro Sala.

6 Ley de Concurso Público para la selección de jueces, fiscales y defensores del poder judicial de la provincia de Jujuy. <https://boletinoficial.jujuy.gob.ar/?p=24882>

Finalmente, cabe aclarar que, al referirnos a contextos represivos, estamos hablando del ejercicio de la violencia estatal orientada a reprimir, contener o eliminar la conflictividad social. Como sostiene Mariana Franco (2016), es fundamental comprender que el Estado argentino ha ejercido históricamente violencia contra distintos sectores de la población, y que la represión ha sido un instrumento de disciplinamiento social utilizado de forma constante, aunque con distintos grados de intensidad. Siguiendo a esta autora, la última dictadura cívico-militar se puede caracterizar como un momento de ruptura en la historia argentina, no solo por el carácter excepcional de la represión, sino también por el uso sistemático y clandestino de la violencia estatal.

Esta aclaración se realiza porque, durante los meses de junio y julio de 2023, la violencia estatal ejercida por el gobierno y la policía de Jujuy adquirió características que, por su alta intensidad represiva (Pita, 2017), permitieron a ciertos sectores de la ciudadanía establecer analogías con el período dictatorial. Se produjeron violaciones a los derechos humanos como consecuencia del uso desproporcionado de la fuerza policial. Se registraron múltiples detenciones arbitrarias, motivadas únicamente por el ejercicio del derecho a la protesta social. A ello se sumó el rechazo sistemático de los habeas corpus presentados. Por su gravedad, estos hechos represivos quedarán probablemente en la historia de Jujuy como los días de mayor violencia estatal desde el retorno de la democracia. Frases como “*¡Esto ya parece la dictadura!*” resonaban y encontraban sustento en prácticas estatales concretas, como la utilización de vehículos sin identificación policial ni patente, pertenecientes a empresas privadas.⁷ Aunque las violencias ejercidas por el Estado en gobiernos dictatoriales son diferentes de las que se dan en gobiernos democráticos (Balvé, Messina, Guerrero y Balvé, 2001), las prácticas actuales son el resultado de procesos sociohistóricos que tienden a permitir o prohibir ciertas formas de relaciones sociales y es posible identificar rupturas y continuidades en ellas.

El habeas corpus en dictadura

El texto “*Los abogados defensores de derechos humanos como blanco de la represión (1969-1982)*” (Bacci, Barbuto, Oberti y Skura, 2015) caracteriza el desempeño profesional y militante que asumieron abogados y abogadas en la defensa de los derechos humanos y aborda las transformaciones en el ejercicio del derecho durante la dictadura. Otros trabajos (Lanzilotta y Castro Feijóo, 2014, 2015), destacan la presentación de HC por parte de litigantes como una práctica sostenida en la defensa de los derechos humanos.

Las acciones de defensa de derechos desplegadas por quienes ejercían la abogacía durante la dictadura los posicionaron rápidamente como blancos del genocidio, destacándose su rol en tres dimensiones: como víctimas de la represión, como actores dentro del movimiento de derechos humanos y como activistas buscando caminos institucionales o figuras jurídicas para la defensa de los derechos humanos (Bacci,

⁷ En la memoria colectiva este episodio remitía a “La Noche del Apagón” y al uso de vehículos de la empresa Ledesma durante los operativos de secuestro en la última dictadura cívico-militar.

Barbuto, Oberti y Skura, 2015). A pesar de que el rechazo de los HC durante esos años fue sistemático y recurrente, la presentación no se abandonó. En este sentido, señala Sarrabayrouse Oliveira (2015, p. 191):

La lógica de algunos abogados era pensar las denuncias ante los tribunales como una estrategia política y jurídica de largo plazo: si la burocracia judicial seguía funcionando durante el terrorismo de Estado, de un modo u otro, siempre debía responder (aun con un rechazo, como en el caso de los habeas corpus). Esta era la forma de dejar prueba asentada, pero no de cualquier manera, sino en un documento público.

Las sentencias por delitos de lesa humanidad en Jujuy han permitido evidenciar dos cuestiones al respecto: por un lado, la presentación del HC fue una de las principales estrategias de defensa de derechos desplegadas por las familias y los defensores de personas detenidas-desaparecidas; por otro lado, la respuesta estatal fue el rechazo sistemático de estas acciones por parte del poder judicial.

En el primer juicio por delitos de lesa humanidad en Jujuy (2013), en la causa “Álvarez García y otros s/ desaparición”, se evidenció la presentación sistemática de HC en favor de víctimas del terrorismo de Estado y su reiterado rechazo judicial. El juicio abordó los casos de 15 víctimas y concluyó con la condena de tres oficiales del Ejército.⁸ La causa unificó cinco expedientes: uno por la desaparición de Julio Rolando Álvarez García y los demás por hechos ocurridos en distintas localidades (Tumbaya, San Salvador, San Pedro), incluyendo personas trasladadas al penal de Villa Gorriti. También se juzgaron delitos cometidos durante “La Noche del Apagón” en el ingenio Ledesma, del Grupo Blaquier.⁹

En el caso de Julio Rolando “Pampero” Álvarez García, quien fue detenido el 21 de agosto de 1976 y posteriormente desaparecido, surge la presentación y el rechazo de numerosos HC. “Pampero” tenía 25 años, era esposo y padre de tres niñas, estudiaba abogacía en la Universidad Nacional de Tucumán.¹⁰ De la sentencia del primer juicio de lesa humanidad, donde se condenó la comisión de delitos de lesa humanidad en su contra, se pudieron extraer los siguientes datos.

El primer HC (Nº 1216/78) fue presentado por su esposa, Inés Irene Peña. Aunque no consta la fecha exacta de su presentación, el pedido fue recibido el 17 de noviembre de 1978. En el marco de su tramitación, se solicitaron informes sobre la situación del detenido a las fuerzas de seguridad, entre ellas el Regimiento de Infantería de Montaña 20, la Policía Federal y la Policía Provincial. Todos los informes resultaron negativos, lo que llevó al cierre de la investigación y, el 14 de diciembre de 1978, se rechazó la solicitud. El segundo HC (N.º 428/79) fue presentado por Horacio Castulo

8 Los integrantes del Ejército condenados fueron: Antonio Orlando Vargas, José Eduardo Bulgheroni y Mariano Rafael Braga

9 Procuraduría de Crímenes Contra la Humanidad - Procuración General de la Nación (2018) Dossier de sentencias pronunciadas en juicios de Lesa Humanidad en Argentina

10 Para el noroeste argentino Tucumán fue históricamente un foco de concentración político, cultural y académico, debido, entre otras cosas, a la presencia temprana de la Universidad Nacional de Tucumán. Muchos jujeños y jujeñas hasta el día de hoy acuden a realizar estudios universitarios en dicha provincia.

Álvarez García, padre del detenido, el 25 de julio de 1979. En este caso, aunque no se mencionan detalles sobre los informes solicitados, la investigación fue remitida a la delegación local de la Policía Federal. Esta solicitud también fue rechazada. El tercer HC (N.º 51/80) fue solicitado por su esposa el 7 de febrero de 1980 y, al igual que los anteriores, fue rechazado sin avances significativos. Finalmente, el cuarto HC (N.º 1067/81) fue presentado nuevamente por su esposa el 18 de agosto de 1981. Tres días después, el 21 de agosto de 1981, se realizó un allanamiento en su domicilio. Posteriormente, se solicitaron informes, las respuestas fueron negativas y el recurso también fue rechazado.

En la sentencia se identifican al menos 4 HC presentados, todos rechazados, aunque no se descarta que se hayan presentado más, ya que en 1982, un allanamiento en la casa de la familia Álvarez García habilitó el secuestro de documentación relacionada con los HC. Durante la dictadura, presentar un HC en Jujuy era complicado. Los testimonios de familiares en el juicio revelaron que algunos abogados se negaban a presentar estos recursos por temor a las represalias, por lo que recurrían a organizaciones de derechos humanos, como el CELS. Un testigo mencionó que el Dr. Emilio Mignone les envió los escritos, los cuales fueron presentados ante un juez que, según relató, “les cobraba los hábeas corpus”.

Fueron pocos los abogados que asumieron la defensa de presos políticos y presentaron acciones de HC de ellos. Algunos inclusive fueron también detenidos y desaparecidos. Entre ellos se puede mencionar, por ejemplo, a Jorge Ernesto Turk, Carlos Ernesto Patrigniani y José Pablo Bernard. En el caso de Patrigniani y Bernard, ambos eran abogados laboristas, asesores del Sindicato de Obreros y Empleados del Azúcar del Ingenio Ledesma, y militantes de la Vanguardia Comunista. Al analizar el proceso genocida a nivel local, resulta fundamental destacar la capacidad de articulación social de estos abogados, quienes constituían un recurso esencial dentro de la comunidad. Su ausencia dificultó gravemente la reproducción de las condiciones de vida (Jemio, 2021b), especialmente si se considera el estado de indefensión generado por la falta de defensores en contextos de violencia estatal. Otros abogados, como Andres Fidalgo, que sobrevivieron a la dictadura, se convirtieron en actores claves en el activismo local en defensa de los derechos humanos que empezó a fortalecerse con el advenimiento de la democracia. Entre muchas de las acciones que realizó puede destacarse la compilación del informe “*Violaciones a los derechos humanos en la Provincia de Jujuy en los 70*”.

En el caso de Álvarez García, se puede señalar que no se llevaron adelante las medidas suficientes de investigación, no se indagó a ningún funcionario, ni se protegió a la familia que presentaba la acción. Como se señalaba fueron víctimas de allanamientos. A pesar de los testimonios de los familiares donde aportaban datos certeros de las personas, de los vehículos y del lugar a donde se habían llevado a “Pampero”, sólo bastó la respuesta negativa de las autoridades militares para clausurar la investigación y rechazar las acciones, resultando llamativa la inactividad y lentitud para las investigaciones y la celeridad para el rechazo.

En el año 2020, la justicia federal, procesó en la provincia a dos ex jueces y a un ex fiscal por incumplimiento de sus deberes y como partícipes en secuestros, homicidios

y tormentos.¹¹ En una nota sobre el caso se destaca que “*en esta causa se consideró que el terrorismo de Estado ‘no habría sido posible sin la colaboración de algunos jueces y fiscales silentes’ y que los perseguidos políticos quedaron bajo una desprotección que ‘cumplió una función de prevención general en sentido negativo o intimidatorio’*”.¹² La negativa sistemática contra los HC fue uno de los principales hechos que se destacó en el fallo. El recurso se volvió ineficaz durante la dictadura, los familiares tenían múltiples dificultades para presentar sus pedidos, no recibían respuesta o la justicia los rechazaba.¹³ Los obstáculos podían encontrarse tanto en la presentación de los HC, como en el tratamiento y la resolución de las acciones por parte de los jueces.

Los HC fueron una de las principales pruebas para avanzar en el procesamiento de funcionarios judiciales en Jujuy. No se trataba de cualquier prueba, se trataba de documentos públicos que ponían en evidencia la connivencia del poder judicial con la dictadura, a partir de 1976. Los profesionales del derecho hicieron uso de sus conocimientos del aparato burocrático judicial para producir pruebas de los crímenes (Bacci, Barbuto, Oberti y Skura, 2015).

El habeas corpus en democracia

Finalizada la última dictadura cívico militar y recuperada la democracia, en 1984 se sancionó la Ley Nº 23.098, regulatoria a nivel nacional del HC como procedimiento específico. A su vez, tanto en la Constitución Nacional, como en el artículo 40 de la Constitución Provincial está contemplado.

El artículo 40 de la Constitución de Jujuy regula el procedimiento para la tramitación del HC en casos de privación, restricción o amenaza a la libertad por actos ilegales o arbitrarios. Se trata de un proceso caracterizado por su informalidad, que no requiere la firma de abogados. La norma establece que el juez debe solicitar informes, que deben ser respondidos de inmediato, y convocar a una audiencia para resolver con celeridad. Asimismo, prevé que, ante conocimiento de una detención ilegal o arbitraria, el juez podrá expedir de oficio el mandamiento de HC, aunque en la práctica esto rara vez ocurre, especialmente en contextos represivos.

En democracia el HC ha sido una herramienta clave para la defensa de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, frente a condiciones inhumanas de detención y múltiples vulneraciones de derechos en cárceles y comisarías, tales como la falta de acceso a salud, educación y trabajo, o en relación con las condiciones edilicias, las visitas, la comunicación, los traslados, las requisas y las sanciones (Ale, Beltracchi y Ordóñez, 2023). También es necesario destacar su relevancia en contextos de agudización de la represión estatal. Cuando la violencia institucional se manifiesta en detenciones arbitrarias o masivas, el HC se convierte en una de las estrategias más recurrentes para la protección de los derechos.

11 Fiscales.gob.ar (14/08/2020). Procesaron en Jujuy a dos ex jueces y a un ex fiscal por incumplimiento de sus deberes y como partícipes en secuestros, homicidios y tormentos
<https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/procesaron-en-jujuy-a-dos-ex-jueces-y-a-un-ex-fiscal-por-incumplimientos-de-sus-deberes-y-como-participes-en-secuestros-homicidios-y-tormentos/>

12 Ibid

13 Ibid

Si bien, como señalé anteriormente, entre junio y julio de 2023 la presentación de HC en Jujuy fue especialmente significativa, esta práctica ya venía manifestándose en contextos donde el riesgo de detención era inminente, como ocurría durante grandes movilizaciones sociales contra medidas del gobierno provincial, bajo consignas como: “¡Basta de criminalizar la protesta social!”. Mi experiencia como abogada, activista en el campo de los derechos humanos e investigadora me ha llevado a indagar qué hay detrás de la afirmación frecuente entre colegas, especialmente en los últimos tiempos, de que “*en Jujuy no existe la tramitación del habeas corpus*”, una frase que suele enunciarse entre la indignación y la frustración ante la inacción del poder judicial.

Para este análisis se tomó como base la totalidad de los HC presentados por la organización de derechos humanos ANDHES durante el período señalado. Si bien en esta ponencia se trabajó con las resoluciones vinculadas a las presentaciones realizadas por dicha organización, cabe aclarar que en el mismo período se interpusieron numerosas acciones, tanto individuales como colectivas, por parte de abogados y abogadas particulares, así como de otras organizaciones de derechos humanos, que en su mayoría obtuvieron respuestas igualmente negativas, con mínimas excepciones.

Las sentencias fueron analizadas considerando las siguientes variables: tipo de HC, hecho que motivó la presentación, fecha de interposición, fuero ante el cual se presentó, fecha de audiencia, instituciones requeridas o citadas, y resolución judicial. A continuación, se detallan algunos datos obtenidos:

En el contexto de las protestas iniciadas el 5 de junio de 2023 en rechazo a la reforma constitucional, se promovieron diversas acciones de HC ante la justicia provincial y federal. Estas acciones tuvieron como finalidad frenar las vulneraciones a derechos fundamentales cometidas por fuerzas de seguridad provinciales en el marco de dichas protestas, garantizando el ejercicio del derecho.

El primer HC colectivo, de carácter preventivo, se presentó el 8 de junio de 2023 por la organización ANDHES y el gremio docente CEDEMS. La motivación principal fueron los operativos policiales excesivos en rutas provinciales, donde se instalaban retenes y se obligaba a docentes a descender de los transportes, sometiéndolos a requisas arbitrarias. Este accionar fue interpretado como una amenaza concreta a la libertad ambulatoria y al ejercicio del derecho a la protesta. La audiencia se realizó de manera presencial el 9 de junio y contó con la participación del Ministerio de Seguridad provincial. Si bien el juez de control rechazó la acción, instó a las fuerzas de seguridad a cumplir estrictamente con la normativa y los protocolos vigentes para evitar restricciones indebidas de derechos.

El 17 de junio se presentaron dos nuevos HC colectivos preventivos y correctivos con motivo de las violentas represiones policiales ocurridas en el corte de ruta de Purmamarca. Ambos casos denunciaron detenciones arbitrarias y múltiples personas heridas en el marco de un operativo policial que se prolongó durante todo el día. Uno de ellos fue tramitado en la justicia provincial y contó con la recomendación judicial de convocar a un diálogo entre las partes involucradas encabezado por el Obispo de Jujuy. Además hizo una advertencia dirigida al jefe de la policía provincial para que evitara posibles enfrentamientos y protegiera la vida de los manifestantes. El otro expediente, presentado ante la justicia federal en forma conjunta por ANDHES y el

CELS, también fue rechazado, aunque el juez hizo saber a las fuerzas intervinientes la necesidad de adecuar sus acciones a los protocolos de intervención con niños, niñas y adolescentes.¹⁴ En esta presentación participó la organización mendocina de derechos humanos XUMEK como *amicus curiae*. Este expediente atravesó varias instancias judiciales, tras una declaración inicial de incompetencia del juez federal de Jujuy, la Cámara Federal de Salta y luego la Cámara de Casación Penal de la Nación afirmaron la competencia del fuero federal.

Finalmente, el 14 de julio se presentó un nuevo HC, también colectivo y preventivo, motivado por la detención del abogado Alberto Nallar y la circulación de listas con nombres de otros abogados y abogadas que cumplían funciones de defensa de derechos humanos, quienes habrían sido señalados como posibles futuros detenidos. La presentación, fue rechazada *in limine* por el juez provincial, quien sostuvo que no se cumplían los requisitos mínimos para acreditar la configuración de una amenaza que justificara la procedencia del HC. Esta acción se sumó a una presentación colectiva impulsada por distintos organismos nacionales e internacionales de derechos humanos como SERPAJ, FARN, Amnistía Internacional y el colectivo de abogados populares La Ciega.

A pesar de que ninguna de las acciones fue acogida favorablemente por los tribunales, las resoluciones judiciales incluyeron recomendaciones que, aunque limitadas, reconocieron el contexto represivo en el que se desarrollaban las protestas sociales y la necesidad de resguardar la integridad física y los derechos de las personas movilizadas. Las resoluciones pueden interpretarse como datos indiciarios de dificultades y obstáculos para el acceso a la justicia en contextos represivos, pero también como evidencia de la connivencia de intereses entre el poder ejecutivo y el poder judicial.

