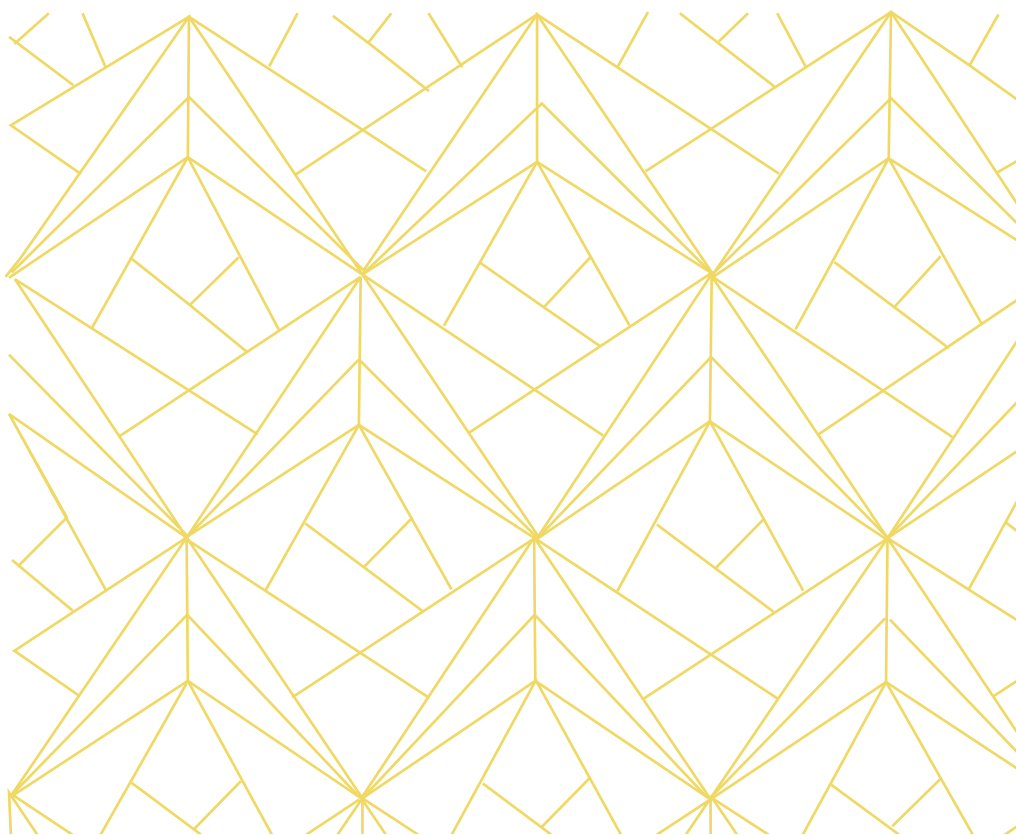


LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA MUJER EN EL DIDH Y SU RECEPCIÓN EN LA JUSTICIA PENAL DE LA CIUDAD

Rodolfo Ariza Clerici



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



**La protección especial de la mujer en el
DIDH y su recepción en la justicia penal
de la Ciudad**



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Ariza Clerici, Rodolfo

La protección especial de la mujer en el DIDH y su recepción en la justicia penal de la Ciudad / Rodolfo Ariza Clerici. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2019.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-080-5

1. Derecho Internacional. I. Título.
CDD 341.4858

© Editorial Jusbaire, 2019

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Alberto Maques

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Esteban Centanaro

Silvina Manes

Alejandra García

Editorial Jusbaire

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Edición: Martha Barsuglia y María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni y Mariana Palomino

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2019

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Raúl Alfonsín

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Anabella Hers Cabral

Darío Reynoso

Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

*A Marcela, a nuestros hijos
Joaquín e Hilario, y a la abuela Stella*

ÍNDICE

Prólogo	
Francisco I. Castex.....	13

Presentación	
Rodolfo Ariza Clerici.....	17

CAPÍTULO 1

HACIA UNA IGUALDAD MATERIAL COMO EQUIDAD DEL PENSAMIENTO CLÁSICO AL CONTEMPORÁNEO

Introducción.....	27
-------------------	----

Evolución histórica del concepto de igualdad: del pensamiento clásico a la modernidad.....	27
---	----

El concepto de igualdad y libertad en el pensamiento clásico.....	27
--	----

El pensamiento secular, contractualista y el idealismo trascendental alemán.....	32
---	----

La igualdad rawlsiana en el pensamiento contemporáneo.....	37
---	----

La crítica liberal conservadora de Nozick.....	39
--	----

La crítica del marxismo analítico.....	41
--	----

La crítica walzeriana comunitarista.....	43
--	----

La crítica republicana.....	45
-----------------------------	----

La crítica feminista.....	49
---------------------------	----

A modo de epílogo. Hacia una igualdad como redistribución y reconocimiento contra una desigualdad comodominación.....	51
---	----

Bibliografía.....	54
-------------------	----

CAPÍTULO 2

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

Introducción.....	61
-------------------	----

El proceso de construcción y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	62
El principio de subsidiariedad en la protección interamericana de derechos humanos.....	67
Agotamiento de los recursos internos.....	68
Doctrina de la Cuarta Instancia.....	69
El trámite ante el SIDH.....	71
El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	71
El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	81
El impacto de la protección interamericana a nivel nacional.....	91
Conclusión.....	96
Bibliografía.....	96