Un dato clave que surge del análisis de los HC es el rol que ocuparon los abogados y las abogadas en su tramitación. En las primeras presentaciones, se los observa actuando en defensa de otros, acompañando con su firma a la ciudadanía movilizada. Sin embargo, en el último HC analizado, se advierte un giro significativo, pasan a ser los propios sujetos a proteger ante las detenciones inminentes, convirtiéndose en blancos de la represión debido a su labor en la defensa de derechos.

La última resolución analizada, correspondiente al HC presentado en defensa de los profesionales del derecho, fue la que más llamó mi atención. En ella, el juez retoma lo dispuesto por la Ley Nº 23.098 y sostiene que, para la procedencia del HC: a) debe existir un atentado contra la libertad decidido y de inminente ejecución, y b) la amenaza a la libertad debe ser cierta, no conjetural o presunta. Con base en estos argumentos, rechaza *in limine* la acción, afirmando que:

No basta con la mera enunciación de la fórmula de limitación o amenaza actual. No debe tratarse de meras conjeturas, sino de indicios vehementes que permitan sustentar su temor a una futura y cierta privación de la libertad, o motivos

¹⁴ El protocolo fue establecido mediante la Resolución Nº517/2022 del Ministerio de Seguridad de la Nación, de fecha 4/08/2022.

fundados que los lleven a sostener la existencia de una amenaza o una seria posibilidad de una acción coactiva, de carácter arbitrario e ilegítima.

Este rechazo, ignoró el contexto que motivó su presentación. No consideró que ese mismo abogado fue detenido¹⁵, al igual que una docena de personas, referentes de organizaciones sociales que participaron en las manifestaciones. Tampoco tuvo en cuenta que se realizaron múltiples allanamientos y que circulaban listas con nombres de otros/as abogados/as señalados como “próximos a detener”. Al desestimar la acción, el juez sostuvo que “*no se mostró de manera objetiva y seria, es decir, con evidencias, la existencia de una amenaza o restricción a la libertad*”, desconociendo así un contexto de represión evidente. Si consideramos las lógicas de funcionamiento del Poder Judicial analizadas por Sarrabayrouse Oliveira (2015), esta sentencia puede interpretarse tanto como una suerte de “estreno” en la carrera judicial por parte del juez, cuyo nombramiento se produjo en julio de 2023, como también una posible respuesta a los “intercambios” que facilitaron su designación en el cargo.

El rechazo reiterado de los HC presentados durante este período puede vincularse a diversos factores. Entre ellos, se destacan las limitadas o nulas medidas de investigación, así como la ausencia de pedidos de informes en muchos casos. Se observa, además, una práctica recurrente por parte de los jueces: declararse incompetentes, como estrategia para evitar asumir la responsabilidad de resolver una cuestión social y políticamente conflictiva. Otra práctica habitual es declarar la cuestión como “abstracta”, lo que responde principalmente a la dilación en los plazos entre la presentación y la resolución judicial. Al extenderse en el tiempo un procedimiento que debería ser inmediato, la situación pierde vigencia o se modifican las condiciones que originaron la presentación, lo que termina desvirtuando el sentido del HC como herramienta de protección urgente.

Conclusiones

Si nos preguntamos cuáles son las herramientas que tenemos a nuestra disposición para buscar protección de personas frente a la violencia estatal o en contextos represivos, el HC sigue siendo una respuesta muy utilizada. Como estrategia de defensa de derechos humanos, implica un aprendizaje histórico, un legado de aquellos defensores y defensoras de derechos humanos que buscaron estrategias durante la última dictadura cívico militar.

En contextos represivos, se observa que el HC es muy utilizado tanto colectiva como individualmente, se suelen presentar ante detenciones arbitrarias e ilegales o de manera preventiva con el objetivo de resguardar la libertad ante el peligro inminente de detención. Lejos de ser la “espada flamígera” con la que podíamos afrontar

15 El 24 de octubre de 2023, en un juicio exprés y en tiempo récord, el abogado Nallar fue condenado a la pena de 3 años y 6 meses de prisión efectiva, más un embargo de 7 millones y la inhabilitación para ejercer la profesión, por ser considerado autor material y responsable de los delitos de “Instigación a cometer delitos, Incitación a la violencia colectiva y Alzamiento o Motín en concurso real”, cometidos entre el 17 de junio y el 10 de julio de 2023 en los cortes de las Rutas Nacionales N° 66 y N° 9. Era públicamente conocida la concurrencia del Dr. Nallar, como de otros abogados/as, a los cortes de ruta para asesorar a las comunidades indígenas y demás personas manifestantes, sobre las implicancias de la reforma de la constitución.

todas las dificultades, como señalaba Juliano (2020), en estos contextos el HC puede convertirse en una “papa caliente” que ningún juez quiere agarrar, ni mucho menos resolver.

En la dictadura el rechazo sistemático de HC por parte del poder judicial ha permitido señalar el propósito de brindar un manto de legalidad y encubrimiento a la actuación de las fuerzas represivas (Castro Feijoo y Lanzilotta, 2013) y ha permitido avanzar hacia el juzgamiento de actores civiles como jueces y fiscales (Bohoslavsky, 2015). En la actualidad, los HC también pueden ser una prueba muy importante para denunciar vulneraciones de derechos humanos, tanto en organismos nacionales como internacionales. A pesar del rechazo generalizado por parte de los jueces, en algunas resoluciones se formularon recomendaciones específicas que evidencian el uso excesivo de la fuerza, el incumplimiento de protocolos y la falta de instancias de diálogo en el proceso de reforma constitucional de Jujuy.

A nivel local, pensemos también de qué manera el entramado de relaciones de intercambio habilitado por la Ley N° 5893, que se traduce en “redes de interdependencia”, ha incidido en la creación de nuevos lazos y en el reacomodamiento de grupos dentro del ámbito del poder judicial, redistribuyendo el poder en un contexto de transformaciones en el campo político más amplio (Sarrabayrouse Oliveira, 2015). Estas redes, indefectiblemente, inciden en las decisiones judiciales.

Aunque los resultados, en términos jurídicos, muchas veces no son los esperados, la acción sigue siendo utilizada. Sirve para constatar violaciones de derechos humanos y permite identificar y describir obstáculos en el acceso a la justicia. Al mismo tiempo, nos permite analizar el entramado de relaciones de interdependencia e intercambio entre el poder judicial y el poder ejecutivo.

El HC adquiere un valor político y simbólico altamente estimado, que trasciende lo estrictamente jurídico. Se presenta como un legado de la lucha histórica por los derechos humanos y una herramienta fundamental del activismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALE, A.; BELTRACCHI, P. y ORDÓÑEZ, P. (2023) *El Hábeas Corpus en el ámbito carcelario*. Buenos Aires: 2ª edición, Hammurabi.
- BACCI, C.; BARBUTO, V.; OBERTI, A. y SKURA, S. (2015). *Los abogados defensores de derechos humanos como blanco de la represión (1960-1982) en Bohoslavsky, Juan Pablo ¿Usted también doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. 1ra edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- BOHOSLAVSKY, J. P. (2015) *¿Usted también, doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. 1ra edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores
- ESPINASSI, M. A. (2020) *Hábeas Corpus. Abordaje nacional y provincial*. Jujuy: Editorial El Fuste
- FEIERSTEIN, D. (2014). *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- FRANCO, M. (2016). *La represión estatal en la historia argentina reciente: problemas, hipótesis y algunas respuestas tentativas*. En Águila Gabriela, Garaño Santiago y Scatizza Pablo, *Represión Estatal y Violencia Paraestatal en la historia reciente Argentina. Nuevos abordajes a 40 años del golpe de Estado*, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación Universidad Nacional de La Plata.
- JEMIO A. (2021), *Una revisión crítica del concepto Estado terrorista*, Sociohistórica N° 48, e145, <https://doi.org/10.24215/18521606e145>

MUZZOPAPPA, E. y VILLALTA, C. (2011). “Los documentos como campo. Reflexiones teórico-metodológicas sobre un enfoque etnográfico de archivos y documentos estatales”. *Revista Colombiana de Antropología*, Vol 47, Nº 1, pp. 13-42.

PITA, M. V. (2017), “Pensar la violencia institucional. Vox populi y categoría política local”. *Revista Espacios de Crítica y Producción*, Nº. 53, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

RAFECAS, D. (2023) Prólogo. en Ale, Alejandro, Beltracchi, Pablo y Ordoñez, Pablo. *El Hábeas Corpus en el ámbito carcelario* 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi.

SARRABAYROUSE OLIVEIRA, M. J. (2009). Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente. *Cuadernos de Antropología Social*. Universidad de Buenos Aires, Argentina

SARRABAYROUSE OLIVEIRA, M. J. (2015). Rupturas, continuidades y lealtades en el Poder Judicial en Bohoslavsky, Juan Pablo *¿Usted también doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. 1ra edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.



Autor:

Sebastián Alejandro Rey

Doctor en Derecho (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Profesor de Derechos Humanos (UNPAZ y UBA). Profesor de posgrado y Director de Proyectos de Investigación en Derecho. Director de la Revista Debates sobre Derechos Humanos. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación.
sebastianrey@derecho.uba.ar

EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN EL ACCESO A TRATAMIENTOS MÉDICOS DE ALTO COSTO: ALGUNOS PROBLEMAS QUE SURGEN DURANTE EL LITIGIO EN MATERIA DE SALUD¹

Por Sebastián Alejandro Rey

Introducción

No puede existir duda alguna sobre el reconocimiento normativo del derecho a la salud en la Argentina, tanto a nivel interno –artículos 14 bis, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional– como internacional –artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 4, 5 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 10 del Protocolo de San Salvador; y artículo 19 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores– entre otros.

En otras oportunidades he explicado mi postura sobre la denominada “teoría de las generaciones de derechos humanos” que se utiliza doctrinaria y académicamente con una aparente neutralidad. Considero que todos los derechos humanos implican obligaciones positivas y negativas por parte de los Estados y exigen importantes erogaciones presupuestarias para su goce y ejercicio. Por ende, no existen razones para que los derechos civiles y políticos sean exigibles y justiciables, mientras que el derecho a la salud no lo sea (Rey, 2023: 151 y ss.).

Asimismo, he criticado el rol que el Poder Judicial cumple cuando omite examinar la observancia estatal del principio de progresividad, la utilización del máximo de los recursos disponibles y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales (Rey, 2017: 51 y ss.).

¹ Ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Profesoras y Profesores de Derechos Humanos (septiembre de 2024, Mendoza). Algunas de las ideas aquí contenidas fueron desarrolladas preliminarmente en Rey, 2023: capítulos 6 y 7.

Finalmente, he cuestionado el modo en que los tribunales argentinos analizan la obligación estatal de asegurar la satisfacción de niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos sociales en tiempos de limitaciones graves de recursos, ya sea por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores como desastres naturales (Rey, 2013: 3 y ss.).

Para continuar con los debates en materia de derechos sociales, esta ponencia tiene como objeto advertir –con las limitaciones inherentes a la extensión máxima permitida– algunas problemáticas que se presentan con frecuencia durante el litigio en materia de salud, en particular para acceder a tratamientos médicos de alto costo, y proponer cuál debería ser el rol del Poder Judicial en el trámite de este tipo de expedientes.

Características del sistema de salud argentino

A los fines de poder estudiar las obligaciones en materia de acceso a tratamientos médicos es preciso recordar que el Sistema Nacional del Seguro de Salud argentino fue creado mediante la Ley N° 23.661 con el fin de otorgar prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas y promover, proteger, recuperar y rehabilitar la salud de todas las personas que habiten en nuestro territorio.

Se encuentra dividido en tres niveles: un sistema de atención pública a través de hospitales y centros de salud públicos nacionales, provinciales y municipales; las obras sociales –término que no se agota con las obras sociales sindicales–, que se rigen por las Leyes N° 23.660 y N° 23.661; y las empresas de medicina prepaga, que se encuentran regidas por la Ley N° 26.682.²

Si bien el Estado Nacional es el garante último del derecho a la salud, esta subdivisión genera que existan obligaciones diferenciadas según cuál sea el agente interviniente en el caso puntual, por lo que, por ejemplo, los Estados locales no pueden eludir su propia obligación de asegurar el acceso al derecho a la salud.³

Como destaca la doctrina,

el rol de garante del Estado federal no desplaza la competencia de las provincias, la misma jurisprudencia ha establecido que cuando el Estado federal deba responder por prestaciones que corresponden primariamente al ámbito de competencia provincial podrá activar mecanismos de reembolso o recuperación del costo de esas intervenciones y al mismo tiempo podrá exigir participación de las autoridades provinciales en el cumplimiento de las sentencias judiciales que impongan prestaciones (Abramovich y Pautassi, 2008: 267).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) subrayó que, en función de los instrumentos a los que voluntariamente se sometió la Argentina, existe una obligación del Estado de tomar medidas positivas para garantizar el derecho a la

² Pese a las reformas introducidas por el Decreto N° 70/2023, y a las que permanentemente se anuncian en los medios de comunicación, a la fecha de esta ponencia el Sistema no ha sufrido mayores modificaciones en este aspecto.

³ En efecto, la CSJN ha resuelto conflictos en favor de la competencia de la justicia ordinaria provincial cuando se encuentra demandada una entidad de salud provincial, pues el respeto a la autonomía de las provincias exige que se reserve a la justicia local el conocimiento de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial (CSJN, 2022).

salud, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina prepaga (CSJN, 2005).

Más cerca en el tiempo, interpretó que el Estado se halla obligado a brindar las prestaciones sólo de manera subsidiaria, pues dicha cobertura corresponde primariamente a las obras sociales, si el/la solicitante se encuentra afiliado o afiliada a alguna (CSJN, 2020b).⁴

Algunas problemáticas que se presentan en el litigio para acceder a tratamientos médicos de alto costo

En el ámbito regional de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) reconoció que el derecho a la salud incluye el acceso a bienes de calidad, tratamiento y medicamentos (Corte IDH, 2018: párr. 114).

Asimismo, resaltó que los Estados deben tener un marco normativo adecuado que regule la prestación de los servicios de salud, estableciendo estándares de calidad tanto para las instituciones públicas como para los establecimientos privados que permitan prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones (Corte IDH, 2013: párr. 134).

En “Vera Rojas” el tribunal regional entendió que

“los Estados tienen el deber de garantizar [la] prestación, al igual que regular y fiscalizar la actividad de las empresas privadas de servicios de salud, incluidos los servicios de las aseguradoras, en tanto su actuación se encuentra en la esfera de un servicio de naturaleza pública, por lo que actúa a nombre del Estado” (Corte IDH, 2021: párr. 124).⁵

En síntesis, la Corte IDH reconoció que el deber de fiscalización y supervisión estatal comprende los servicios ofrecidos tanto por el Estado como por particulares y tiene que orientarse a asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad y calidad de las prestaciones médicas.

Del mismo modo, en el ámbito universal se ha señalado que la obligación de “proteger” implica que los Estados deben impedir que terceros interfieran en el ejercicio del derecho a la salud. El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otro tipo para evitar que agentes privados violen este derecho cuando brinden servicios. Esto puede hacerse, a modo de ejemplo, a través de sanciones o leyes que impongan un piso mínimo de prestaciones de salud. También debe controlar la comercialización de

4 Vale la pena advertir que en el expediente que aquí se menciona no se había alegado ni comprobado que existía una situación de urgencia con graves consecuencias para la salud si se interrumpía el tratamiento, situación que sí se había presentado en el leading case “Campodónico de Beviacqua” (CSJN, 2000). Otra diferencia entre ambos casos es que en “Padilla” no se había realizado ningún reclamo ante la obra social. En igual sentido, ver CSJN, 2015.

5 En el párrafo 145 de dicha sentencia la Corte IDH destacó que “son las empresas privadas las primeras encargadas en tener un comportamiento responsable respecto de las actividades que realicen, lo que implica que deben adoptar las medidas necesarias para que sus actividades no tengan impactos negativos en los derechos humanos de las personas, subsanar dichas violaciones cuando ocurran, y adoptar prácticas con un enfoque dirigido a que sus actividades respeten los derechos humanos. Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública, y está ejerciendo funciones inherentes al poder público”.

medicamentos y velar por que la privatización no sea una amenaza para la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de bienes, servicios y establecimientos de salud (Comité DESC, 2000: párr. 51).

En consonancia con los referidos estándares, la CSJN –al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General de la Nación– ha reconocido que a efectos de cumplir con sus obligaciones positivas en el tema, el Estado puede regular la actividad de las empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, imponiéndoles cargas específicas de cobertura (CSJN, 2001).

En materia de acceso a tratamientos médicos de alto costo, corresponde comenzar mencionando que el artículo 28 de la Ley N° 23.661 previó que los Agentes del Seguro de Salud deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, que se actualizará periódicamente, de acuerdo con lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación.

Otra norma importante a tener en cuenta es la Ley N° 24.754, en tanto dispone que las empresas de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias que las dispuestas respecto de las obras sociales.

En este sentido, el artículo 7 de la Ley N° 26.682 crea la obligación de cubrir, como mínimo en los planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente (en adelante, PMO) y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la Ley N° 24.901⁶ y sus modificatorias.

El PMO fue creado mediante el Decreto N° 492/1995 y aprobado por la Resolución N° 247/1996 del entonces Ministerio de Salud y Acción Social. Posteriormente, el PMO y el Catálogo de Prestaciones, que incluye todas las prestaciones que los Agentes del Seguro de Salud deben brindar a sus beneficiarios/as, fueron ampliados mediante la Resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud.

Con posterioridad se dictó la Resolución N° 201/02 del Ministerio de Salud, que aprobó el “Programa Médico Obligatorio de Emergencia”, integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud.

A su vez, la Resolución N° 1991/05 del Ministerio de Salud aprobó como parte integrante del PMO las previsiones de la Resolución N° 201/02, sus ampliatorias y modificatorias, con más las inclusiones de los dos Anexos que la acompañan.

Por último, la Resolución N° 1926/24 del Ministerio de Salud eliminó la injerencia de la autoridad de aplicación en los valores de los coseguros tanto para los Agentes del Seguro de Salud como para las Entidades de Medicina Prepaga, permitiendo que aquellos sean fijados libremente, con excepción de algunas prestaciones incluidas en el Anexo de la norma que continúan exentas (por ejemplo, consultas oncológicas).

Esto implica que el Estado argentino ha dictado una serie de normas que establecen un nivel mínimo de prestaciones que se deben garantizar en materia de salud. Por ende, existen tratamientos médicos que se encuentran reconocidos por la normativa y otros no.

6 Esta norma detalla el tipo de prestaciones que deberán asegurarse a las personas con discapacidad y define que su cobertura total estará a cargo de las obras sociales –artículo 2– y del Estado, a través de sus diferentes organismos, si no se encontrare afiliada a ninguna obra social –artículo 4–.

En algunos casos, como cuando se trata de pacientes oncológicos, la Resolución Nº 201/02 del Ministerio de Salud dispone en su artículo 7.3 la cobertura del 100% de los “medicamentos para uso oncológico”.

Sin embargo, para otras patologías la cobertura del tratamiento puede no ser gratuita para el/la paciente, encontrándose garantizada, por ejemplo, al 70% de su valor.

Sobre este último aspecto la CSJN en reiteradas oportunidades ha sostenido que resulta constitucional establecer topes arancelarios a la cobertura de las prestaciones, por lo que el Agente del Seguro de Salud no siempre se encuentra obligado a asumir el gasto total de las prestaciones reconocidas (CSJN, 2017a y 2020c).

En este contexto, la Resolución Nº 1230/08 del Ministerio de Salud puso en vigencia el “Nomenclador de Prestaciones de Salud” mediante el cual se establecieron los aranceles modulares para los Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada, que también utilizan las empresas de medicina prepaga para fijar los aranceles mínimos obligatorios.

A modo de ejemplo, al referirse al sistema de cobertura de la asistencia domiciliaria la CSJN consideró que

“resulta compatible con la aplicación de topes arancelarios, lo que implica que, aunque el agente de servicios de salud se encuentre necesariamente comprendido en el régimen legal, no por ello está obligado a asumir el gasto total de las prestaciones por los conceptos allí definidos” (CSJN, 2017b).

Lo expuesto tiene un matiz adicional si la persona en cuestión tiene una discapacidad. En efecto, el Decreto Nº 1193/98, reglamentario de la Ley Nº 24.901, facultó al Ministerio de Salud a dictar las normas complementarias necesarias, entre las que se destaca la Resolución Ministerial Nº 428/99 que estableció el “Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad”, que fija los módulos de las prestaciones específicas y sus valores, que se van actualizando periódicamente.

A partir de lo señalado, un primer problema que surge en materia de acceso a tratamientos médicos de alto costo se vincula con el nivel de cobertura. Es frecuente que, cuando la cobertura no sea total, el/la paciente cuestione judicialmente el porcentaje que la normativa reconoce. En algunos casos incluso argumentará que la imposibilidad económica en la que se encuentra para cubrir por su cuenta el porcentaje no cubierto para acceder al tratamiento médico en la práctica constituye una negativa a garantizárselo. Por lo tanto, el Poder Judicial es llamado en cada uno de estos expedientes a analizar la razonabilidad del porcentaje fijado en la normativa y su impacto en el caso concreto.

Un segundo grupo de problemas que me gustaría advertir se vincula con el tratamiento ordenado en cada caso por el/la profesional de la salud;⁷ es decir, con la prescripción médica.

⁷ La CSJN tiene dicho que las obras sociales y empresas de medicina prepaga se reservan la potestad de definir el cuerpo de especialistas y las instituciones que ponen a disposición de sus usuarios en sus cartillas, por lo que, en principio, la indicación de prestaciones médicas no implica la libre elección de médicos y/o prestadores. No obstante, el/la paciente podría elegir un prestador no incluido si no se le pone a disposición otro prestador idóneo para tratar su patología o si ya se estaba atendiendo hace años con un prestador y no se brindan razones que justifiquen la derivación a otro (CSJN, 2020a).

La CSJN dijo –nuevamente al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General de la Nación– que

“es tarea de los profesionales médicos lo atinente al diagnóstico de la dolencia y la prescripción de las drogas que la combatan o atenúen, siendo impensable que prescriban un medicamento que no resulte conveniente para el tratamiento del paciente” (CSJN, 2003).

Asimismo, el Cuerpo Médico Forense, cuyo “objeto es el auxilio específico a los órganos jurisdiccionales de la Justicia nacional y federal” dentro de cuyo contexto se erige en “el órgano de máxima jerarquía pericial en materia médico, psicológico, odontológico y químico-legal”, reiteradamente ha puesto en resalto que el/la profesional de la medicina que trata la patología de un/a paciente es quien puede efectuar la prescripción que proporcione mejores resultados a la dolencia que lo/a aqueja.

No obstante ello, en numerosos expedientes judiciales, el Estado, una obra social o una empresa de medicina prepaga buscan sustituir el criterio del “médico tratante” por el propio, principalmente ofreciendo un tratamiento distinto al prescripto –por supuesto, más económico–.

Adicionalmente, existe una gran cantidad de litigios vinculados con tratamientos médicos indicados por un/a profesional de la salud que no se encuentran incluidos en el PMO.

Al analizar los límites que tiene el PMO, la CSJN sostuvo que deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1 del Decreto N° 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes, medicamentos y servicios básicos para la conservación de la salud (CSJN, 2006).

Por ende, sostuvo que

“las entidades de salud deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del PMO, toda vez que debe entenderse que fija un piso de prestaciones mínimas y no máximas para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud” (CSJN, 2004).

Si bien las prestaciones que se incluyen en el PMO se deben actualizar periódicamente –en función del descubrimiento de nuevas patologías y tratamientos– en la práctica ello no ocurre, ya sea porque estamos frente a tratamientos que se encuentran en una fase experimental, en vías de aprobación por la Autoridad o directamente porque la Administración decidió no hacerlo hasta el momento.

Por otra parte, en relación con los medicamentos la CSJN reconoció la potestad indelegable del Estado de fiscalizar su comercialización a los fines de evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública (CSJN, 1995).

Asimismo, ha señalado que no corresponde la cobertura de un tratamiento biomédico respecto del cual la autoridad sanitaria no ha otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen (CSJN, 2021).

De este modo, considero que se encuentra fuera de discusión que es el Estado quien autoriza o no la entrega de un medicamento al público, independientemente de la opinión de un/a profesional de la salud que lo prescriba.

En la Argentina, el Decreto N° 1490/1992 creó la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), organismo descentralizado que se encuentra dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación y tiene como función el control y fiscalización sobre la sanidad y calidad de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico, materiales y tecnología biomédicos y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana.

La realidad argentina demuestra que diariamente se presentan amparos exigiendo el acceso a tratamientos médicos autorizados para su comercialización pero que no se encuentran incluidos en el PMO y el Poder Judicial es llamado a determinar en cada caso si debe garantizarse o no.

Los resultados de estos litigios son diversos, incluso dentro de las mismas jurisdicciones. Como ejemplo de resultado positivo para el paciente, la CSJN reconoció que se debía otorgar la cobertura para una cirugía con endoprótesis, pese a que no se hallaba incluida en el PMO, ya que se trata de una terapéutica más moderna y segura, por lo que “someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible” (CSJN, 2014). Nótese que en este caso se estaba frente a una técnica segura y no experimental.

Una última cuestión que me interesa destacar se vincula con la inclusión o no de determinados medicamentos en los vademécum de los distintos Agentes del Seguro de Salud.

Luego del proceso de aprobación de la comercialización de un medicamento en la Argentina por parte de la ANMAT, éste se incluye en el Vademécum Nacional de Medicamentos, fuente oficial de actualización permanente. Por ende, a partir de dicho momento no existen razones para que un Agente del Seguro de Salud no lo incluya dentro de su listado interno de medicamentos.

Por el contrario, pese a que existen numerosos expedientes judiciales en los cuales se reclama a un agente la provisión o la cobertura de tratamientos experimentales –muchos con sentencias favorables de primera o segunda instancia–, considero que si aún no han sido autorizados por la ANMAT para su comercialización no es razonable que el Poder Judicial se involucre en este tipo de discusiones (cf. CSJN, 2010).⁸

8 Existe cierta controversia respecto del “Régimen de Accesibilidad de Excepción a Medicamentos” (aprobado por la ANMAT a través de la Disposición N° 4616/2019), mediante el cual se autoriza la importación de medicamentos que a nivel nacional aún no han sido aprobados para su comercialización, pero que lo han sido por otras administraciones, como la FDA (Estados Unidos) o la EMA (Unión Europea). Debo señalar que dicho régimen no crea deber alguno en cabeza de los Agentes del Seguro de Salud en materia de cobertura, sino que autoriza que la persona pueda adquirir por su cuenta dicha medicación. Por ende, entiendo que la aprobación por parte de agencias extranjeras sólo podría utilizarse como argumento para intentar que la ANMAT acelere el proceso de aprobación a nivel local, pero no para crear una obligación jurídica por parte de los sujetos obligados a cubrir tratamientos médicos. En sentido contrario, ver el dictamen del Procurador Fiscal en “B., E. c/I.S.S.N. s/ acción de amparo”, 13 de julio de 2022. Vale la pena destacar que cuando la CSJN tuvo que dictar sentencia en el expediente aquí referido, la ANMAT ya había dictado la Disposición que autorizaba la comercialización y la demandada había cumplido con la prestación, por lo que la cuestión se volvió abstracta (CSJN, 2024). Ello refuerza mi postura respecto de que se debería esperar o intimar a la ANMAT a que avance con el procedimiento tendiente a lograr la autorización y no sustituir su rol mediante una sentencia.

¿Qué debería hacer el Poder Judicial frente a las problemáticas expuestas?

En función de las características del Sistema Nacional del Seguro de Salud argentino que han sido expuestas, el Poder Judicial es llamado diariamente a resolver miles de amparos de salud en el ámbito federal y provincial a lo largo y ancho del país. Incluso la CSJN interviene en muchos de estos procesos.

Un Poder Judicial pasivo ante las violaciones al derecho a la salud genera la responsabilidad del Estado argentino. Por lo tanto, considero que se le debe exigir algún tipo de intervención para la garantía de este derecho, sin olvidar que son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en el ámbito de sus respectivas competencias –y no el Judicial–, los responsables de diseñar las políticas públicas en materia de salud en nuestro país.

En efecto, la discusión y negociación en el Parlamento –foro político principal– sirve para que los distintos sectores de la sociedad celebren sus acuerdos sobre cómo resolver los diferentes reclamos. Un proceso de discusión similar se da cada dos años cuando se realizan elecciones de legisladores/as. La supremacía judicial, entendida como “gobierno del Poder Judicial” que suplantaría a los otros dos poderes en la toma de decisiones, viola el respeto a la voluntad democrática y debe ser descartada.

Se ha cuestionado la falta de legitimidad y capacidad institucional del Poder Judicial para resolver cuestiones similares a las analizadas en esta ponencia por medio de sentencias con diferentes argumentos. Además del carácter antidemocrático del Poder Judicial y la violación de la separación de poderes, se ha señalado la falta de legitimación del Poder Judicial para controlar la razonabilidad del ejercicio de atribuciones propias de la administración; la falta de idoneidad técnica y científica de jueces y juezas para alcanzar soluciones idóneas en casos complejos; y el hecho de que medidas como el desacato o las multas pecuniarias ante el incumplimiento de resoluciones judiciales son raramente utilizadas (Cf. Bergallo, 2006).

Entiendo que al momento de resolver procesos sumarísimos, generalmente amparos, en los cuales se discute el acceso a tratamientos médicos de alto costo, se puede llevar adelante un activismo judicial restringido que busque garantizar el derecho a la salud sin que jueces y juezas terminen diseñando la política pública estatal sobre la materia.

En relación con los topes arancelarios a la cobertura de prestaciones médicas, la CSJN ya reconoció su constitucionalidad. Esos topes, que son fijados por la Administración, se supone que han sido cuidadosamente analizados y que existen razones para que algunos tratamientos médicos se cubran al 100% de su valor, otros al 70% y así sucesivamente.

Por lo tanto, entiendo que en el ámbito de los procesos judiciales sólo podrá discutirse la razonabilidad de los criterios seguidos por la Administración. En caso de que un porcentaje resulte irrazonable, se debería declarar la inconstitucionalidad de ese apartado de la norma y devolverla al Congreso o al Poder Ejecutivo para que sea modificada, sin imponer una solución concreta, puesto que no puede aceptarse que cada juez o jueza determine el porcentaje de cobertura que considera debería tener un tratamiento médico. Además, resulta contrario al principio de igualdad y sumamente

injusto, que dependiendo el juzgado en el que se sortee un juicio de amparo, la persona acceda a un mayor o menor porcentaje de cobertura de un tratamiento médico.

Por otra parte, se debe discutir qué debe hacer el Poder Judicial cuando considera que el porcentaje de cobertura de un tratamiento médico es razonable, pero igualmente la persona no puede acceder por su alto costo. Esto se vuelve relevante en un país como la Argentina, en el cual más del 45% de su población se encuentra por debajo de la línea de pobreza o indigencia. En estos casos, considero que debería convocarse al Estado como último garante del respeto al derecho a la salud dentro de su jurisdicción.

Cuando directamente un tratamiento médico no se encuentra incluido en el PMO, la discusión sobre el rol del Poder Judicial es todavía más compleja. No se puede presumir la impericia o crueldad de la Administración al momento de determinar qué tratamientos médicos son incluidos y cuáles no. En esa decisión no solo se evalúan cuestiones médicas, sino también presupuestarias que el Poder Judicial no puede desconocer.

Cuando un juez o una jueza decide ordenar que se garantice un tratamiento médico de alto costo que se encuentra excluido del PMO, frecuentemente se limita a reconocer la importancia del derecho a la vida de un/a paciente, sin tener en consideración la “película completa”. Eso deja su conciencia tranquila, pero omite la circunstancia de que en el marco de esos procesos sumarísimos se resuelven casos individuales, aunque, por lo general, este tipo de problemáticas afectan a grupos enteros de beneficiarios/as. La sumatoria de estos casos individuales genera a la larga importantes impactos colectivos y sistémicos que no son valorados por el Poder Judicial, en particular, en lo relativo a las consecuencias presupuestarias que conllevan sus fallos (Cf. Abramovich, 2009: 78).

Si bien es cierto que “una sentencia puede constituir un vehículo importante para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública” (Abramovich y Courtis, 1997: 300 y 301), ello solo puede tender a garantizar el acceso a tratamientos médicos de la población en la medida en que se involucren a los otros poderes del Estado en la decisión a la que se arribe.

Ello se debe a que el fenómeno de la catarata de sentencias puede funcionar como una “luz de alarma” a los otros dos poderes del Estado respecto de la necesidad de definir un curso de acción frente a un problema que pueden no haber conocido o cuya importancia pudieron haber desestimado. No obstante, cuando ello no ocurre se generan sistemas duales, en los cuales las personas que acceden a la tutela judicial logran un tipo de prestaciones y las que no acuden a los tribunales reciben otro. Esta situación provoca desigualdad, incertidumbre y, como efecto no deseado, multiplica las acciones judiciales (Cf. Abramovich, 2009: 79-83).

Conclusiones

Desactivar el modelo de litigio en materia de amparos de salud en la Argentina parece imposible, pero la respuesta no puede ser ignorar el problema y continuar con una forma de resolver casos individuales que es económicamente inviable –principalmente para los agentes demandados– y moralmente injusto –para los y las pacientes–. Es necesario que en algún momento el Poder Judicial comience a hacer algo distinto.

En este sentido, considero que los jueces y las juezas pueden asumir un rol activo y convocar a los otros poderes a debatir la mejor solución posible para el caso particular, pero teniendo en cuenta el impacto que el litigio provoca en el sistema. Una vez alcanzado algún tipo de solución, el Poder Judicial podrá controlar su cumplimiento (Cf. Abramovich y Courtis, 2001: 13).

Por el contrario, considero que el Poder Judicial debería ser más activo y rechazar sin demoras los planteos que se limitan a no entregar un medicamento prescripto por un/a profesional de la salud porque la demandada no comparte el diagnóstico o porque cuestiona la eficacia de esa medicación para tratarlo, sin ofrecer ningún tipo de prueba que acredite su postura.

Esas dilaciones deberían ser sancionadas, en tanto no se debe perder de vista que nos encontramos frente a procesos en los cuales se debe definir sin demora la garantía del derecho a la salud.

Del mismo modo, una vez aprobado por la autoridad de control, la falta de inclusión de un medicamento en el vademécum interno de un Agente del Seguro de Salud no constituye una razón atendible para no asegurar un tratamiento médico, ya que se trata de una omisión que obedece a un defecto organizativo del agente, mas no a un vacío normativo.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. (2009). *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales*. En Abramovich V. y Pautassi L. (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En Abregú, M. y Courtis, C. (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores Del Puerto.

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C. (2001). El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible, *La Ley*, tomo 2001-D, Buenos Aires.

ABRAMOVICH, V. Y PAUTASSI, L. (2008). El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina, *Salud Colectiva*, vol. 4, no. 3, UNLa: Remedios de Escalada.

BERGALLO, P. (2006). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. En Derecho y Pobreza. *Actas del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2005*, Buenos Aires: Editores Del Puerto.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2000), *Observación General Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º período de sesiones.

CORTE IDH (2013). Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 261.

CORTE IDH (2018). Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 359.

CORTE IDH (2021). Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 439.