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL ESTATAL POR VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Introducción.....	105
Posición de garante. Deberes genéricos y específicos: igualdad estructural, patrones, grupos sociales subordinados y desaventajados.....	109
Atribución de responsabilidad internacional estatal por actos u omisiones de actores no estatales.....	113
Jurisprudencia de la Corte IDH sobre discriminación estructural.....	117
Caso “Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”.....	117
Caso “Campo Algodonero c. México”.....	120
Caso “Hacienda Verde vs. Brasil”.....	121
Caso “González Lluy vs. Ecuador”.....	123
Bibliografía.....	126

CAPÍTULO 4
RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES GENERALES
SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES

Introducción.....	133
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.....	133
Observaciones Finales.....	133
Recomendaciones Generales.....	137
Comunicaciones o dictámenes.....	138
Investigaciones.....	144
Comité de Derechos Humanos.....	144
Observaciones Finales.....	144
Observaciones Generales.....	145
Dictámenes.....	146
Comité contra la Tortura.....	147
Observaciones Finales.....	147
Observaciones Generales.....	149
Dictámenes.....	151
Conclusión.....	154
Bibliografía.....	155

CAPÍTULO 5
LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

Introducción.....	161
La doctrina de la Corte Interamericana.....	162
Aspectos generales.....	162
Violencia en contra de la mujer: discriminación estructural. Invisibilización.....	167
Los roles y estereotipos de género.....	171
El cuerpo y la maternidad.....	175
La salud reproductiva: fertilización asistida.....	177
Violencia sexual como tortura.	
Indicios. Excepciones.....	177

Conclusiones.....	181
Bibliografía.....	182

CAPÍTULO 6

LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. LA RETRACTACIÓN DE LA VÍCTIMA

Introducción.....	187
La verdad procesal penal y la disminución del error judicial.....	187
La violencia doméstica.....	193
El principio de prohibición de testimonio único (<i>unus testis nullus testis</i>) para fundamentar una sentencia condenatoria.....	199
La violencia en la jurisprudencia de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas. Dos casos idénticos, dos soluciones distintas.....	205
Conclusión.....	209
Bibliografía.....	211
Bibliografía final.....	217

Prólogo

Francisco I. Cástex*

La importancia de esta publicación radica en el aporte que realiza a las discusiones actuales sobre los derechos de la mujer en el ámbito del Derecho Procesal Penal, en materia probatoria, cuando reviste el rol de víctima y se encolumna en la revalorización de su voz, en el contexto de la violencia doméstica, precisamente en actos de violencia sexual, física y verbal.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) en su faz represiva demanda a los Estados parte del Sistema Regional el compromiso de perseguir y castigar penalmente todos aquellos actos de violencia en contra de la mujer, para dejar atrás la mirada estereotipada que desecha sin más trámite las denuncias de desapariciones, violencia sexual, violencia física, bajo el mote o sesgo de la denominada “competencia de la víctima”, descalificando a la mujer por tan sólo el hecho de ser mujer, como portadora de una voz devaluada por las agencias del Estado.

Los informes de la CIDH informan que, tanto en Centroamérica como en Sudamérica, el principal foco de preocupación de la comunidad internacional es el aumento desmesurado de la tasa de femicidios. Argentina se encuentra lamentablemente entre los países con este índice estructural más preocupante.

La visibilización de este activismo se ha evidenciado en la sociedad civil simultáneamente, en varios países del planeta, con diversas demandas, bajo el lema del “*Me Too*”, la interrupción voluntaria del embarazo, y en Argentina particularmente, con la demanda de pena para los casos de femicidios y abusos sexuales en contra de niñas y mujeres, ubicándose esta problemática en un lugar preferencial de las agendas de políticas públicas de los gobiernos.

* Abogado. Doctor en Derecho. Docente e investigador, Universidad de Buenos Aires.

En este contexto, la obra de Rodolfo Ariza Clerici brinda un marco teórico desde la filosofía política y la teoría general del Derecho, ubicando el activismo feminista en un ámbito académico con fundamentos rawlsianos de desigualdad material y discriminación, con una clara demanda de punitivismo, propio del consecuencialismo preventivo general.

Efectúa un *racconto* acerca del funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, asignándole contenido y alcance a los derechos reconocidos a favor de la protección integral de la mujer por los organismos internacionales de derechos humanos de interpretación auténtica, explicando el modo particularmente grave de afectación de su dignidad, integridad física, psíquica y sexual “por el simple hecho de ser mujer”.

Realiza una sistematización de las interpretaciones auténticas sobre el contenido de los derechos de las mujeres producido por los Comités de Derechos Civiles y de la CEDAW, como así también una recopilación de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los logros más notables del presente trabajo es que el autor establece con claridad el vínculo entre el DIDH y el ámbito de aplicación local, en materia procesal penal, reconduciendo la discusión al foco neurálgico respecto al valor del testimonio de la mujer en los procesos penales en su carácter de víctima. En este sentido, señala la importancia de la admisión de la prueba indirecta complementaria a su testimonio, la evitación de que será revictimizada, la necesidad de aligerar la prueba para las medidas de protección de las mujeres, y los medios tecnológicos alternativos al encierro preventivo.

En definitiva, la obra sistematiza la información del DIDH que incumbe a la protección especial de las mujeres, estableciendo los estándares internacionales que deben observar los operadores de la organización judicial, jueces, fiscales, defensores públicos o particulares, como así también los agentes de policía, que intervienen en casos de violencia de género.