CSJN (1995), “Laboratorios Ricar S.A. c/Estado Nacional (M° de Salud y Acción Social) s/daños y perjuicios”, Fallos: 318:2311.

CSJN (2000), “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos: 323:3229.

CSJN (2001), “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparos y sumarísimos”, Fallos: 324:754.

CSJN (2003), “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo”, Fallos: 326:4931.

CSJN (2004), “V., W.J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo”, Fallos: 327:5373.

CSJN (2005), “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”, Fallos: 328:4640.

CSJN (2006), “Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJP s/amparo”, Fallos: 329:1638.

CSJN (2010), “Buñes, Valeria Elisabet c/Obra Social Unión Personal y otro”, Fallos: 333:690.

CSJN (2014), “Duich Dusan, Federico c/CEMIC Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/amparo”, Fallos: 337:471.

CSJN (2015), “P., A. c/Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/amparo”, Fallos: 338:488.

CSJN (2017a), “V. I., R. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ordinario”, Fallos 340:1269.

CSJN (2017b), “P., V.E c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud”, Fallos: 340:1600.

CSJN (2020a), “L S., M.T. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud”, Fallos: 343:1406.

CSJN (2020b), “Padilla, Laura Rosario c/Hospital de General Roca y otros s/amparo – apelación”, Fallos: 343:1673.

CSJN (2020c), “A.V., V.M. y otro c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud”, Fallos: 343:1800.

CSJN (2021), “B., M. A. y otros c/(OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/amparo Ley Nº 16.986”, Fallos: 344:551.

CSJN (2022), “G., M. P. c/IOMA s/acción de amparo”, Fallos: 345:1496.

CSJN (2024), “B., E. c/ I.S.S.N. s/ acción de amparo”, CSJ 1782/2021/1/RH1, 13 de agosto de 2024.

REY, S. A. (2013). ¿Existe un derecho a la vivienda adecuada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?, *Revista de Derechos Humanos*, Año I, Número 2, Buenos Aires: Infojus.

REY, S. A. (2017). El análisis presupuestario: el gran ausente a la hora de resolver amparos en materia de derecho a la vivienda. En Thea, F. G. y Benente, M. (comps.). *Derecho a la vivienda y litigio estructural*, 1ª edición, José C. Paz: Edunpaz.

REY, S. A. (coord.) (2023). *Manual de Derechos Humanos*. Tomo II, José C. Paz: Edunpaz.





Autora:
Romina Ronda

Docente de grado y posgrado de la Universidad
Nacional de Catamarca.

rominaronda@derecho.unca.edu.ar

LOS DELITOS COMETIDOS DURANTE LA GUERRA DE MALVINAS COMO CRÍMENES DEL DERECHO INTERNACIONAL: UN CAMINO HACIA SU JUSTICIABILIDAD EN EL FUERO DOMÉSTICO.

Por Romina Ronda

Notas introductorias

El 3 de enero de 1833, transcurridos veintitrés años de ejercicio soberano argentino en las Islas Malvinas, llegó a Puerto Soledad la corbeta británica HMS Clío, al mando del Capitán John Onslow. Mediante amenaza del uso de la fuerza, expulsó a las autoridades y al setenta por ciento de la población que se encontraba allí y que era de origen argentino¹. Un siglo y medio después, el 2 de abril de 1982, tuvo lugar la Operación Rosario: una acción militar unilateral con la que la Junta Militar que gobernaba entonces nuestro país, heredera de aquella que había usurpado el poder en marzo de 1976, tomó el control de las islas y desencadenó un conflicto armado cuyos protagonistas fueron, mayoritariamente, jóvenes conscriptos bautizados rápidamente como *los chicos de la guerra*².

El regreso de los soldados argentinos al continente, una vez declarado el fin de las hostilidades, estuvo marcado por un mandato de silencio sobre las experiencias de combate, en particular, sobre las torturas y malos tratos que algunos de ellos recibieron por parte de oficiales de la propia institución que los había incorporado³. Seguidamente, durante los meses de la transición al régimen democrático, se vivió lo que la literatura especializada denomina *clima de desmalvinización*, esto es una

1 Kohen, M. y Rodríguez, F. Las Malvinas entre el derecho y la historia: refutación del folleto británico “Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falklands=Malvinas”; 1ª. Ed. 1ª reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2017, págs. 181 a 187.

2 Lorenz, F. Las guerras por Malvinas: 1982-2022; 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Edhasa, 2022, págs. 37 a 38.

3 Gamarnik, C.; Guembe, M. L.; Agostini, V. Y Flores, M. C. El regreso de los soldados de Malvinas: la historia de un ocultamiento. *Revista Nuevo Mundo Mundos Nuevos [en línea], Imágenes, memorias y sonidos*, publicado el 8 de octubre de 2019 y disponible en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/76901>. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025.

operación premeditada que, a través del fomento de un estado de olvido, expresado en la apatía y la indiferencia sobre el tema, tuvo por fin desactivar los sentimientos nacionales alrededor de Malvinas.

Fue recién en el año 2006, en el marco de la reapertura de los juicios por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura, que aquellos vejámenes fueron denunciados en el ámbito judicial. Los procesos penales que se siguen desde entonces han dado cuenta del problema central en torno a su justiciabilidad.

La tortura como grave violación de derechos humanos

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, tal es la formulación que prevén los principales instrumentos internacionales al reconocer el derecho de toda persona a su integridad⁴, y esa prohibición absoluta pertenece hoy día al dominio del *jus cogens*⁵. A su vez, en el derecho argentino, la Constitución Nacional sancionada en 1853/60 ya prohibía expresamente la aplicación de torturas y los azotes, y diversas leyes penales que se sucedieron desde entonces tipificaron las severidades, vejaciones y apremios ilegales, estableciendo para cualquiera de esas conductas una escala penal leve. En 1958, la Ley N° 14.616 introdujo el artículo 144 ter al código vigente, que penalizó diferenciadamente y con mayor severidad la aplicación de tormentos.

Sin embargo, durante la última dictadura cívico militar y pese a la vigencia formal de esas normas, la imposición de todo tipo de martirios fue moneda corriente en cualquier comisaría, unidad militar o dependencia penitenciaria, pero, fundamentalmente, en los más de 340 centros clandestinos de detención que existieron a lo largo y a lo ancho del territorio nacional⁶. El orden normativo secreto que sustentó su aplicación, a partir de un plan perfectamente estructurado y reglado, fue lo que,

4 Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5, inc. 2), Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3) y Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 8). En sentido similar, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 26, in fine), Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 2); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 10), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, (art. 2); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5), Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño (art. 16), Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (art. 4), Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Principio 6), Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (art. 5); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Regla 87.a), Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven (art. 6), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Regla 17.3), Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (art. 4), Líneas Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la Lucha Contra el Terrorismo (Directriz IV), Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, Convenio III de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (arts. 49, 52, 87 y 89, 97), Convenio IV de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (arts. 40, 51, 95, 96, 100 y 119), Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (art. 75.2.ii), y Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (art. 4.2.a). El 9 de diciembre de 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes”, en cuyo preámbulo se indica que constituye “una norma de orientación para todos los Estados y demás entidades que ejerzan un poder efectivo” (v. esp. arts. 2, 4, 8, 9 y 10).

5 Méndez, J. Obligaciones Internacionales del Estado en Materia de Tortura, en: F. Salvioli y otros, *Congreso Internacional sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Prevenir y sancionar la tortura en Argentina a 200 años de su prohibición*, 1ª ed., Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2014, págs. 23-37. Por lo demás, el *Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, presentado por Dire Tladi, Relator Especial, y aprobado por la Comisión de Derecho Internacional durante su 71º período de sesiones celebrado en Ginebra, del 29 de abril al 7 de junio y del 8 de julio al 9 de agosto de 2019 (A/CN.4/727), lo enumera en una lista ilustrativa de normas cuyo carácter imperativo ya ha sido reconocido por la Comisión.

6 Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Nunca Más, 4a ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1984; págs. 479-482.

entre otras cosas, garantizó durante años la impunidad de sus autores; al punto que los tribunales de entonces no ordenaron prácticamente sanción alguna en relación con tales actos, y esa garantía, es decir la certeza de saber que los delitos cometidos no serían castigados, fue el mecanismo central de la llamada guerra contra la *subversión*⁷.

En ese contexto normativo y fáctico ocurrieron los hechos que configuran el *Caso Malvinas*. En efecto, los actos de tortura denunciados tuvieron lugar entre los meses de abril y junio de 1982, en el lapso de los 74 días que duró el conflicto bélico y en ese concreto escenario, durante la vigencia de lo que algunos autores han caracterizado como Estado terrorista, aun cuando el término no está exento de crítica⁸.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la tortura ha sido calificada como una grave violación, con consecuencias específicas en el ámbito de la responsabilidad estatal. Particularmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dos precedentes en los que condenó a la Argentina por violación, entre otros, del derecho a la integridad personal, reafirmó que la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole, y dispuso, como medida de reparación a las víctimas, iniciar o continuar los procesos ya iniciados en el ámbito doméstico, según las respectivas previsiones legales⁹.

En esa línea, a través de la aprobación de los dos tratados específicos en la materia con posterioridad a la restauración democrática, Argentina se obligó convencionalmente a investigar, pronta e imparcialmente, todo acto de tortura respecto del cual haya motivos razonables para creer que ocurrió dentro de su jurisdicción¹⁰. Por lo demás, no se discute que el deber de castigar la aplicación de la tortura hace parte del derecho internacional consuetudinario desde tiempos muy anteriores al período analizado¹¹, y que ello integra el denominado derecho de gentes, receptado por el artículo 118 de la Constitución Nacional y algunas leyes federales, como la Ley Nº 4812.

7 Salinas, P. La aplicación de la tortura en la República Argentina: realidad social y regulación jurídica. Del Puerto, 1º Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2010, págs. 39-42.

8 Duhalde, E. El Estado Terrorista argentino. Colihue, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2013, v. esp. págs. 337-359. Para comprender mejor el origen del término y sus críticas, véase: Jemio, A. Una revisión crítica del concepto 'Estado terrorista'. Revista Sociohistórica, 2021 (48), e145, disponible en: <https://doi.org/10.24215/18521606e145>. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025

9 Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párrs. 88 y 175; y *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párrs. 88, 90 y 211.

10 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (art. 12); y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 8).

11 Ver, por todos: Rogers, G. *Argentina y la Tortura: Obligación de juzgar a los responsables*. Traducido por Javier Mignone. Cuadernos del CELS, Año I N°2, Buenos Aires, 1990, págs. 20-25.

12 Sobre el derecho de gentes y su recepción constitucional, véase Bidart Campos, G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: nueva edición ampliada a 2002-2003*, 1ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2003, vol. II-A, págs. 96-98 y 181-189. Acerca del contenido material del derecho de gentes, la CSJN, en la sentencia del 2 de noviembre de 1995 en el conocido caso Priebke, decidió que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad del Estado requirente o requerido (aludiendo al supuesto de extradición que le estaba sometido en el caso), sino que dicha calificación delictual pertenece a los principios del *ius cogens* del derecho internacional (Fallos: 318:2148).

La prescripción de la acción penal: ¿un obstáculo a la justiciabilidad de las graves violaciones de derechos humanos?

A esa indudable obligación internacional de los Estados de investigar y sancionar la tortura se opone el instituto de la prescripción, cuyo fundamento, desde antiguo, se ha asociado tanto a la certidumbre como a los fines de la pena. Respecto de esto último, el orden jurídico presume que el tiempo opera una suerte de olvido del hecho delictivo dañoso y que, en consecuencia, su persecución y castigo ya no resultan útiles¹³. Esa fue la teoría seguida por nuestro codificador penal y ha sido incluso defendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁴, para quien el instituto de la prescripción

“encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el ‘olvido y el desinterés del castigo’ y [...] las normas legislativas que lo regulan se fundan en ‘consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal’”¹⁵.

Aunque ese instituto no se encuentra expresamente mencionado ni en los textos constitucionales clásicos ni en los tratados sobre derechos humanos, ha sido unánimemente aceptada en el derecho nacional la idea de que forma parte del contenido insoslayable de ley previa a la que refiere el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo que se encuentra alcanzado por el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad¹⁶.

Esto dio origen a un intenso debate al tiempo de la reapertura de los juicios por los crímenes de la última dictadura¹⁷, por la imposibilidad de aplicar retroactivamente la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad* (1968) —aprobada por Ley N° 24.584, el 1 de noviembre de 1995— y del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* —aprobado por Ley N° 25.390, el 17 de julio de 1998—, condicionando la posibilidad de responsabilizar penalmente a uno o más individuos por su autoría o participación en esos ilícitos treinta años después de ocurridos. No obstante, la Corte Suprema zanjó la cuestión al dejar claro que el tratado de 1968 sólo reconoció una norma ya vigente al tiempo de los hechos, en función del derecho internacional público de origen consuetudinario al que remite el ya mencionado artículo 118 de la Constitución Nacional¹⁸.

13 Riera, R. La prescripción en el derecho internacional de los derechos humanos. Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires: 2021, págs. 28-29.

14 Pastor, D. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires: 2002, pág. 455.

15 Fallos: 344:1952, Price, y sus citas, entre muchos otros.

16 Pastor, D., op. cit., pág. 453. Asimismo, ver Fallos: 287:76, Mirás, y sus numerosas citas sobre el punto. Véase, también, Riera, R., op. cit., págs. 30-32; y Bidart Campos, G., op. cit., págs. 91, 95-96 y 99.

17 En efecto, la prescripción no fue un problema durante la primera etapa en la justiciabilidad de los crímenes de la dictadura. Así, luego de la restauración democrática y una vez derogada por inconstitucional e insanablemente nula la Ley N° 22.924 —se trata de la conocida autoamnistía decretada por el entonces presidente de facto Bignone—, las Cámaras Federales de Apelaciones —ante la demora injustificada o negligencia de los tribunales militares que habían iniciado diversos procesos con base en el Código de Justicia Militar entonces vigente— se avocaron a la investigación de los hechos de naturaleza penal, realizados en ocasión o con motivo de la denominada lucha antisubversiva, entre los cuales, y como ya se dijo, cupieron numerosos casos de tortura. En ese tiempo, aun partiendo del criterio de la continuidad entre el Estado argentino dictatorial y el democrático, las acciones penales no estaban prescriptas, salvo excepciones, por lo que “no llegó a ser necesaria una consideración ‘revolucionaria’ ni un debate elevado sobre la aplicación del derecho internacional” (cfr. Sancinetti, M. y Ferrante, M. El derecho penal en la protección de los derechos humanos; Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pág. 223).

18 Fallos: 318:2148, *Priebke*; 327:3312, *Arancibia Clavel*, en particular los considerandos 26 a 33 del voto de los jueces Zaffaroni y Highton. En doctrina, el tema fue muy bien planteado por Sancinetti y Ferrante en la op. cit., pág. 427-436.

Así, tomando como punto de partida ese razonamiento, la Cámara Federal de Casación Penal afirmó en el *Caso Malvinas* que la prescripción constituía una barrera infranqueable a la persecución penal de sus responsables, pues los hechos no podían ser caracterizados como crímenes contra la humanidad, en tanto la única conexión entre ellos y el proceso de desaparición forzada de personas era la de una coincidencia temporal. Con base en ello, concluyó que se trataba de actos aislados o aleatorios, en otras palabras, un delito común.

Una primera crítica que puede formularse a este fallo es que omite toda consideración respecto de las obligaciones internacionales que el Estado argentino ha asumido al ratificar los instrumentos de derechos humanos que, en relación con el derecho a la integridad personal, establecen -tal como anticipamos- el deber de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁹. Sin embargo, en lo que sigue intentaré dar razones en orden a justificar su posible calificación como crímenes del derecho internacional, por ende, imprescriptibles.

La caracterización del Caso Malvinas como crimen internacional

Sin perjuicio de lo anterior, lo que interesa indagar en este trabajo es la respuesta dogmática que debe darse al fondo de la cuestión debatida en la causa judicial de referencia: esto es, si los hechos constituyen o no delitos contra el derecho de gentes, según la múltiple hipótesis acusatoria que los ha calificado, alternativamente, como crímenes de lesa humanidad o de guerra²⁰.

El crimen de lesa humanidad

El ya citado Estatuto de Roma -que condensa o cristaliza los antecedentes normativos y jurisprudenciales referidos a esta categoría desde su aparición en el Estatuto de Londres de 1950²¹— establece que un crimen de lesa humanidad se configura siempre que el acto ilícito individual se realice como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. En otras palabras, se exige que el delito particular se realice en torno a la política de un Estado u organización²².

19 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 344; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 78 y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 147.

20 En ese sentido, véase la Cuarta Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbres de las Guerras en Tierras de 1897; el Estatuto de Nuremberg de 1945, que tipificó diversos crímenes internacionales; la resolución 95/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas que adoptó los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de ese Tribunal y en cuya labor Argentina tomó parte; los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 —que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados e intentan limitar sus efectos al calificar la tortura como infracción grave (o violación grave, en casos de conflictos armados no internacionales) del derecho internacional humanitario, con consecuencias para los Estados en cuestión—; los Estatutos para el TPIY y el TPIR; y el más reciente Estatuto para la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 y ejerce su competencia sobre personas individuales, con carácter complementario al de las jurisdicciones penales nacionales.