Finalmente, aborda el problema de la valoración del testimonio de la mujer como fundamento único de la condena, en casos de violencia verbal, sexual y física, y el estándar del deber de investigación eficaz y las medidas de protección, como alternativas al encierro preventivo, y la reducción de la falibilidad de las decisiones judiciales.

El enfoque es novedoso y el contenido de la obra es actual. En los tiempos que corren, la investigación tiene un enfoque prudente y crítico, y considero que es un aporte académico de suma utilidad para aquellos abogados que litigan en la justicia porteña y no están familiarizados con los enfoques y perspectivas de los operadores del sistema adversarial porteño. La discusión evidencia la tensión entre las garantías del debido proceso legal de la defensa del imputado y los derechos de la víctima y su protección especial por el hecho de ser mujer reconocidos por el DIDH.

Presentación

El feminismo no solamente constituye un movimiento activista sino que cala profundo en las relaciones interpersonales y en las raíces de los patrones culturales, que constituyen las relaciones de poder en una sociedad.

Su valor e importancia se reflejó ni más ni menos que en la visibilización de una situación de sometimiento de un colectivo a los diversos actos de violencia estructurales sostenidos en el tiempo, normalizados e institucionalizados.

La teoría del derecho y la filosofía política dan lugar al colectivo feminista como crítica a la teoría de la justicia de Rawls, por ser insuficientemente igualitarista.

En el plano internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos refleja en instrumentos internacionales, tratados, recomendaciones y sentencias de tribunales internacionales los deberes estatales en materia de protección especial de los que goza la mujer.

Desde el plano nacional, el Estado argentino incorporó la Convención de Belém Do Pará. Asimismo, sancionó la Ley de Protección Integral de la Mujer, Ley N° 26485, que brinda una serie de instrumentos de protección de las mujeres que se complementa con el Derecho Adjetivo Penal.

En el orden local, la justicia porteña ha implementado la aplicación de estos principios y reglas de modo claro y efectivo, con las particularidades propias del sistema de enjuiciamiento procesal penal de carácter acusatorio.

Con este marco, la obra pretende desarrollar algunos fundamentos de teoría jurídica y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dando cuenta de su recepción en el orden local en aspectos precisos y concretos.

La noción de igualdad material o estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población en desventaja padecen obstáculos legales y/o fácticos y requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Es decir, un trato diferenciado. En consecuencia, deviene necesario examinar la trayectoria social de la víctima y el

contexto social de aplicación de las normas, las políticas públicas, o la situación de subordinación o desventaja del grupo social de pertenencia.¹

A lo largo del texto adoptamos la tesis de Nancy Fraser sobre la igualdad como redistribución y como reconocimiento. Las dos concepciones amplias de la injusticia radican, por un lado, en la injusticia socioeconómica arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de los bienes, tal como la privación de sus tierras a los pueblos originarios que, a su vez, repercute en la privación de los bienes indispensables para la subsistencia (agua potable, recursos naturales, entre otros), que están vinculadas con las demandas de *redistribución*.²

Por otro lado, en la injusticia cultural o simbólica³ arraigada en patrones sociales dominantes, en la ausencia de participación como el derecho a ser escuchado en el proceso de decisión, y en el no reconocimiento como interlocutor válido en la discusión pública. Esta situación está vinculada con las llamadas demandas de *reconocimiento*, cuyo objeto prioritario es la visibilización de sectores o grupos sociales postergados, desaventajados.

En esta misma sintonía, la idea de ciudadanía diferenciada como representación de grupo de Young⁴ resulta útil para el establecimiento de la idea de patrón de violencia en contra de la mujer con perspectiva

1. Young, Iris Marion, "Vida política y diferencia de grupo", en Castells, Carme (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Madrid, Paidós, 1996; Fiss, Owen, "Grupos y la Cláusula de Igual protección", en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167.

2. Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta, Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del hombre editores/Universidad de los Andes, 1997, p. 23.

3. La injusticia del proceso político debe ser corregida en última instancia por el Poder Judicial. El reclamo requiere adoptar medidas de mayor representatividad política mediante la implementación de cupos obligatorios respecto de grupos cuyos integrantes poseen características en común vinculadas a una *situación de subordinación prolongada*. Fiss, Owen, *op. cit.*, pp. 143-145.

4. El grupo oprimido reúne las siguientes características: "a) los beneficios de su trabajo van hacia otras personas (explotación); b) excluidos de la participación en las principales actividades sociales (marginación); c) viven y trabajan bajo la autoridad de otras personas (falta de poder); d) como grupo está estereotipado y se encuentra invisibilizado (imperialismo cultural); e) sus miembros son hostigados y criminalizados". Young, Iris Marion, *op. cit.*, pp. 99-126.

de género. O lo que Kymlicka⁵ denomina como un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo”, que fija ciertas protecciones externas al grupo minoritario, indispensables para la preservación de su autonomía y dignidad.

En Latinoamérica, las mujeres en situación de vulnerabilidad representan un sector transversal de la sociedad, se trata de un grupo subordinado e invisibilizado, sometido a la violencia machista institucionalizada.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) ha sido beneficiario de las quejas individuales de mujeres que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad en el contexto centroamericano y latinoamericano, fruto de preconcepciones y sesgos patriarcales que dejan al descubierto el trato discriminatorio que las mujeres padecen a la hora de su protección jurídica frente a los actos de violencia de agentes tanto públicos como no estatales.