21 Parenti, P., Filippini, L. y Folgueiro, H. *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 11.

22 Sobre este elemento, cabe señalar que no figuraba en los proyectos del Estatuto de Roma —tampoco en los Estatutos de Nuremberg y Tokyo, la Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado, los Principios de 1950 elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, ni en los Estatutos para el TPIY y TPIR— sino que su incorporación fue una fórmula de transacción entre las delegaciones que mantenían criterios dispares acerca de la exigencia conjunta o alternativa del carácter generalizado y/o sistemático del ataque. En la introducción al artículo 7, párrafo 3, de *Los Elementos de los Crímenes* se explica que tal requisito compromete una promoción o aliento activo por parte del Estado o la organización, pero en la nota al pie número 6 se agrega que esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada

Por lo demás, desde antiguo, se entiende que la expresión *población civil* comprende, a diferencia del *derecho de la guerra*, a los propios nacionales y a los nacionales de terceros países²³. Debe decirse que existe una tendencia a interpretar de modo amplio el término *civil* en el ámbito de los crímenes contra la humanidad: el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) recordó en el caso Tadic la interpretación que de esta figura hicieron la Suprema Corte de la zona británica y la Corte de Casación francesa, en el sentido de incluir supuestos en los que el autor y la víctima tienen la misma nacionalidad, sin reparar en la condición de militar o civil de esta última²⁴. Asimismo, en el caso Blaksic, consideró que los crímenes contra la humanidad también podían ser cometidos contra miembros de la resistencia y combatientes que no estuvieran tomando parte de las hostilidades al momento de los hechos²⁵.

Kai Ambos, por su parte, destaca que estos crímenes están vinculados, antes que a las leyes de la guerra, a la protección de los derechos humanos y que, por ello, la definición de persona *civil* debe alcanzar, al menos, a todas aquellas que no tienen protección bajo el derecho internacional humanitario, lo que exigiría incluso mayor amplitud en tiempos de paz. En ese sentido, interpreta que todo individuo, sin reparar en su condición formal de miembro de una fuerza armada, debe ser visto como un civil, a menos que integre una fuerza que sea hostil hacia el autor del hecho y no haya depuesto las armas ni esté fuera de combate²⁶.

En el caso argentino, la existencia de un plan sistemático y generalizado contra la población civil²⁷ fue verificada tempranamente por los jueces que fallaron en la conocida Causa 13/84²⁸ y ratificada luego en cada una de las sentencias pronunciadas a lo largo y ancho del territorio nacional, desde la reapertura de los juicios. Sin embargo, es claro que no todos los hechos de tortura, como así tampoco todas las violaciones o todos los homicidios, cometidos en Argentina durante ese tiempo, fueron crímenes de lesa humanidad. En efecto, si bien no es necesario que el acto individual sea una

de actuar. Cfr. El texto final del proyecto de elementos de los crímenes que figura en los documentos de las Naciones Unidas PCNICC/2000/WGEC/L.1, PCNICC/2000/WGEC/L.1/Corr.1, PNICC/2000/WGEC/L.1/Add.1, PNICC/2000/WGEC/L.1/Add.2 y PCNICC/2000/WGEC/L.1/Add.2/Corr.1.

23 Gil Gil, A. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de «Los Elementos de los Crímenes». En K. Ambos (Coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional: desarrollos Post Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 65-104.

24 ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Case IT-94-I-T, Trial Opinion and Judgement* of May 7, 1997, para. 640-643.

25 ICTY, *Prosecutor v. Blaksic, Case IT-95-14-T, Trial Judgement* of March 3, 2000, para. 214.

26 AMBOS, K. Los crímenes del nuevo derecho penal internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, págs. 141-143. En sentido similar, véase WERLE, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 357-359.

27 Si bien ambos requisitos son alternativos, en el caso del terrorismo de Estado argentino se presentan concurrentemente. Para un análisis en profundidad sobre el tema ver: Robinson, D. Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, vol. 93:43, enero, 1999, págs 47 y ss. y Robinson, D. y Vos Hebel, H. Crimes within the jurisdiction of the Court. En: Lee, R. (Ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*. Kluwer Law International, La Haya, 1999, págs. 94-97.

28 Sentencia emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal el 9 de diciembre de 1985, en la causa 13/84, conocida como *Juicio a los comandantes* o *Juicio a las Juntas Militares*.

parte constitutiva del ataque, debe existir entre ellos alguna relación suficiente y objetiva, por su naturaleza o consecuencias²⁹, que, además, el autor tiene que conocer³⁰.

Eiroa, por su parte, precisa que la conexión entre el acto y el ataque en los delitos de lesa humanidad se justifica siempre que se demuestre que los agresores podían contar con que la impunidad habría de serles garantizada por el contexto en el que realizaron el acto, aun cuando la víctima no integre el grupo atacado. Sostiene también que tal circunstancia debería ser considerada como agravante del hecho, pues aquella víctima en particular, a diferencia de quienes integran el grupo atacado, habría tenido todavía la expectativa de que las agencias estatales le garantizaran el ejercicio de sus derechos, lo que aumenta su vulnerabilidad, en tanto quien no debiera considerarse blanco del ataque tampoco tendría razón alguna para pensar y adoptar alguna medida de autoprotección, como irse del país³¹.

El crimen de guerra

Por otra parte, para subsumir un hecho de tortura en la categoría de los crímenes de guerra, según la definición del artículo 8, inciso 2 (a) y (b) del Estatuto de Roma, resulta imprescindible verificar si aquel ocurrió en el marco de un conflicto armado internacional y si el sujeto pasivo es una persona protegida, de acuerdo con uno o más de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949; siempre que el autor haya sido consciente de las circunstancias del hecho que establecían, respectivamente, la protección de la persona y la existencia del conflicto armado³².

El término *conflicto armado internacional* está definido en el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra³³ y, en cuanto al vínculo de la conducta con el conflicto,

29 ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Case IT-94-1-A, Appeal Judgement* of July 15, 1999, para. 248, 251 y 271; *Prosecutor v. Kunarac et al, Case IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeal Judgement* of June 12, 2002, para. 99; y ICTR, *Prosecutor v. Semanza, Case ICTR-97-20-T, Trial Judgement and Sentence* of May 15, 2003, para. 326. Cfr. Mettraux, G. *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005, págs.161-163. Uno de los parámetros utilizados por la doctrina para tener por satisfecho tal requisito consiste en que la conducta analizada haya sido favorecida o facilitada por la existencia del ataque. Kai Ambos pone el siguiente ejemplo: si una persona es torturada o asesinada sin contar con el auxilio de la policía a causa del ataque y de la política que lo sustenta, ha sufrido el riesgo específico creado por ese ataque y, en consecuencia, el delito del que resulta damnificada hace parte de aquel; a diferencia de lo que ocurre cuando, frente a un hecho típico de iguales características, producido concomitantemente pero en un contexto diferente (ocasión de robo, riña callejera, etc.), las autoridades estuvieron prestas a evitarlo, aun llegando demasiado tarde, y eventualmente a sancionarlo. La pregunta que debemos hacernos, entonces, es si el acto habría sido menos peligroso para la víctima de no existir el ataque y su política respaldatoria; y ello, cualquiera sea la respuesta, habrá de resultar independiente de que el o los hechos individuales configuren una práctica generalizada o sistemática, hubieren sido ordenados o no por los mandos superiores y dirigidos o no contra una población civil e, incluso, del motivo por el cual la o las acciones típicas hayan sido realizadas, salvo el crimen de persecución (cfr. Ambos, K. y Wirth, S. *The Current Law of Crimes Against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000* (December 14, 2002). *Criminal Law Forum*, Vol. 13, pp. 1-90 (at 36), 2002, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1972244>. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025

30 En *Los Elementos de los Crímenes*, no se exige un conocimiento detallado de todas las circunstancias objetivas que integran el contexto de acción, pero sí será necesario que el autor se represente sus aspectos centrales: deberá conocer o representarse el riesgo de estar actuando en el marco de una multiplicidad de actos llevados a cabo de conformidad con una política sustentada por un Estado o una organización, de que esta multiplicidad de actos se está llevando a gran escala o de modo organizado, de que esté dirigida contra personas que tienen ciertas características (aquellas que permiten calificarlas como civiles, por ejemplo que no se trata de combatientes a los que enfrenta) y de que su conducta forme parte de esa multiplicidad de actos así definida. No será necesario que el autor califique el ataque como generalizado o sistemático o a las personas como civiles, sino que sólo deberá poseer el conocimiento de las circunstancias de hecho que permiten emplear esos calificativos según parámetros jurídicos objetivos (cfr. Parenti, P. y otros, op. cit., págs. 63-64).

31 Eiroa, P. La conexión entre el acto y el ataque en los delitos de lesa humanidad. Una propuesta de definición a partir de la experiencia argentina, de próxima publicación.

32 Véanse los artículos 8, inciso 2 (a) y (b), 30 y 32 del Estatuto de Roma y el documento *Los Elementos de los Crímenes*, ya citados. También: Dörmann, K. Crímenes de guerra en los "Elementos del Crimen". En K. Ambos (Coord.). *La Nueva Justicia Penal Supranacional: desarrollos Post Roma*, op. cit., págs. 105-157. Respecto del elemento subjetivo exigido en torno a la calidad de sujeto protegido de la víctima, este autor señala que el autor necesita saber solamente que aquella pertenece a la parte adversaria del conflicto (esp. pág. 112).

33 CICR, Convenios de Ginebra I, II, III y IV, 12 de agosto de 1949, I-970-973, 75 UNTS 31, 85, 135 y 287. Disponible en: <https://treaties.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/v75.pdf>. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025

es necesario que el acto esté en una estrecha o evidente relación con él³⁴. En tal sentido, la existencia del conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de hacerlo o para la finalidad del acto. En muchos casos, el autor no hubiera podido cometer el hecho en tiempos de paz o no hubiera podido hacerlo de ese modo. No se exige que una parte del conflicto haya ordenado o aun meramente permitido la conducta y es igualmente irrelevante que el autor haya cometido el hecho con el fin de servir a los intereses de una de las partes o si perseguía fines personales, pues la relación funcional con el conflicto armado debe ser determinada objetivamente. En suma, el fin protector del derecho penal internacional concierne a todos los casos en que la situación de peligro específica hace posible o facilita el hecho³⁵.

Tampoco se requiere que los crímenes de guerra se produzcan a gran escala, sino que deben constituir una seria violación del Derecho Internacional Humanitario. Al respecto, el TPIY ha sostenido que, para que la infracción sea punible, debe constituir un incumplimiento de una regla que protege valores importantes e importar graves consecuencias para la víctima³⁶.

El punto que interesa particularmente, por las especificidades del *Caso Malvinas*, guarda relación con la calidad del sujeto pasivo del tipo penal, a quien se califica como persona protegida por el derecho internacional humanitario. Según las leyes y costumbres de la guerra, el ámbito propio de estos crímenes se circunscribía al trato de los combatientes enemigos y de las poblaciones civiles de los países ocupados por la guerra³⁷. Posiblemente, la razón histórica de esa configuración guarde relación con el principio de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, que se erigió en paradigma de las relaciones internacionales a lo largo de todo el siglo XX.

En efecto, los conflictos armados no internacionales fueron regulados por primera vez mediante el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, recién en 1949³⁸, y el surgimiento de la categoría *crímenes contra la humanidad*, en el marco de la Segunda Guerra Mundial, tuvo como propósito el juzgamiento de conductas atroces —particularmente el trato que Alemania dio a sus propios nacionales— que no estaban comprendidas en la definición tradicional de los crímenes de guerra³⁹.

34 Cfr. *Los Elementos de los Crímenes*, op. cit., artículo 8 2) a) ii)-1, Crimen de guerra de tortura, párr. 5.

35 Véase, por todos, Werle, G., op. cit., págs. 461-465.

36 ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Case IT-94-1, Appeal Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction* of October 2, 1995, para. 94.

37 Véase la Sección 3 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Cuarta Convención de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, que puede consultarse, en inglés, en la página de la Cruz Roja Internacional (<https://shop.icrc.org/rules-of-international-humanitarian-law-and-other-rules-relating-to-the-conduct-of-hostilities-pdf-en.html>). Asimismo, Parenti, P. y otros, op. cit., pág. 16.

38 Werle, G., op. cit., pág. 444. Sobre el punto, el autor señala que aún en marzo de 1993, en un comentario al Estatuto del TPIY, el Comité Internacional de la Cruz Roja llegó a la conclusión de que el concepto de los crímenes de guerra estaba limitado a los conflictos armados internacionales y que recién con el establecimiento del TPIR, en 1994, la comunidad internacional se avocó con los medios del derecho penal internacional a un conflicto armado con un referente internacional sólo débil.

39 Parenti, P. y otros, op. cit., págs. 16-17 y 20-23. Parenti explica que, pese a la oposición inicial de los británicos, el acuerdo al que finalmente arribaron las potencias aliadas incluyó, como objeto posible de juzgamiento por parte del tribunal, conductas que no constituían crímenes de guerra en sentido estricto y que ello se logró apelando a la *Cláusula Martens* para crear los llamados *crímenes contra la humanidad*, y no ampliando la categoría crímenes de guerra como postulaba la United Nations War Crimes Commission (UNWCC). Sin embargo, la exigencia de que la conducta calificada como crimen contra la humanidad debía haber sido llevada a cabo en ejecución o en conexión con un crimen de guerra o un crimen contra la paz (art. 6.c del Estatuto de Nuremberg) y la interpretación restrictiva que sobre ella hizo el Tribunal respecto de hechos anteriores a la guerra condujeron a que el segmento de conductas abarcadas exclusivamente por la categoría de los *crímenes contra la humanidad* fuera, en los hechos, sumamente reducido.

Ello conduciría sin más a la exclusión de los hechos del caso bajo análisis, en tanto las víctimas son combatientes e integran la misma fuerza de combate que su o sus victimarios, impidiendo así su caracterización como población civil o sujeto protegido por el derecho internacional humanitario⁴⁰.

Sin embargo, para Werle, los crímenes de guerra que se basan en el denominado *derecho de Ginebra*, es decir, en los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, pueden, por regla general, ser cometidos sólo contra personas que no participan en las operaciones de combate⁴¹ y, con base en ello, alguna doctrina nacional ha afirmado que, en calidad de heridos y/o enfermos, sería factible considerar a los soldados torturados en Malvinas como sujetos fuera de combate, puesto que no es necesario, a tales efectos, estar en manos del enemigo⁴².

En esa misma línea se inscriben las sentencias de la Corte Penal Internacional en el caso *Ntaganda*, al sostener que el concepto de *infracciones graves* en virtud de los Convenios de Ginebra I y II incluye violaciones cometidas contra heridos, enfermos o náufragos por miembros de sus propias fuerzas armadas y que el artículo 3 común provee protección contra el trato inhumano a toda persona que, sin importar su estatus, no esté tomando en ese momento parte activa en las hostilidades⁴³; y de la Corte Constitucional de Colombia que, en Sala Plena, consideró igualmente que el delito de aborto forzado cometido por miembros de las FARC contra una mujer que pertenecía a sus filas era un crimen de guerra⁴⁴.

A modo de conclusión

En suma, puede observarse una superposición parcial en lo que respecta a la posible subsunción penal de los hechos de tortura cometidos contra soldados argentinos en Malvinas por miembros de sus propias fuerzas armadas, pues, si bien cada una de las dos categorías de crímenes del derecho internacional a las que venimos haciendo referencia tiene un ámbito exclusivo de aplicación —sólo los crímenes de guerra se refieren a actos contra combatientes enemigos y sólo los crímenes de lesa humanidad tienen por objeto conductas contra poblaciones civiles de países no ocupados por la guerra o involucrados en un conflicto armado no internacional—, ambas coinciden en abarcar los hechos cometidos contra las poblaciones civiles de los países ocupados por las fuerzas beligerantes que, en sentido amplio, incluye a todos aquellos que no están tomando parte activa en las hostilidades, al menos en ese momento.

40 Entre otros, Mettraux afirma que la población civil relevante para la definición de crímenes de lesa humanidad no incluye a quienes tienen los medios legítimos para ejercer la fuerza, como la policía en tiempos de paz y los miembros de las fuerzas armadas u otros combatientes legítimos durante la guerra, acercando el concepto al que surge del derecho de la guerra. Según este autor, el requisito de que el ataque deba dirigirse contra una población civil excluiría en principio que los combatientes, en el sentido tradicional del término, puedan ser considerados víctimas de un crimen contra la humanidad, incluso si al momento del acto se encontraran desarmados o no estuviesen, de cualquier otra manera, involucrados en el combate. Ello, salvo que el acto fuera consecuencia directa o indirecta de los ataques a una población civil, como si, por ejemplo, entre las víctimas del asalto a una aldea se hallare un puñado de soldados que estaban apostados allí para defenderla (cfr. Mettraux, G., op. cit., págs. 168-169).

41 Werle, G., op. cit., pág. 467.

42 Seoane, D. Imprescriptibilidad de vejámenes a soldados en el derecho penal internacional. *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 8, Hamurabi, 1ª ed., Buenos Aires: 2014, págs. 203-250.

43 ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-OA5, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9” of June 15, 2017, para. 59 y 60.

44 Corte Constitucional Colombia, Sentencia de Unificación no 599/19. MP. Cristina Pardo Schlesinger, Bogotá, 11/12/2019, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU599-19.htm>. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025

La jurisprudencia internacional favorece una interpretación más bien amplia de lo que el requisito *población civil* exige. En el caso, es la desprotección masiva o sistemática de esos soldados conscriptos frente a quienes ocupan el lugar del Estado lo que justificaría su tratamiento especial como crimen internacional, pues ese y no otro es el fundamento que ha permitido desde antiguo el ejercicio de la justicia penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K. y WIRTH, S. The Current Law of Crimes Against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000 (December 14, 2002). *Criminal Law Forum*, Vol. 13, pp. 1-90 (at 36), 2002, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972244. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025

AMBOS, K. (2004). *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

BIDART CAMPOS, G. J. (2003). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003*. Ediar, 1ª ed., Buenos Aires.

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1984). *Nunca Más*, 4a ed., EUDEBA, Buenos Aires.

DÖRMANN, K. (2002) Crímenes de guerra en los “Elementos del Crimen”. En Kai Ambos, (Coord.). *La Nueva Justicia Penal Supranacional: desarrollos Post Roma* (págs. 105-157). Tirant lo Blanch, Valencia.

DUHALDE, E. (2013). *El Estado Terrorista argentino*. Colihue, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

EIROA, P. La conexión entre el acto y el ataque en los delitos de lesa humanidad. Una propuesta de definición a partir de la experiencia argentina, de próxima publicación.

GAMARNIK, C.; GUEMBE, M. L.; AGOSTINI, V. y FLORES, M. C. El regreso de los soldados de Malvinas: la historia de un ocultamiento. *Revista Nuevo Mundo Mundos Nuevos [en línea], Imágenes, memorias y sonidos*, publicado el 8 de octubre de 2019; en URL: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/76901>. FECHA DE CONSULTA: 15/04/2025

GIL GIL, A. (2002) Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de «Los Elementos de los Crímenes». En Kai Ambos, (Coord.). *La Nueva Justicia Penal Supranacional: desarrollos Post Roma* (págs. 65-104). Tirant lo Blanch, Valencia.

KOHEN, M. G. y RODRÍGUEZ, F. (2017) *Las Malvinas entre el derecho y la historia: refutación del folleto británico “Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falklands=Malvinas”*. Eudeba, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LORENZ, F. (2022) *Las guerras por Malvinas: 1982-2022*. Edhasa, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

MÉNDEZ, J. (2014). Obligaciones Internacionales del Estado en Materia de Tortura. En Fabián Salvioli y otros. *Congreso Internacional sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Prevenir y sancionar la tortura en Argentina a 200 años de su prohibición*. Defensoría General de la Nación, 1ª ed., Buenos Aires.

METTRAUX, G. (2005). *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford University Press, Oxford.

PASTOR, D. (2002). *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires.

PARENTI, P. F.; FILIPPINI, L. G. y FOLGUEIRO, H. L. (2007). *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*. Ad Hoc, 1ª ed., Buenos Aires.

RIERA, R. (2021). *La prescripción en el derecho internacional de los derechos humanos*. Hammurabi; 1ª. ed., Buenos Aires.

ROBINSON, D. (1999). Defining ‘crimes against humanity’ at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, vol. 93:43.

ROBINSON, D. y VOS HEBEL, H. (1999). Crimes within the jurisdiction of the Court. En Roy Lee, (Ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*. Kluwer Law International, La Haya.

ROGERS, G. C. (1990). *Argentina y la Tortura: Obligación de juzgar a los responsables*. Traducido por Javier Mignone, Cuadernos del CELS, Año I N°2, Buenos Aires.

SALINAS, P. (2010). *La aplicación de la tortura en la República Argentina: realidad social y regulación jurídica*. Del Puerto, 1º Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SANCINETTI, M. y FERRANTE, M. (1999) *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Hammurabi, Buenos Aires.

SEOANE, D. (2014). Imprescriptibilidad de vejámenes a soldados en el Derecho Penal Internacional. *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol 8, p. 214. Hammurabi, Buenos Aires.

WERLE, Gerhard. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia.





Autores:

Leonardo Pablo Palacios

Magister UNMDP, Facultad de Derecho y UAA.

lonypalacios@yahoo.com.ar

Jose Luis Zerillo

Magister UNMDP, Facultad de Derecho.

joseluiszerillo@gmail.com

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por Leonardo Pablo Palacios y Jose Luis Zerillo

Una constitución puede concebirse como una serie de restricciones pero es importante que estas sean entendidas como restricciones que en algún sentido nos hemos autoimpuesto, en vez de que nos la hayan impuesto otros desde afuera.

Jeremy Waldron

Democracia y Derechos Humanos

La pregunta sobre cómo se presenta la relación entre democracia y derechos humanos, puede ser abordada en diferentes planos. En lo formal normativo, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos en adelante, todos los instrumentos de derechos humanos consagran la participación política y distintas formas de designar autogobiernos¹, como uno de los derechos fundamentales de las personas². Sin embargo, sabemos que estas disposiciones no alcanzan para dar cuenta de una relación que se presenta sumamente compleja. En principio, porque lo que entendemos como democracia es lo suficientemente complejo en las sociedades actuales como para ser abordado en forma sencilla. Por otro lado, tampoco la noción de derechos humanos se puede abordar en forma sencilla, sin las características diversas que presenta ese conjunto de prerrogativas en los diferentes países o culturas del orbe.

Antes y después del orden internacional generado luego de la posguerra mundial, América Latina ha entendido a fuerza de sangre y sufrimiento que no se puede plantear el respeto, protección, promoción y efectivización de diversos derechos humanos en nuestro continente, sin democracias más o menos efectivas. Pero también entendimos que esos marcos democráticos no son suficientes para lograr el cumplimiento por parte de los Estados de esas acciones. El camino de la construcción de

1 “Como insistiría dos siglos más tarde Skinner (1973, p. 299) la democracia es un sistema en el que el pueblo gobierna, y ninguna otra cosa más” (Przeworski, 2010: 43) La idea de autogobierno como noción básica de democracia la tomamos de Adam Przeworski, entre otros.

2 “Casi al finalizar la Segunda Guerra Mundial se generó un consenso global con respecto a que los derechos humanos y la democracia deberían ser un componente esencial del orden de la posguerra” Sikkink (2018: 93).

las democracias formales en nuestros países no ha sido ni fácil ni sencillo, ni se ha llegado a una meta de la cual no se pueda retroceder³ Sin embargo, podemos hoy expresar que la democracia formal es más una regla que una excepción, pero aún así América Latina es la región con mayor desigualdad del mundo, a pesar de las riquezas naturales y culturales que posee.

El 11 de septiembre de 2001 la Asamblea General de la OEA aprobó la denominada Carta Democrática Interamericana.

Este documento consta de 28 artículos, divididos en seis apartados, en las cuales se abordan distintos aspectos: Democracia y el sistema interamericano, democracia y Derechos Humanos, democracia, desarrollo integral y el combate integral a la pobreza, fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, observaciones electorales y la promoción de la cultura democrática.

En su art. 1 consagra el derecho a la democracia y en el art. 2 se refiere a la democracia representativa “como la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales.” Sin embargo, también sostiene que la “(...) democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.” Asimismo, en su art. 4 expresa que: “La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

Asimismo, la Carta entre sus artículos 17 y 22 prevé distintos mecanismos para salvaguardar la institucionalidad democrática en los países miembros que pudieran verla afectada, que en el caso más extremo podría llegar a la suspensión del mismo de su participación en la Organización de Estados Americanos, cuando hubiera un voto favorable de dos tercios de los Estados Miembros.

Sin dudas, esta Carta puede servir para fortalecer la idea de la democracia como requisito sine qua non para la vigencia de los derechos humanos en la región, pero la implementación de sus mecanismos de resguardo, en el marco de la Asamblea General de la OEA, se ha presentado con demasiadas limitaciones frente a casos notorios de avance contra las decisiones de las mayorías.

En lo que hace a Argentina, veremos que si bien desde el año 1983 se han respetado los mecanismos formales de la democracia representativa, incluidos períodos de fuerte inestabilidad como el generado en el año 1989 y en el año 2001, actualmente debemos profundizar la discusión sobre esas nociones de democracia, para que se genere, en el marco de nuestra constitución, una decisión de un sector minoritario que prevalezca, arbitrariamente, sobre los poderes legitimados por la soberanía popular en nuestro sistema constitucional.

3 El juicio político y destitución de los Presidentes Fernando Lugo en Paraguay (2012), y Dilma Rousseff en Brasil (2016), la proscripción de Lula en las elecciones de 2018 en Brasil o los golpes de Estado en Honduras en 2009 y Bolivia en 2019 indican que la posibilidad de generar destituciones de gobiernos democráticos o impedimentos de acceso, han presentado diversos caminos en los últimos tiempos.

El derecho como condicionante de la participación política

A diario encontramos, cómo las modernas democracias liberales, mantienen resabios de sociedades que, fragmentadas en estamentos estancos, impiden y restringen la participación popular en los ámbitos jurídicos.

Ocurre actualmente, que el mecanismo implementado por el formalismo jurídico, fomenta la separación entre el *campo jurídico* y los demás *campos sociales*, como la política, la economía y la sociología, desalentando las conexiones entre lo jurídico y lo social, garantizando con ello el efecto aislante (Bourdieu, 2001). Ello procura mediante la defensa de la neutralidad jurídica, un sistema alejado de la participación popular y destinada con exclusividad al ámbito de lo jurídico.

La construcción hegemónica de pensamiento, que ha garantizado los últimos lustros la autonomía del campo jurídico, fue útil durante todo este tiempo como forma de legitimación de la separación de un campo de análisis que siempre se percibió con la especificidad suficiente para analizarse aislado. Como así también, ha sido utilizado por los operadores del derecho, quienes a su vez, pretenden ser los únicos integrantes habilitados en su interpretación, en el marco del campo de conocimiento específico.

Una mirada holística e integradora nos permite romper con el esquema descripto y pensar la trascendencia no solo desde la interdisciplina científica, sino también del rol trascendente que actores sociales diversos, comunidad organizada, movimientos sociales y la sociedad civil en general, pueden aportar a la comprensión de lo jurídico, de las reclamaciones sociales en lenguaje de derechos humanos y del análisis de los conflictos institucionales de trascendencia suscitados (García Villegas y Rodríguez, 2003).

Mediante una perspectiva crítica del derecho y la superación de las barreras disciplinarias específicas que propiciamos, se impulsan prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico, que rescatan la participación de la voluntad popular en la discusión de “lo jurídico”. Ya que ese campo específico, no es ni más ni menos que un campo social que posee la particularidad de generar pronunciamientos, a través de leyes y sentencias interpretativas de esas leyes, que tienen el poder de imponerse con fuerza de autoridad y de convertirse en regla.

Ante esta facultad, el rol de las reclamaciones sociales que dieron nacimiento a las construcciones jurídicas, son reiteradamente invisibilizadas. Así, expresa Bourdieu:

La creencia en el orden jurídico tácitamente convenida debe ser reproducida sin cesar y es una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas la de contribuir a fundar la adhesión de los profanos a los fundamentos mismos de la ideología profesional del cuerpo de juristas, es decir, a la creencia en la neutralidad y en la autonomía del derecho y de los juristas. (Bourdieu, 2000:92)

El drama social no debe aparecer incidiendo sobre la autonomía del derecho. Enrique Sanchez lo explica de esta forma:

Si la Revolución Francesa tenía en el pensamiento su comienzo y su origen contra el estado existente, antes que nada habría que volver a esas condiciones objetivas sobre las que se desarrollan ideas formales. Cuando se omiten aquellas primeras (las condiciones objetivas), el pensamiento muestra toda su inutilidad. Y esto se evidenció, sobre todo, en años posteriores con las derivadas consecuencias de la Revolución Industrial, que por entonces empezaría a tomar cuerpo teórico en la llamada “cuestión social”, que no es sino dar otro nombre a lo que sin disimulo designamos como pobreza, y que mostraba a las claras la incapacidad del sistema socioeconómico del liberalismo para mejorar las condiciones de vida de las nuevas clases trabajadoras que, en lo sucesivo, abandonarían un modelo de sociedad principalmente agrario y gremial por otro tipo industrial que favorecería la degradación de las condiciones de los nuevos trabajadores. (Enrique Sánchez, 2016)

Si las luchas obreras obligaron a reconocer el derecho de huelga y la organización sindical, habrá de incorporárselos pero distanciándolos de su origen. Su historia empieza aquí, recién aquí, en el exacto momento de su juridización. Es lo que pretende, con mayor o menor éxito, el “discurso oficial” de los juristas (Ruiz 2006:126).

Estas *disposiciones*, que son producto de la historia y al mismo tiempo actualización de la historia en cada acto, suponen el olvido de la historia que la misma historia produce al producir, en la socialización del agente y en la estructuración de sus estructuras estructuradas, objetivas y estructurantes, esas “cuasi-naturalezas” que son los habitus: “historia incorporada, naturalizada y, por ello, olvidada como tal historia, el habitus es la presencia activa de todo el pasado del que es producto” (Bourdieu, 2007:92).

Así, el habitus, que es producto de la historia, origina prácticas y, al originarlas, origina también historia según los esquemas previamente originados por la historia; el inconsciente nunca es otra cosa, ha dicho Bourdieu (2007), que el olvido de la historia. De esta forma, las prácticas adquieren cierta independencia de las determinaciones de lo inmediato y del pasado ya pasado, olvidado como tal, pero activo a través de las *disposiciones* y estructurado como capital acumulado y por hacer valer” (Schleifer 2008:227/252).

Es un acto de reivindicación entonces, empezar por reconocer el rol de las luchas sociales y las organizaciones populares en la conversión en el lenguaje de los derechos, de reclamaciones comunitarias que hoy el sistema jurídico se apropia. No solo como creador, sino como veremos, como único intérprete y defensor en el marco del sistema constitucional democrático de derechos.

El Constitucionalismo Popular

Como hemos visto, el derecho político a la participación democrática se ve fuertemente limitado en lo que refiere al ordenamiento jurídico, a su vigencia, interpretación y extensión. Ante una práctica jurídica enquistada, a lo largo de 200 años, en donde la interpretación de la supremacía constitucional, como consenso democrático y

republicano, ha sido desviada a interpretaciones que tienen más que ver con la supremacía judicial, en cuanto último y único poder que interpreta la Constitución.

El constitucionalismo popular, como corriente jurídica constitucional, procura reivindicar la participación de otros estamentos del sistema republicano en la interpretación de la Constitución y no solo ello, sino también recuperar la participación del pueblo como actor social en la resolución de los conflictos constitucionales que se suscitan en una sociedad democrática.

Así, la discusión llevada adelante se profundiza en lo que respecta al control judicial de constitucionalidad desarrollado sobre la legislación definida por legisladores –diputados y senadores representantes tanto del pueblo de la nación como de sus respectivas provincias– más que sobre la acción ejecutiva o de decisiones administrativas suscitadas con conflictos individuales motivo de decisiones judiciales (Waldron, 2018:61). Correr al poder legislativo como un actor constitucional de peso, al momento de analizar la constitucionalidad de una norma por él emitida, provoca un desequilibrio sobre el sistema.

Para el profesor Larry Kramer, el Constitucionalismo Popular viene a poner en discusión una situación que se ha normalizado a lo largo del tiempo, cuando expresa:

En el siglo XXI tendemos a dividir el mundo en dos terrenos distintos: el ámbito de la política y el ámbito del derecho. En la política, el pueblo gobierna. Pero no lo hace en el derecho. El derecho queda al margen para la élite, entrenada de jueces y abogados, cuya tarea profesional es implementar las decisiones formales producidas en y por la política (Kramer, 2011:20)

Identificamos el problema de la cultura jurídica contemporánea, en su identificación incesante en fomentar las limitaciones sobre la regla de la mayoría, en lugar de preocuparse sobre las limitaciones al acrecentado poder de las minorías dominantes, como verdadera y actual responsabilidad de los jueces y juristas, en defensa de las tensiones a que se encuentra sometido el sistema democrático.

Cerrar una brecha que se ha ampliado a lo largo de los años entre el rol del pueblo y el derecho constitucional, volviendo a los orígenes de un constitucionalismo donde la voluntad popular resultaba trascendente en su defensa y legitimación, es un objetivo que no debería solo corresponderse con una determinada corriente de pensamiento, sino que debería ser un objetivo a perseguir por el conjunto de los actores de una sociedad democrática.

Constitucionalismo y participación popular

La participación en la interpretación sobre qué dice y qué significa la Constitución, por parte de las grandes mayorías populares que hoy se encuentran completamente ajenas, no es una circunstancia extraña a las discusiones constitucionales de relevancia nacional.

Tanto en el derecho comparado, como en nuestro país, existen claros ejemplos de circunstancias ajenas a las posiciones tradicionales, donde el intento por alejar

al campo social de la discusión jurídica sobre la validez constitucional ha generado procesos de alta conflictividad y movilizaciones sociales, por parte de quienes ven menguada su participación en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Para contextualizar lo dicho, citamos dos casos que a nuestro entender resultan relevantes y ejemplificadores de los supuestos planteados.

Por una parte, el conocido caso suscitado en EE.UU a mediados del siglo XIX identificado como “Dred Scott vs. Sanford” (1857)⁴, y en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos consideró inconstitucional el denominado “Compromiso de Missouri”, por el cual el Congreso había declarado a algunos Estados de la unión como libres de esclavitud, lo que motivó que Dred Scott quien convivió con quien fuera su dueño en un Estado libre de esclavitud, al regresar a su Estado de origen, peticionara la no modificación de su situación de libertad.

La decisión de la Corte Suprema, desconociendo el compromiso que garantizaba la libertad de esclavos en dichos Estados y que se impuso por sobre el frágil equilibrio de las fuerzas democráticas representadas en el Congreso Federal, sin lugar a dudas, precipitó los acontecimientos que desencadenaron en la guerra civil estadounidense.

El otro ejemplo que nos acompaña en nuestra argumentación, se da en la República Argentina y más recientemente en el caso popularmente conocido como “Muiña 2x1” (en Expte “BIGNONE, Benito A. y otro s/recurso extraordinario” - 2017)⁵. En dicho proceso, la Corte Suprema de la Nación consideró aplicable para un detenido por graves violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de estado en la Argentina, un antiguo beneficio que estuviera vigente entre 1994 y 2001, por el cual pasados los primeros dos años de prisión preventiva sin condena, se debían computar dobles los días de detención.

La circunstancia descrita, generó una enorme y descomunal movilización popular del pueblo argentino en todas las plazas del país, contra lo que claramente significaba una amnistía encubierta que iba a permitir a represores sin sentencia firme obtener la libertad mientras dure el proceso judicial.

Asimismo, el fallo en cuestión también provocó el dictado de una nueva norma por parte del Congreso Argentino (amén de la ley derogatoria originaria) y por la cual, se dejaba expresamente establecido, que la única posibilidad de invocar la ley denominada 2x1 (Ley N° 24.390), era para aquellas personas que pudieran haber estado privadas de libertad entre el periodo comprendido de vigencia de dicha ley.