La responsabilidad internacional de los Estados parte en el SIDH ha sido uno de los aspectos determinantes a la hora de establecer la agenda de políticas públicas de los Estados frente a la comunidad internacional.

Los Estados perciben una mirada incordiosa frente a la posibilidad de ser pasibles de sanciones internacionales por violaciones sistemáticas de derechos, en particular de las mujeres, ya que evidencia la clase de sociedad que protege o segrega a sus pares.

Pero, sencillamente, esto no es un problema de raíz latina, sino que se trata de una revolución copernicana a nivel planetario. En efecto, el cambio de paradigma importa una verdadera revolución a nivel global, movimientos como el Ni Una Menos y el “Me Too”, la proliferación de denuncias de abusos y sometimientos sexuales en la industria del cine internacional, el cambio de legislación en materia de aborto o de interrupción voluntaria del embarazo en países con profunda convicción religiosa católica como España, evidencian la visibilización de un sector oprimido de la sociedad que se empodera y se constituye como un sector determinante a la hora de la toma de decisiones políticas fundamentales.

Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos indicaron un camino señero en materia de derechos civiles y de protección de la mujer, en particular desde el Comité de Derechos

5. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.

Humanos y del Comité CEDAW de Naciones Unidas, denunciando ante la comunidad internacional la elevada incidencia de casos de violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia en el hogar;⁶ el reducido número de denuncias y los bajos índices de enjuiciamiento y condena;⁷ las deficiencias en las investigaciones y en la tramitación judicial de los casos;⁸ la irregular disponibilidad y calidad de los servicios de asistencia y protección a las víctimas;⁹ y la falta de datos estadísticos fiables que permitan evaluar correctamente la situación.¹⁰

El Comité ha expresado además su preocupación sobre el excesivo énfasis que suele colocarse en la reconciliación en casos de ruptura matrimonial, incluidos aquellos en los que se han producido episodios de violencia doméstica.¹¹

Entre las observaciones finales, el Comité ha instado a los Estados partes a:

- Promulgar legislación sobre la violencia en el hogar, incluida la violación marital;¹²
- evaluar periódicamente la efectividad de las medidas adoptadas y examinar las causas de la violencia contra la mujer, sobre todo la violencia en el hogar, como actitudes patriarcales y estereotipos a fin de mejorar la eficacia de la legislación;¹³
- aligerar la carga de la prueba que en ocasiones pesa sobre las víctimas que solicitan órdenes de alejamiento, que se garantice su aplicación y se proporcione acceso a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos relacionados con dichas órdenes;¹⁴

6. A/57/38, párr. 97 (Estonia, 2002); CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 20 a) (Tailandia, 2017); CEDAW/C/NGA/CO/7-8, párr. 25 a) (Nigeria, 2017).

7. CEDAW/C/SWE/CO/8-9, párr. 26 a) (Suecia, 2016).

8. Ídem.

9. CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 20 c) (Tailandia, 2017).

10. CEDAW/C/SWE/CO/8-9, párr. 26 a) (Suecia, 2016).

11. A/56/38, 258-259 (Vietnam, 2001); CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 20 b) (Tailandia 2017); A/57/38 Parte II, párr. 151 (Bélgica, 2002).

12. CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 15 (Filipinas, 2006); A/56/38, 258-259 (Vietnam, 2001); CEDAW/C/ERI/CO/3, párr. 17 (Eritrea, 2006).

13. A/54/38, párr. 264 (España, 1999); A/55/38, párr. 370 (Belarús, 2000); CEDAW/C/JAM/CO/5, párrs. 13-16.

14. CEDAW/C/ROU/CO/7-8, párr. 19 e) (Rumanía, 2017).

- asegurar el acceso a los servicios de apoyo a las mujeres que son víctimas de la violencia, como tratamiento médico, asesoramiento psicológico, asistencia letrada, apoyo financiero y albergues o centros de acogida;¹⁵
- capacitar a policías, trabajadores sanitarios y especialistas en el apoyo a las víctimas;¹⁶
- adoptar medidas para sensibilizar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y de la administración de justicia respecto de todas las formas de violencia contra la mujer.¹⁷

Por otro lado, la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha marcado un rumbo a los tribunales locales de la comunidad latinoamericana, en lo que respecta al estándar de la “debida diligencia jurisdiccional” a la hora, de aplicar el art 7.b) de la Convención de Belém do Pará, en materia de protección integral de la mujer, recurrente en cada uno de los casos a partir del caso “Campo Algodonero vs. México”.¹⁸

A nivel doméstico, los tribunales locales se han hecho eco de la responsabilidad internacional y de los deberes de investigar eficazmente. Ello implica, por un lado, proteger a la mujer y, por otro lado, no dejar impunes los actos de violencia, reconduciendo la discusión académica al centro de la escena probatoria, respecto a los dilemas morales en la valoración crítica de la prueba a la hora de evaluar el mérito sustantivo y pronunciar un veredicto más allá de la duda razonable.

Esta obra no pretende sentar una posición, sino aportar elementos que contribuyan a una discusión más profunda sobre la falibilidad y la reducción de error de un sistema adversarial o acusatorio como el de la justicia penal porteña. Aquí se cuenta con instrumentos tecnológicos novedosos y modernos que favorecen la reducción de la aplicación automática de la prisión preventiva y la moderación del abuso del instituto cautelar, así como a su vez permiten garantizar eficazmente la protección de la víctima en los casos de violencia de género.

15. CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 21 b) (Tailandia, 2017); CEDAW/C/URY/CO/8-9, párr. 19 f) (Uruguay, 2016).

16. A/57/38, párr. 97 (Estonia, 2002).

17. A/57/38, párr. 332 (Portugal, 2002).

18. Corte IDH, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16/11/2009.

Esta obra fue el fruto de una investigación desarrollada a lo largo de dos años, que contó con la ayuda y el respaldo del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin el cual no podría haberse llevado a cabo de ningún modo. En particular, agradezco el apoyo de la Dra. Marcela Basterra, las y los Dres. Marcelo Pablo Vázquez, Darío Reynoso, Silvia Bianco, Javier Roncero, Alejandro Fernández y Vanesa Ferrazzuolo. Y a la Editorial Jusbaire, en especial a la Dra. Alejandra García por el interés y la predisposición.

La primera etapa de investigación tuvo inicio durante el mes de junio de 2017 en la *American University Washington College of Law*, en el Programa de Estudios Avanzados de Derecho Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, gracias a los aportes, exposiciones y devoluciones de las y los Dres. Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín, Pablo Saavedra, Claudio Grossman, Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, Santiago Cantón, Flavia Piovesan y Víctor Abramovich.

La segunda etapa concluyó con la formación y capacitación en el Programa Intensivo de la Fundación René Cassin, Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo-Francia, durante la segunda sesión realizada en junio de 2018 en la ciudad de Buenos Aires. Tras haber rendido el examen de rigor, fui laureado y becado para participar en el Curso de Verano en el cincuentenario de la Fundación René Cassin, en Estrasburgo, en julio de 2019. Este programa contó con el auspicio de la Embajada de Francia en Argentina, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la Cooperación Francesa para Latinoamérica, el Institut Français Argentine, la Fundación Friedrich Naumann, *Stiftung für die Freiheit*, cuyo cuerpo docente dotado de excelencia académica internacional estuvo integrado por las y los Dres. Mónica Pinto, Fabián Salvioli, Claudio Grossman, Sebastian Touzé y Claudio Nash; en particular agradezco a la Dra. Agathe Petit de la Fundación René Cassin por su apoyo para el desarrollo de discusiones en el ámbito académico consolidando la cooperación internacional entre Argentina y Francia.

Por último, agradezco las devoluciones, correcciones y aportes formulados por las y los Dres. Martín Lapadú, Silvina Mannes, Marcelo Vázquez, Javier Buján, Valeria Lancman, Cristián Longobardi, Jorge Ponce, Carlos Fel Rolero, Christian Brandoni Nonell, Juan

Cafiero, Néstor Maragliano, Sebastián Zanazzi, Rodrigo Dellutri, Francisco I. Castex, Celeste Novelli, Leandro Martínez y Augusto Ponce, quienes desinteresadamente me han brindado su apoyo incondicional y las críticas constructivas para presentar y desarrollar el abordaje académico de un tema polémico.

Rodolfo Ariza Clerici

Capítulo 1
Hacia una igualdad material como
equidad del pensamiento clásico al
contemporáneo

Introducción

La igualdad, sin duda, es uno de los conceptos más poliédricos y ambiguos de la teoría política y de la teoría del derecho: dependiendo del autor, de la época o del contexto argumentativo, puede recibir un sentido descriptivo o prescriptivo, ser entendida como un dato natural o un resultado a conseguir, un punto de partida o un punto de llegada, un valor o un disvalor.¹ El concepto de igualdad, entendido como equidad, no es unívoco: desde la *epiēikeia* griega a la *aequitas* romana, de la *aequitas* canónica hasta el concepto de igualdad en la modernidad, tal y como se manifiesta en los distintos ordenamientos jurídicos contemporáneos, su conceptualización en la ciencia jurídica es tan plural que es vano todo intento de encontrar una sistematización temática unitaria de un concepto claramente polisemántico. La polisemia del término “equidad”² sólo es comparable a la polisemia del propio término “Derecho”.

Evolución histórica del concepto de igualdad: del pensamiento clásico a la modernidad

El concepto de igualdad y libertad en el pensamiento clásico

El pensamiento clásico –griego, romano y cristiano– define el concepto de igualdad como equidad, desde la filosofía política, como

1. Numerosos autores han llamado la atención sobre la equívocidad de la noción “igualdad” en cuanto concepto jurídico-político. Así, Isaiah Berlin sostuvo: “[la idea de igualdad] es vaga, ambigua, y ha cambiado de connotación de un pensador y una sociedad a otros”. “La igualdad”, en Berlin, Isaiah, *Conceptos y categorías* (traducción de F. González Aramburu), México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 147. Antonio Enrique Pérez Luño, por su parte, ha señalado: “[...] con el término igualdad se ha pretendido aludir a realidades o a esperanzas, a verdades de la naturaleza o a programas revolucionarios, a explicaciones racionales de la naturaleza humana o a pretensiones arbitrarias [...] Es fácil advertir tras el término ‘igualdad’ la alusión a ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo, muchas veces, antagónicas”. Pérez Luño, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, 1981, pp. 258-259.

2. La palabra “equidad” es un término ambiguo. En el lenguaje común significa: igualdad, tranquilidad, entereza, benignidad, justicia, moderación, flexibilidad. A esta multiplicidad de significados genéricos hay que añadir otra variedad de acepciones técnicas en el ámbito jurídico, como veremos más adelante. Falcón y Tella, M. José, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2005, p. 38.

la virtud intrínseca a la función política de crear normas jurídicas y la *virtù* del *praetor* frente a las lagunas o vacíos de las leyes ambiguas. Básicamente, la equidad corrige la injusticia de la *lex scripta*.