Toda la situación descrita y por la cual la Corte Suprema en su reconocida competencia de intérprete de la Constitución había considerado aplicable dicha norma casi 40 años después, motivó el rotundo cambio de criterio en el conocido caso “Batalla”⁶ (2018), en donde se resolvió la inaplicabilidad del beneficio del 2x1 para imputados por delitos de lesa humanidad y todo volvió a fojas cero.

Vemos que la pretensión del Poder Judicial a través de su Corte Suprema de arrogarse el poder de resultar únicos y excluyentes intérpretes de la Constitución, en

4 <https://lecturasconstitucionales.eua.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/dred-scott-vs-sanford-1857/>

5 <https://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-prisi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>

6 <https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html>

temas de alta sensibilidad social y política que exceden los meros litigios individuales, terminan desencadenando fuertes niveles de conflictividad. Situaciones que motivan, a que nuevamente el conflicto suscitado se encarrile en una resolución más propia de la política (incluso llevando a una guerra) que del ámbito del derecho.

No debemos dejar de tener en cuenta que esos integrantes de los poderes judiciales, además, responden a una división del trabajo jurídico. Bourdieu explica que en la tradición alemana y francesa (de la que podemos reconocernos como recipiendario) el derecho se encuentra ligado a la superioridad de la doctrina. Expresa el sociólogo francés que:

Este derecho reproduce y refuerza la dominación de la alta magistratura, estrechamente vinculada al profesorado de la universidad, sobre los jueces, que por haber pasado por la universidad están más inclinados a reconocer la legitimidad de las construcciones de la alta magistratura que los *lawyers*, formados de alguna manera en la práctica (Bourdieu, 2000:170).

Esta noción ha sido fuertemente reforzada en Argentina, por la tradición de la doctrina constitucionalista, que invisibiliza y neutraliza las opciones políticas que se encuentran por detrás de las construcciones constitucionales. Así, por ejemplo se suele hablar del “constituyente”, como si fuera un ente libre de toda acción y decisión política, y cómo si sus decisiones fueran producto de la iluminación jurídica y de condiciones generales, inalterables y ahistóricas. Con la misma supuesta neutralidad y objetividad, se suele hablar de las decisiones de “la Corte”, como si ese tribunal fuese el mismo al dictar la Acordada de 1930 que legitimó el golpe de Estado contra el gobierno democrático de la época, o la que permitió el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en Argentina, a partir de las causas Arancibia Clavel, Simpson y Mazzeo, entre otras. Igualmente cuando se refieren al “legislador”, como un ser metafísico y que se alza por los intereses sectoriales o partidarios, para consagrar una norma.

Esta invisibilización de los procesos de construcción (o destrucción política) que se generan en el debate constitucional, llega a su máxima expresión en Argentina, cuando se aborda el proceso constitucional de 1949. En el prefacio de la obra colectiva *La constitución maldita*, Mauro Benente y Federico Thea, sostienen que la Constitución de 1949 es maldita, y que dicha maldición tiene tres fases: la primera, la lanzada por los convencionales constituyentes de la UCR de 1949 que se retiraron de dicha Convención; la segunda, por la Dictadura de Aramburu, que la derogó el 27 de abril de 1956 (meses después del Golpe de Estado), mediante una proclama militar:

Finalmente, una tercera maldición es la reiterada por la gran mayoría de los y las constitucionalistas que aluden a la Constitución solamente para marcar su supuesta ilegitimidad, su supuesto carácter antidemocrático, autoritario y hasta totalitario. Las y los autores más leídos del constitucionalismo argentino, la mencionan muy brevemente, y solo para maldecirla. Un gobierno de facto y por tanto inconstitucional, y buena parte de la academia del derecho constitucional,

si bien deberían encontrarse en veredas opuestas, comparten un secreto vaso que los comunica: maldecir la Constitución de 1949. (Benente y Thea, 2019:14).

Volviendo al proceso de debate acerca de qué voz debe primar en el debate sobre quién expresa en la sociedad lo que puede o no ser tolerado en el marco constitucional actual, surge una cuestión de relevancia. Está claro que la regla de la mayoría se encuentra limitada por un núcleo duro de derechos humanos que no se pueden someter a esa regla, ya que la obligación internacional de los Estados no puede ser dejada de lado ni aún en caso en que en el orden interno una mayoría se exprese en contra de ciertos derechos fundamentales. La cuestión está claramente expuesta en la sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2011 y su sentencia de seguimiento del año 2013.⁷ En base a este argumento, las corrientes constitucionales mayoritarias, pretenden que un pequeño grupo de expertos, continúen teniendo la última palabra en términos constitucionales, sin generar un verdadero intercambio con los poderes públicos en los que son representadas la mayoría de las voces de la sociedad.

Waldron problematiza la situación de la siguiente manera:

El problema no es solo que el constitucionalismo desatienda la tarea del empoderamiento democrático; el problema radica en que toma a la democracia y al poder asignado a los ciudadanos comunes a través de los procesos electorales y representativos como sus enemigos naturales. Uno pensaría que una teoría política que aspira a imponer límites al abuso de poder debería tener en la mira a todas las formas de tiranía y todas las formas de opresión. Sin embargo leemos hasta el cansancio en la literatura constitucionalista que al constitucionalismo solo le preocupa controlar la tiranía de la mayoría, no la tiranía en general. Así, por ejemplo, escuchamos hablar a algunos académicos acerca del compromiso fundamental del constitucionalismo de proteger ciertas decisiones de impulsos mayoritarios actuales, y describir al constitucionalismo como fundamentalmente una protección contra las consecuencias del poder mayoritario. (Waldron 2018:42)

A modo de conclusión

Advertimos que nos encontramos ante un derecho a la participación popular menegado y ceñido a la participación de una parte del debate político de la sociedad, pero fuertemente limitado en el diálogo constitucional, siendo este un ámbito reservado para abogados y ajeno a las personas de a pie.

El consenso democrático sobre la supremacía constitucional, como así también sobre que la legislación y los actos de gobierno del poder administrador se adecuen

⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

a la misma, no se refleja en igual sentido sobre la interpretación que de ella se realiza a diario, ni sobre quién es el único encargado de efectuarla.

Decimos entonces que quien interpreta “lo que dice la Constitución”, es un sujeto político privilegiado en el debate social y por lo cual acumula para sí, una importante reserva de poder, en el caso, un poder que en tal capacidad de interpretar otorga la propia Constitución.

Como mencionamos, un constitucionalismo dialógico, debe partir por reconocer la posibilidad de que no sea solo y excluyentemente el Poder Judicial el único intérprete constitucional habilitado.

La democracia participativa debe poder ampliar sus fronteras a una interpretación constitucional participativa mediante diversos medios de implementación. Uno de ellos es sin lugar a dudas los distintos estamentos del sistema constitucional, que en el cumplimiento de sus funciones y competencias otorgadas por la Constitución, también ejercen un cotidiano control de constitucionalidad y resguardo de la supremacía constitucional.

La concepción limitativa de la participación popular en la discusión de los procesos constitucionales van de la mano con una inflación jurisdiccional, casualmente de parte de un Poder Judicial, que lejos de internalizar su creciente desprestigio, ha procedido a amplificar exageradamente el marco de actuación, interfiriendo en ámbitos de acción propios de los poderes elegidos por el ejercicio político de la ciudadanía.

Todo lo cual se complejiza, con una posición cada vez más elitista de parte del Poder Judicial, que lo aparta y separa de las voluntades mayoritarias. En el contexto de una lógica que ya advertimos y que se vincula con la eterna preocupación por generar limitaciones a las reglas de las mayorías, más que preocuparse por controlar las cada vez más poderosas minorías privilegiadas.

Cuando el sistema jurídico es visto como parte del problema y no como parte de la solución, en vez de aislarlo a la interpretación y resolución entre unos pocos, cuando de temas institucionales y de trascendencia pública se habla, hay que generar ámbitos de diálogo democráticos para su resolución y reconocer para ello la legitimidad de otros actores y participantes en dicho proceso.

Considerar de forma excluyente al Poder Judicial como único defensor de la Constitución Nacional no solo es falso, sino que además es un error si lo que se persigue es garantizar la democracia y la defensa de los derechos humanos.

La supremacía constitucional entendida como supremacía judicial, obstaculiza la participación política y democrática de una ciudadanía que percibe la resolución de los conflictos de trascendencia social como diseñados por un Poder Judicial alejado del pueblo al cual pretende representar en dicho rol constitucional.

BIBLIOGRAFÍA:

- BOURDIEU, P. (2000). *Elementos para una sociología del campo jurídico*. En P. Bourdieu & G. Teubener (Eds.), *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- BOURDIEU, P. (2001). *Poder, Derecho y Clases sociales*. Madrid: Ed. Desclee de Brouwer.
- ENRÍQUEZ SÁNCHEZ, J. M. (2016). *La lucha por los derechos. A partir del despliegue histórico de la idea de inobediencia y sus formas*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA VILLEGAS, M., & RODRIGUEZ, C. (2003). *Derecho y sociedad en América Latina. Propuesta para la consolidación para los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Colección en clave de sur. ILSA Universidad Nacional de Colombia.
- GÓMEZ MARTÍN, A. (2018). La destitución de Fernando Lugo y Dilma Rousseff. Una comparación de ambas crisis democráticas desde la labor de las organizaciones regionales. *Revista Integración y Cooperación Internacional* N°27.
- KRAMER, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- OEA. (2003). *Carta democrática interamericana. Documentos e interpretaciones*. Washington: OAS, official records.
- PREZEWORSKI, A. (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- RUIZ, A. (2006). Aspectos ideológicos del discurso. En E. Marí & C. Carcova (Comps.), *Materiales para*

una teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

SIKKINK, K. (2018). *Razones para la Esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro.* Buenos Aires: Siglo XXI.

THEA, F., & Benente, M. (2019). Prólogo: la Constitución Maldita. En M. Benente (Comp.), *La constitución maldita: estudios sobre la constitución de 1949.* EDUNPAZ, Buenos Aires.

WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces.* Buenos Aires: Siglo XXI.



Autores:

Silvina Zimerman

Profesora Adjunta Regular Derechos Humanos y
Garantías, Facultad de Derecho, UBA.

szimerman@derecho.uba.ar

Gino Caciorgna Carnevale

Estudiante, Facultad de Derecho, UBA.

ginoc.c@hotmail.com

JUZGAR CON ENFOQUE DE GÉNERO: TENSIONES Y TRANSFORMACIONES EN EL FUERO LABORAL

Por Silvina Zimmerman y Gino Caciorgna Carnevale

Introducción

La perspectiva de género ha cobrado especial trascendencia en las últimas décadas, tanto en el derecho interno de los Estados como para la comunidad internacional. La lucha de las mujeres, de las identidades de género, y el movimiento feminista desarrollaron un rol destacado en este campo, pues lograron visibilizar las desigualdades y asimetrías en el ejercicio de los derechos y conquistar espacio en múltiples agendas.

Junto con ello, se produjo un creciente reconocimiento de las desigualdades de género como violaciones a los derechos humanos y como una forma de discriminación que afecta de manera desproporcionada a determinados colectivos. Los órganos de derechos humanos fueron amplificando las interpretaciones de los principales instrumentos específicos en la materia tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de “Belém do Pará”) para brindar mejores lineamientos y mayores niveles de protección.

Si bien las primeras aproximaciones relacionadas con las transformaciones que resultan necesarias en el proceso judicial estuvieron especialmente abocadas al ámbito penal, de manera incipiente y paulatina impactan en otras áreas del derecho.

En este trabajo nos proponemos revisar un conjunto de sentencias del fuero laboral que evidencian los desafíos, tensiones y modelaciones en el derecho laboral tanto desde el aspecto sustantivo como desde el procesal. Para esa labor, estudiaremos los criterios provenientes del derecho internacional ligados al género y al trabajo y los

estándares desarrollados en materia de desarrollo del proceso legal con perspectiva de género.

En particular, los siguientes interrogantes guiarán nuestras reflexiones: ¿Se aplican los tratados de derechos humanos y los estándares en la materia?, ¿están correctamente razonados?, ¿se produjeron tensiones?, ¿se flexibilizaron o extendieron ciertos institutos, reglas del derecho laboral?, ¿aparecen estereotipos en las decisiones judiciales? Tal como señala la CEDAW un desafío central de los actuales sistemas de administración de justicia es que sean sensibles a las cuestiones de género, abiertos a medidas innovadoras y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres.¹

El trabajo y el género en el mundo de los derechos humanos

En el año 2016 el Comité DESC, en su Observación General 23 reconoció que la violencia en el trabajo puede generar un efecto negativo en la salud física y mental de los trabajadores.² Al interpretar el artículo 7, apartado a, inciso II del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que estipula que toda persona tiene derecho a “una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores (...) *condiciones de existencia dignas* para ellos y para sus familias”, explicó que esas “condiciones” dignas incluyen “la protección contra la violencia y el acoso, incluido el acoso sexual”³. Además, hizo especial hincapié en la situación diferencial de la violencia y la discriminación respecto de determinados grupos. En relación a las trabajadoras puntualizó que “los progresos realizados en los tres indicadores clave interrelacionados de la igualdad de género en el contexto de los derechos laborales —el ‘techo de cristal’, la ‘diferencia salarial por razón de sexo’ y el ‘suelo adherente’— están lejos de ser satisfactorios. La discriminación interseccional y la falta de un enfoque de todo el ciclo de vida con respecto a las necesidades de las mujeres conducen a una acumulación de desventajas que afecta negativamente el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y a otros derechos”⁴. Por otro lado, refiere que “todos los trabajadores deberían estar protegidos contra el acoso físico y psicológico, incluido el acoso sexual”⁵.

Por su lado, la CEDAW exige que los Estados parte adopten medidas para eliminar la discriminación de género en el trabajo y para asegurar la igualdad de oportunidades en el empleo, la promoción y las condiciones de trabajo (art. 11). En especial, en la Recomendación General 19 de 1992, abordó la violencia contra las mujeres en el lugar de trabajo. Allí manifestó que “hay nuevas formas de explotación sexual, como el turismo sexual, la contratación de trabajadoras domésticas de países en desarrollo en los países desarrollados y el casamiento de mujeres de los países en desarrollo con extranjeros”⁶. También remarcó que la igualdad en el empleo puede verse seriamente

1 Comité CEDAW (2015). Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párr. 14.d.

2 Comité DESC (2016). Observación General N° 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

3 Ibidem, párr. 6.

4 Ibidem, párr. 47.

5 Ibidem, párr. 48.

6 Comité CEDAW (1992). Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer, párr. 14.

perjudicada cuando se somete a las mujeres a hostigamiento sexual en el lugar de trabajo. Explica que este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; y que es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso o cuando crea un medio de trabajo hostil⁷.

En la Recomendación General 29, del año 2013, explicó que la estructura familiar y la división social del trabajo pueden constituir una forma de violencia económica. Destacó que la división del trabajo dentro de la familia en función del género afecta al bienestar económico de la mujer tanto como la estructura del mercado de trabajo y las leyes laborales.⁸ Finalmente, en la Recomendación General 35, del año 2017, actualizó la Recomendación General 19 referida al derecho a vivir una vida libre de violencia. Entre las medidas de prevención señaló las de “fomentar, mediante el uso de incentivos y modelos de responsabilidad empresarial y otros mecanismos, la participación del sector privado, en particular de las empresas y las sociedades transnacionales, los esfuerzos por erradicar todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer y en el aumento de su responsabilidad por este tipo de violencia dentro del alcance de su acción”⁹.

Por su parte, la promoción de la igualdad de género en la OIT se consagró, desde los inicios de este órgano, en su Constitución y luego en diversas normas tales como el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración (de 1951), el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (de 1958), el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (de 1981) y el Convenio 183 sobre la protección de la maternidad (de 2000). No obstante, la adopción del Convenio 190 sobre la violencia y el acoso, en el 2019, constituyó un hito en el fomento de la perspectiva de género, en tanto las mujeres son desproporcionadamente afectadas por estos fenómenos (art. 7). En la actualidad, cuenta con la ratificación de treinta y un países, incluida la Argentina. El convenio establece una definición amplia de violencia y acoso que incluye tanto comportamientos físicos, psicológicos y verbales, como actos de intimidación y amenazas. Establece la responsabilidad de los empleadores de prevenir y abordar la violencia y el acoso y de proporcionar un entorno seguro y saludable. Asimismo, insta a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas y políticas de prevención y sanción (en especial los artículos 6 a 9).

En el plano doméstico, Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales define la violencia que se produce en el universo laboral (artículo 6º inciso c) como “aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de

7 Ibidem, párrs. 17-18.

8 Comité CEDAW (2013). Recomendación General Nº 29: relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución), párr. 1.

9 Comité CEDAW (2017). Recomendación General Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General Nº 19, párr. 30.f.

igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

Garantías para el abordaje con perspectiva de género en el proceso laboral

¿Qué implica juzgar con perspectiva de género? Juzgar con perspectiva de género implica abandonar una mirada androcéntrica para resignificar la historia, la sociedad, la cultura, la política y el derecho desde la realidad de las mujeres.¹⁰

En el quehacer judicial supone tomar todas las medidas necesarias para remediar situaciones asimétricas de poder¹¹, modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer, así como la obligación de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.¹²

Para el abordaje de los casos de violencia de género el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desarrolló el estándar de “debida diligencia reforzada”. Según este, el Estado tiene un deber de prevención y protección diferenciado o más intenso en razón de su posición de garante frente a patrones que afectan a ciertos grupos subordinados o en situación de vulnerabilidad.

Desde el conocido caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH ha reconocido el deber de los Estados de actuar con debida diligencia reforzada a fin de *prevenir*, investigar seriamente, imponer las sanciones pertinentes y asegurar a las víctimas una adecuada *reparación*. Según la Corte IDH, para cumplir con la debida diligencia los Estados deben adoptar medidas de diversa naturaleza. Entre estas, por el tema de estudio, nos parece oportuno destacar:

a) La obligación de contar con un adecuado *marco jurídico de protección* y su aplicación efectiva.¹³

b) *El fortalecimiento institucional* para que puedan proporcionar una respuesta efectiva.¹⁴

c) El establecimiento de mecanismos idóneos para asegurar la *reparación*.¹⁵

d) La adopción de medidas para abordar la *interseccionalidad* de los grupos expuestos a un riesgo particular mayor de sufrir actos de violencia, debido a formas de discriminación que sufren por más de un factor.¹⁶

10 Lagarde, M. (1997). Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia, pág. 13.

11 Lira Alonso, M.P. (2018). ¿Qué significa juzgar con perspectiva de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Un análisis a partir de las principales sentencias contra México en materia de género.

12 Mecanismo de Seguimiento de la Convención “Belém do Pará” - MESECVI (2018). Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (Nº 1): Legítima defensa y violencia contra las mujeres.

13 Corte IDH (2009). Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 258.

14 Idem.

15 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de “Belém do Pará”), arts. 7.b y 7.g.

16 El Comité CEDAW explica que “[l]a interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros

e) Generar las medidas que permitan brindar a las *víctimas confianza* en las *instituciones* estatales para su protección.¹⁷

f) Juzgar sin *estereotipos* y *prejuicios* de género: Un patrón recurrente en la administración de justicia es la persistencia de prejuicios y estereotipos de género, los cuales dificultan que jueces y funcionarios identifiquen adecuadamente las problemáticas planteadas y ofrezcan respuestas efectivas. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) sostuvo reiteradamente que los Estados tienen la obligación de erradicar estas concepciones estereotipadas sobre los roles tradicionales asignados a hombres y mujeres. Definió los estereotipos de género como preconcepciones acerca de atributos, características o papeles que deberían desempeñar hombres y mujeres según su sexo. Y señaló que, por ejemplo, cuando en un proceso judicial se refiere a una mujer como “una cualquiera” o “una prostituta”, no solo se reproducen discursos discriminatorios, sino que además se posiciona a la mujer como merecedora de violencia. Esto repercute directamente en la manera en que se investigan los hechos, afectando la valoración de la credibilidad de las víctimas y testigos, e incluso la determinación de si ocurrió o no un acto de violencia. Que sea la propia administración de justicia quien reproduzca estos estereotipos contribuye a su normalización institucional y a la revictimización de las mujeres involucradas.¹⁸

g) *El cuadro indiciario o el contexto de violencia o discriminación de género* debe operar como presunción para establecer el hecho de violencia: De acuerdo con el Sistema Interamericano la repetición de hechos violentos favorece su aceptación social, genera inseguridad en las mujeres y una persistente desconfianza en el sistema de justicia. Esta inacción o indiferencia institucional constituye una forma de discriminación en el acceso a la justicia. Por eso, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación sobre posibles móviles discriminatorios puede implicar una discriminación basada en el género. Para evitar que la actuación judicial sea en sí misma discriminatoria, un cuadro indiciario de violencia o discriminación debe operar como disparador de medidas reforzadas orientadas a identificar y abordar la dimensión de género. Las autoridades deben investigar *ex officio* en estos contextos.¹⁹

factores que afectan a la mujer [...]. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas [así como] aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones”. Véase: Comité CEDAW (2010). *Recomendación general n.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, párr. 18 y Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 288.

17 Corte IDH (2010). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 93.

18 Véase Comisión Interamericana de Mujeres (2020). *Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. OEA/Ser.L/IL.7.10 MESECVI-VIII/INF.26/20, CIDH (2011). *Acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, párr. 42. Corte IDH, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (párr. 400, *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 401, *Caso Velasquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 183, Corte IDH (2017). *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, párr. 173. Véase también: Corte IDH (2018). *Caso Lopez Soto vs. Venezuela*, párr. 220 y Comité CEDAW (2015). *Recomendación general n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, párrs. 26-28.

19 Véase Corte IDH (2014). *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 280 y *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 187

h) *Transformaciones en materia probatoria y otros aspectos del proceso*: El enfoque con perspectiva de género también impactó en el ámbito del tratamiento de la prueba y otros aspectos del proceso. En tal sentido, tanto la Corte Interamericana como el MESECVI²⁰ puntualizaron que: 1) no resulta exigible que las víctimas manifiesten todos los presuntos maltratos sufridos²¹, b) que la violencia sexual o de género constituyen un episodio traumático para las víctimas, y que, por esto mismo, puede haber imprecisiones al recordarlas²², lo que no significa que las denuncias sean falsas o que los hechos carezcan de veracidad²³, 3) que la ausencia de señales físicas no implica que no se ha producido la violencia²⁴ y 4) que hay que considerar el impacto psicológico de las violencias, 5) y que la declaración de la víctima es crucial, y no se puede esperar la existencia de medios probatorios gráficos o documentales de la agresión alegada²⁵. En relación con esto último, puntualizó también que la declaración de la víctima se debe realizar en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; y se debe registrar de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición.²⁶

i) *No revictimización*: Por último, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad²⁷, ya alentaban no solo a tomar medidas para mitigar los efectos negativos de los delitos sino también a procurar *que el daño sufrido por la víctima no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia*. Esto último se conoce como victimización secundaria o revictimización. Luego, la Corte IDH desarrolló el alcance de la obligación de debida diligencia incluyendo la no revictimización como un factor esencial para el debido respeto de esta obligación.²⁸

El impacto del enfoque de género en el fuero laboral

Las mencionadas transformaciones vinculadas con el abordaje de las violencias y la perspectiva de género impulsan cambios e interpelan a la judicatura a la hora de aplicar el derecho en los procesos laborales. Estos desafíos se ven reflejados en resistencias y dificultades para reinterpretar y resignificar algunos institutos jurídicos a la luz de los nuevos paradigmas.

20 Mecanismo de Seguimiento de la Convención “Belém do Pará” – MESECVI (2018). *Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (N° 1): Legítima defensa y violencia contra las mujeres*.

21 Corte IDH (2014). *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 149.

22 Corte IDH (2013). *Caso J. vs. Perú*, párr. 325.

23 Corte IDH (2010). *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 113.

24 Corte IDH (2014). *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 152. Véase también: Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, 1998, párrs. 134-135.

25 Corte IDH (2010). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 100.

26 Corte IDH (2013). *Caso J vs. Perú*, p. 344.

27 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, p. 12.

28 Corte IDH (2018). *Caso López Soto vs. Venezuela*, párr. 41.

El acoso callejero como accidente *in itinere*

En la actualidad, se encuentra en trámite ante la Corte Suprema el caso CNT 68.759/2015/1/RH1, “F., C. V. c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ accidente – ley especial” decidido por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el que rechazó la demanda interpuesta por C.F. en la que reclamaba el pago de las prestaciones dinerarias de la Ley N° 24.557 de Riesgos de Trabajo, en virtud del accidente *in itinere* que alegó sufrir como consecuencia de acoso callejero.

El tribunal relató que C.F., de 22 años al momento de los hechos, trabajaba en un jardín de infantes cumpliendo una jornada laboral de 6 a 15 horas. Describió que, el 14 de abril de 2014, alrededor de las 5:45 am, al descender de la línea de colectivos 42 fue interceptada por un hombre que la agarró para acosarla, del que logró soltarse y correr, siendo luego perseguida por el sujeto hasta el jardín de infantes donde prestaba tareas. Afirmó que ingresó al establecimiento en estado de shock, y que, desde ese evento dañoso, sufre estrés post traumático, trastornos depresivos y crisis de pánico.

La cámara consideró que el daño psicológico constatado no fue provocado por el accidente *in itinere* denunciado sino por factores inculpables. El voto mayoritario consideró que la actora no había demostrado el vínculo existente entre la patología y el siniestro relatado. Estimó que la demanda presentaba inconsistencias, que el hecho no tenía el carácter abrumador pretendido, lo cual impedía responsabilizar a la aseguradora, y que existían factores preexistentes a los cuales podía atribuirse el daño, entre otros argumentos. En particular, afirmó que la actora era una persona joven con secuelas derivadas del alejamiento de su grupo familiar, que tuvo un padre alcohólico y drogadicto, convive con su abuela, a quien cuida, y resaltó que, por los problemas derivados de la pobreza, pese a haber terminado el secundario, debió trabajar en casas de familia y en una panadería. Expresó que el hecho denunciado fue contradictorio porque, cuando arribó al establecimiento el día del suceso, sus compañeras de labor se reían de ella y no le creían lo sucedido, y porque no se sabe si se tropezó con un mendigo, un borracho, un asaltante o un acosador sexual.

Tanto el voto en disidencia de la cámara como el dictamen del Procurador ante la Corte Suprema entendieron que la joven sufrió un accidente *in itinere* como consecuencia del acoso sexual callejero. En su dictamen, el Procurador General señaló que la Cámara incurrió en una omisión significativa al no valorar el testimonio de la víctima con perspectiva de género, incumpliendo los estándares establecidos por los instrumentos internacionales y la legislación nacional en materia de derechos de las mujeres. En particular, la Convención de “Belém do Pará” y la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, cuya reforma por la Ley N° 27.501 incorporó como modalidad de violencia el acoso callejero. Esta forma de violencia se define como aquella ejercida contra las mujeres en espacios públicos o de acceso público, a través de conductas o expresiones con connotación sexual que lesionan su dignidad, libertad o integridad, o generan un ambiente hostil. Asimismo, el dictamen enfatiza que la Ley N° 26.485 garantiza un conjunto de derechos procesales específicos para las mujeres que denuncian situaciones de violencia, tales como recibir una respuesta judicial oportuna y eficaz, ser oídas por los jueces, que sus opiniones sean consideradas

al momento de dictar una resolución, y acceder a una amplitud probatoria acorde a las particularidades de este tipo de hechos, que muchas veces carecen de documentación o testigos directos.

El Procurador también advirtió sobre el impacto negativo de los estereotipos de género en el sistema de justicia, los cuales distorsionan la correcta aplicación de las normas y producen decisiones que refuerzan desigualdades estructurales. En este sentido, recordó que la erradicación de tales estereotipos constituye una obligación estatal en el marco de las acciones positivas orientadas a garantizar la igualdad real, conforme lo dispone el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional. En el caso concreto, se criticó que la decisión de la mayoría de la cámara estuvo atravesada por prejuicios de género, al restar credibilidad al testimonio de una mujer joven, pobre, y considerarla indigna de protección frente a los actos de violencia sufridos. Tampoco se reconoció el valor probatorio central que tiene la declaración de la víctima en este tipo de procesos, lo que convierte al sistema judicial en un espacio revictimizante.

La violencia verbal contra la mujer como causal de despido con causa

En el caso Willich, Rubén Alejandro *c/* Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor *s/* despido (CNT 49851/2017/1/RH1), la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar a la demanda por despido sin causa, revocando la decisión de primera instancia. El actor, odontólogo de la obra social OSMATA, había sido despedido por amenazar a una empleada administrativa —de nacionalidad boliviana— con “sacarle los dientes y mandarla a su país” tras una discusión en el consultorio.

La Cámara consideró que los hechos no constituían una injuria de suficiente gravedad para justificar el despido sin indemnización. Interpretó que, conforme al artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, la injuria debe evaluarse según pautas generales, y que la conducta del actor ameritaba, en todo caso, una sanción disciplinaria, pero no la extinción del vínculo laboral. En sentido contrario, el Procurador General ante la Corte Suprema entendió que los hechos configuraban un acto de violencia discriminatoria por razón de género, ejercida en el marco de una relación jerárquica laboral. Fundó su posición en la Ley N° 26.485, la Convención de “Belem do Pará” y los Convenios 190 y 111 de la OIT, destacando que la violencia contra las mujeres puede manifestarse en múltiples formas —no sólo físicas, sino también psicológicas y simbólicas— y que el Estado argentino asumió la obligación en múltiples instrumentos de combatir estos patrones culturales. Asimismo, resaltó que el Convenio 190 define la violencia y el acoso laboral como conductas que pueden causar daño físico, psicológico o económico, incluso si ocurren una sola vez. En ese marco, sostuvo que el tribunal debía haber aplicado el enfoque normativo internacional, dado que la erradicación de la violencia de género es un compromiso jurídico imperativo.

La violencia contra la mujer es causal suficiente para configurar un despido discriminatorio

En el caso “A. A. B. c/ G.L. S.A. s/despido” (21/10/2022), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia y admitió la demanda por despido indirecto interpuesta por la actora. La trabajadora, responsable de comercio exterior, relató haber sufrido reiterados episodios de maltrato por parte del director de la empresa, incluyendo gritos, agresiones físicas y verbales, como insultos tales como “conchuda” y “sos una mierda”, acompañados del lanzamiento, en una oportunidad, de una caja con materiales de bronce contra su persona. La empresa sostuvo que las denuncias eran una estrategia para encubrir una supuesta falta disciplinaria relacionada con una venta de exportación. Sin embargo, la Cámara valoró testimonios coincidentes sobre la conducta violenta del directivo, a quien describieron como una persona que alternaba un trato cordial con accesos de furia. Los testigos relataron haber escuchado insultos como “pelotuda” e “inútil”, y una ex trabajadora afirmó haber renunciado debido al clima de violencia. Aunque no se acreditó mediante prueba directa el episodio detonante del despido, el tribunal entendió que el contexto de violencia laboral relatado confería verosimilitud al testimonio de la actora. Asimismo, consideró improcedente exigir la intimación previa al empleador, entendiendo que no puede imponerse a la víctima la carga de reclamar el cese de actos que vulneran un mínimo deber de convivencia: el derecho a una vida libre de violencia. El fallo constituye un claro ejemplo de aplicación de la perspectiva de género en la interpretación del derecho laboral, especialmente en materia probatoria y de exigencias procesales.

A modo de cierre

En suma, el tratamiento de la violencia y la discriminación de género en el mundo del trabajo irrumpió en la arena internacional e impacta de manera significativa en la administración de justicia. La incorporación de la perspectiva de género en el ámbito del derecho del trabajo es así un proceso en construcción, atravesado por tensiones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias.

Algunos de los interrogantes que se plantearon en los casos que analizaremos fueron: 1) si una mujer es víctima de acoso callejero cuando se dirige a su lugar de trabajo, ¿ello puede ser encuadrado como un accidente *in itinere* que debe ser reparado por la ART?; 2) ¿Cómo se compatibiliza la fuerte protección constitucional contra el despido del trabajador como sujeto de preferente tutela con el deber de erradicar la violencia de género en el ámbito laboral? ¿Es un hecho de violencia verbal causa suficiente para justificar un despido? ¿La exposición sistemática de una mujer a un entorno de violencia alcanza para que se considere despedida? ¿Puede, en ese contexto, no realizar la intimación previa?

El análisis de los casos con sus disidencias muestra que, aunque se han dado avances significativos, especialmente en la admisión de indicios para acreditar la discriminación y en la distribución dinámica de las cargas probatorias, la aplicación práctica de

estos criterios no siempre ha sido consistente. La jurisprudencia laboral, si bien en algunos supuestos ha receptado la necesidad de juzgar con perspectiva de género, en otros, continúa exigiendo estándares probatorios excesivos o sosteniendo una visión formal de la igualdad, lo cual conspira contra la eficacia real del principio antidiscriminatorio. En tal sentido, a lo largo del trabajo se evidenció cómo el derecho laboral empieza a abrirse a las necesidades, experiencias y desigualdades específicas que atraviesan a las mujeres. Esta apertura se da en un terreno no exento de tensiones, entre las lógicas formales de neutralidad jurídica y las exigencias de igualdad sustantiva que derivan del derecho internacional de los derechos humanos.

El análisis de los casos “A.A.B” “V.F” y “Willich” permiten observar cómo algunos operadores del derecho comienzan a modificar la exigencia de pruebas directas y otorgan valor al cuadro indiciario y al testimonio de la víctima, reconociendo el contexto estructural y los estereotipos que muchas veces operan como barreras en la justicia.

Juzgar con perspectiva de género en el fuero laboral no puede entenderse solo como una opción interpretativa, sino que es una exigencia derivada del deber de debida diligencia estatal en materia de derechos humanos. Resulta necesario dejar atrás viejos paradigmas fuertemente consolidados para que los operadores del derecho logren identificar determinados hechos como de violencia o discriminación por género, eliminar prejuicios y estereotipos y *aggiornar* los antiguos institutos jurídicos a las transformaciones del presente. Avanzar en ese camino es una cuestión prioritaria porque, de otra manera, se institucionaliza la violencia y la discriminación desde el Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). *Acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. OEA/Ser.L/V/II.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2020). *Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI-VIII/INF.26/20, disponible en [<https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf>]

COMITÉ CEDAW (1992). *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*.

COMITÉ CEDAW (2015). *Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. CEDAW/C/GC/33.

COMITÉ CEDAW (2017). *Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19*. CEDAW/C/GC/35.

COMITÉ DESC. (2016). *Observación General N° 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/23

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Espinoza González vs. Perú*.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C N° 289

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, Serie C N° 339

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C N° 275

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Soto vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Serie C N° 307

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C Nº 277

LAGARDE, M. (1997). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Siglo XXI Editores.

LIRA ALONSO, M. P. (2018). *¿Qué significa juzgar con perspectiva de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Un análisis a partir de las principales sentencias contra México en materia de género*, disponible en:
[https://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/%C2%BFque_significa_juzgar_con_perspectiva_de_genero_en_la_cidh.pdf]

MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION “BELÉM DO PARÁ” – MESECVI (2018). *Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (Nº 1): Legítima defensa y violencia contra las mujeres*. Washington D.C., ISBN 978-0-8270-6909-1.

Axel Kicillof
Gobernador de la Provincia
de Buenos Aires

Verónica Magario
Vicegobernadora de la Provincia
de Buenos Aires

Juan Martín Mena
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
de la Provincia de Buenos Aires

Matías Moreno
Subsecretario de Derechos Humanos
de la Provincia de Buenos Aires



AAPPDH
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
PROFESORES Y PROFESORAS
DE DERECHOS HUMANOS