La igualdad como equidad (*epieikeia*) en Aristóteles

Aristóteles³ considera al ser humano *per se*: libre y desigual, desechando cualquier posibilidad de participación de las mujeres y esclavos en la *polis*. Todos los seres humanos nacen libres. Sin embargo, son desiguales por naturaleza, sin perjuicio de su semejanza.

En los escritos que conforman su legado, el principio de igualdad o equidad (*epieikeia*)⁴ es empleado para distribuir entre todos los ciudadanos las mismas libertades públicas y políticas de participación en el gobierno de la *Polis*.⁵ En efecto, partiendo de que el principio que rige es la desigualdad natural, Aristóteles define la igualdad formal del siguiente modo:

Estando compuesta siempre la asociación política de jefes y subordinados, pregunto si la autoridad y la obediencia deben ser alternativas o vitalicias. Es claro que el sistema de la educación deberá atenerse a esta gran división de los ciudadanos. Si algunos hombres superasen a los demás, como según la común creencia los dioses y los héroes superan a los mortales, tanto respecto del cuerpo, lo cual con una simple ojeada puede verse, como respecto del alma, y de tal manera que la superioridad de los jefes fuese incontestable y evidente para los súbditos, no cabe duda de que debe preferirse que perpetuamente obedezcan los unos y manden los otros. Pero tales desemejanzas son muy difíciles de encontrar, sin que tampoco pueda suceder aquí lo que con los reyes de la India, que sobrepu-

3. Aristóteles, que nació en Macedonia en el 384 a. C. y murió en el 322 al poco tiempo de exilarse a Atenas, pudo vivir en su propia carne el ascenso de Macedonia a la hegemonía con la monarquía de Filipo y el funcionamiento de las polis atenienses. Aristóteles estuvo muy influenciado por la filosofía de Platón y de su posición acomodada en la sociedad.

4. Aristóteles desarrolla el concepto de *epieikeia* como el arte de convencer o persuadir estableciendo una pauta de diferenciación entre la justicia escrita (es decir las leyes), y la justicia no escrita, pensada para las ambigüedades o indeterminaciones que el legislador deja en las lagunas, colocándose en los zapatos del legislador. Uscatescu Barrón, Jorge, "Acerca de un concepto romano de aequitas", en *Cuadernos de Filología Clásica, Estudios Latinos*, N° 5, Madrid, Ed. Complutense, 1993, p. 80.

5. Aristóteles, "Primera especie de justicia", en *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Libro quinto, capítulo III, 1990.

jan por completo a los súbditos que les obedecen. Es por tanto evidente, que por muchos motivos la alternativa en el mando y en la obediencia debe necesariamente ser común a todos los ciudadanos. La *igualdad* es la identidad de atribuciones entre seres semejantes, y el Estado no podría vivir de un modo contrario a las leyes de la equidad. Los facciosos que hubiese en el país, encontrarían apoyo siempre y constantemente en los súbditos descontentos, y los miembros del gobierno no podrían ser nunca bastante numerosos para resistir a tantos enemigos reunidos.⁶

Al avanzar en el entendimiento de las ideas de Aristóteles, se hallan sus conclusiones sobre el concepto de injusticia equiparado a la desigualdad:

Puesto que el carácter de la *injusticia es la desigualdad, y que lo injusto es lo desigual*, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad; porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual; esto lo ve cualquiera sin necesidad de razonamiento; y si lo igual es un medio, lo justo debe ser igualmente un medio. Pero la igualdad supone por lo menos dos términos. Es una consecuencia no menos necesaria, que lo justo sea un medio y una igualdad con relación a una cierta cosa y a ciertas personas. En tanto que medio, es el medio entre ciertos términos, que son el más y el menos; en tanto que igualdad, es la igualdad de dos cosas; en fin, en tanto que justo, se refiere a personas de cierto género. Lo justo implica por lo tanto necesariamente cuatro elementos por lo menos, puesto que las personas, a las cuales lo justo se aplica, son dos; y las cosas, en las que se encuentra lo justo, son igualmente dos. La igualdad es aquí el prisma para las personas que para las cosas en que ella se encuentra. Quiero decir, que la relación en que están las cosas es también la relación de las personas entre sí. Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones, cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales. Esto mismo es de toda evidencia, si, en lugar de mirar a las cosas, se mira al mérito de las personas que las reciben. Todos están de acuerdo en reconocer, que en las particiones lo justo debe acomodarse al mérito relativo de los contendientes. Sólo que no todos hacen consistir el mérito en

6. Aristóteles, "De la igualdad y de la diferencia entre los ciudadanos en la ciudad perfecta", en *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Libro IV, capítulo XIII, 1989.

unas mismas cosas. Los partidarios de la democracia le colocan únicamente en la libertad; los de la oligarquía le colocan ya en la riqueza, ya en el nacimiento; y los de la aristocracia, en la virtud.⁷

Igualdad y equidad en este período de la historia y de la filosofía son sinónimos de justicia, y son empleados indistintamente con un uso normativo.

La igualdad como *aequitas* en el Derecho Romano

La igualdad en el sentido de equidad se desarrolló en el Derecho Romano bajo el concepto de *aequitas*;⁸ se trata de uno de los conceptos más importantes de la cultura latina, definido como los siguientes elementos básicos: complemento del derecho, principio configurador del derecho, y principio exegético de la ley.⁹ La característica distintiva de la cultura romana era el sometimiento de la ciudadanía a la ley escrita o el *ius civile*¹⁰ que dio lugar al nacimiento de la *Civis*.

Cicerón es el padre del concepto filosófico-político de *aequitas* como la virtud propia que fundamenta la justicia, elaborando los tres principios: *bonum*, *aequitas* y *iusticia*. Las tres ideas, respectivamente, significaban: la moralidad del ordenamiento; la finalidad e igualdad en el tratamiento de los sujetos; y la unidad de dichos fines, por eso se sostenía que el *ius civile est aequias constituta*.¹¹

7. Aristóteles, “Primera especie de justicia”, *op. cit.*

8. “La noción de *aequitas* no se limita, por lo tanto, al dominio de lo jurídico, como si se tratase de un mero instrumento del *ius* para que este se pliegue adecuadamente a las circunstancias particulares y singulares que acompañan y constituyen todo hecho de consecuencias jurídicas que se dirimen –aunque no debe pasarse por alto que es el *ius civile* la mayor aportación hecha por la cultura romana y que el romano vivía en una cultura inmersa en lo jurídico–, sino que accede al panteón de las virtudes que deben adornar a todo *vir bonus*”. Uscatescu Barrón, Jorge, *op. cit.*, p. 75.

9. *Ibidem*, p. 73.

10. La creación más grande de la cultura romana, y aquello que la distingue de los demás pueblos, fue el derecho, el *ius civile*, cuyo desarrollo comprende más de un milenio, desde la ley de las XII Tablas hasta la grandiosa compilación de Justiniano, el Digesto.

11. “Aunque con Cicerón cobra la cultura romana plena conciencia del carácter fundamental de la *aequitas* como una virtud o temple distinto de la justicia escrita, la *aequitas* era ya desde antiguo un pilar fundamental de la cultura romana, piedra angular de las leyes y demás expresiones escritas de la justicia. Cicerón expresa así el carácter de la *aequitas* como base filosófica de la justicia: ‘*Sed nos veri iuris, germanaeque iustitiae solidam et ex*’, y en otro pasaje dice: ‘*cum permulta praeclare legibus essent constituta; ea*

A medida que evolucionaba el Derecho, la disciplina jurídica basada principalmente en la filosofía fue consolidándose hasta encontrar su máxima expresión en un texto de Ulpiano (muerto en 228 d. C.): justicia es la voluntad constante y perpetua¹² de dar a cada uno lo suyo¹³ y el Derecho es el arte de lo bueno y de lo *equitativo*.¹⁴

La igualdad como equidad en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino

Santo Tomás de Aquino¹⁵ es el representante del pensamiento escolástico, que retoma la filosofía aristotélica, a mediados del siglo XIII, basándose en el principio de la dignidad de la persona. Este se fundamenta en dos aspectos: su dignidad natural,¹⁶ propia de su naturaleza racional y libre,¹⁷ y la dignidad moral,¹⁸ que comprende la experiencia y libertad de perseguir los bienes superiores. La justicia será el medio que reestablecerá el orden al bien común y posibilitará la *igualdad* de derechos, según

jure pressam effligiem nullam nenemus, unibra en imaginibus utimur consultorum ingenhis pleraque corrupta oc depravana sunt [...] In omni deni- que ju re civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt. En estos textos nos habla acerca de la imperfección del derecho, de la postergación de la *aequitas* en el Derecho Civil. Por eso concede a la filosofía un lugar de primer orden en el *ius*, hasta elevarla al rango de primera fuente de la que el derecho civil tiene que beber para desarrollarse y perfeccionarse". Ídem.

12. "Ulpiano, en el libro primero de Reglas. La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le es debido", en *Digesto de Justiniano*, Libro Primero "De la Justicia y el Derecho [10. *Ulpianus libro primo regularum. 'Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi'*. *Digestorum Seu Pandectarum, Liber Primus 'De Iustitia et de Iure'*"]".

13. "1. Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño al otro, dar a cada uno lo suyo. [1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*"]". Ídem.

14. "1. Ulpiano, en el libro primero de Instituciones. Al ocuparnos del derecho primero es necesario saber de dónde procede el término 'derecho'. [Su nombre] viene de 'justicia' pues, como elegantemente define Celso, el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo. [1. *Ulpianus libro primo institutionum. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*"]". Ídem.

15. Como las fuentes primarias de su obra podemos señalar, principalmente, la *Suma Contra Gentiles* (1259-1265), *Suma Teológica* (1268-1272), *Comentario a la Política de Aristóteles* (1269- 1272) y los *Comentarios a la Ética de Aristóteles* (1271-1272).

16. "*Nam dignitas absolutum est, et ad essentiam pertinent*", Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Obras completas (traducción y notas de Francisco Barbado Viejo), Madrid, BAC, edición bilingüe, 1957, I, q. 42, a. 4, ad 2.

17. "*Libertas arbitrii ad dignitatem hominis pertinent*", ibídem, I, q. 59, a. 3.

18. Ibídem, II-II, q. 63, a. 2, corp.

la dignidad humana. Por justicia, Santo Tomás comprende que “se llama justo lo que según alguna *igualdad* corresponde a otro”;¹⁹ “la justicia versa propiamente, como sobre peculiar materia, acerca de aquellas cosas que se refieren a otro”²⁰ y finalmente: “el nombre de justicia entraña *igualdad*, es de esencia el referirse a otro, porque nada es igual a sí sino a otro”.²¹

El pensamiento secular, contractualista y el idealismo trascendental alemán

La modernidad trajo aparejada la ruptura del paradigma teológico del *Ancien Régime*, modificándose la legitimación del poder, en los fundamentos del pensamiento ilustrado.

La libertad política en Maquiavelo y la igualdad en Thomas Hobbes

El valor del pensamiento humanista del Renacimiento radica justamente en el surgimiento de la idea de un Estado que garantice la libertad política de participar. “El príncipe” de Maquiavelo²² desenmascara como factor ineludible de las relaciones humanas la competencia por el poder. Según estos pensadores, aquella tiende siempre a la guerra y el hombre no es bueno por naturaleza. Por ello, el único medio de frenar esa guerra incesante es el predominio militar que asegure la paz interior

19. “*Dicitur esse iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri*”, ibídem, II-II, q. 57, a. 1, corp.

20. “*Est autem iustitia circa ea quae ad alterum sunt, sicut circa propriam materiam*”, ibídem, II-II, q. 58, a. 1, corp.

21. “*Cum nomen iustitiae aequalitatem importet, ex sua ratione iustitia habet quod sit ad alterum*”, ibídem, II-II, q.

22. La obra de Nicolás Maquiavelo (1467-1529) es de singular importancia en el pensamiento filosófico político de la Teoría del Estado, ya que puso en crisis el modelo hegemónico teológico de *Ancien Régime* al dar a luz el pensamiento secular de lo político. En sus textos, “El príncipe” y “Los Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, emergen los conceptos de libertad y Estado como un par armónico que, si bien presentan tensiones difícilmente reconciliables, a través de la virtud pública, o sea, participación política, garantizan el nacimiento de la libertad política individual en el moderno Estado constitucional. Es un pensador del Estado y de la soberanía, aunque muchos lo acusan de ser el defensor de la tiranía. Sin embargo, no es fácil percibir que Maquiavelo no sólo tiene que ver con el liberalismo y la democracia, sino que sentó las bases para el nacimiento de un Estado que abandona el *Ancien Régime*, para adoptar un pensamiento secular que cambia el eje y la mirada sobre lo político y el Estado.

y exterior. En este orden de cosas, la libertad política es el derecho a oponerse pacíficamente a quien está en el poder, pero para ello es necesario el desarrollo de un poder local vigoroso y soberano que alcance el autogobierno asegurando la libertad externa. La república de ciudadanos virtuosos coloca los intereses públicos por encima de los intereses privados. Sin esta condición no es posible mantener independencia externa.²³

Thomas Hobbes²⁴ desarrolla un concepto de igualdad como equidad, entendida como *igualdad de condiciones*:²⁵

... los hombres son iguales por naturaleza tanto en fuerza como en facultades mentales, puesto que, por un lado, la prudencia no es sino la experiencia. Y por otro lado, nada prueba mejor la distribución equitativa de los talentos que el hecho de que cada uno está satisfecho con lo que le tocó, y lo más importante, aunque de hecho no fueran iguales deberían ser tratados como tales porque todos ellos así lo esperan.²⁶

La consecuencia de este pensamiento importa la ruptura con la tradición de la filosofía política anterior, que defendía hasta el cansancio la tesis de que los seres humanos eran desiguales. La monarquía en

23. Singer, André, "Maquiavelo y el liberalismo: la necesidad de la república", en Borón, Atilio (comp.), *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008, pp. 353-361.

24. Nació en Westport, Wiltshire, Inglaterra, el 5 de abril de 1588. Estudió en la Universidad de Oxford y durante su exilio viajó por Francia, Alemania e Italia, donde se vinculó con pensadores clásicos como René Descartes y Galileo Galilei. Su pensamiento exhibe una continuidad con la obra de Maquiavelo mientras que en el resto de las disciplinas tuvo por maestro a Francis Bacon. Sus obras más importantes son *Elementos de Derecho Natural y Político* (1650), *De Cive* (1642), y *El Leviatán* (1651). Se desempeñó como profesor en París del príncipe de Gales (futuro Carlos II). En 1651, con ocasión de una amnistía volvió a Inglaterra y se reconcilió con Cromwell (conductor del proceso revolucionario burgués de la primera República) y entre 1655 y 1658 publicó sus dos últimas obras de carácter filosófico: *Elementos de Filosofía* (I y II). Murió el 4 de diciembre de 1679 en Hardwick Hall.

25. El capítulo XIII del *Leviatán* se titula "De la condición natural del género Humano, en lo que concierne a su felicidad y su miseria". Comienza dicho capítulo planteando que los seres humanos son iguales: "La Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él". Asimismo, concibe que "los hombres que se consideran a sí mismos iguales no entran en condiciones de paz sino cuando se les trata como tales". Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 127.

26. Pousadela, Inés, "El contractualismo hobbesiano", en Borón, Atilio, *op. cit.*, pp. 365-378.

particular, y toda forma de gobierno en general, reflejaba la consumación de esta desigualdad, pues el príncipe ejercía el poder en virtud de que era diferente a la masa de sus súbditos. El postulado de la igualdad de los seres humanos determina que el gobierno ya no puede asentarse en el mero reconocimiento de que unas personas son superiores a otras. A partir de este momento bisagra, el pensamiento político tiene que dedicarse a reflexionar sobre cómo legitimar el gobierno en una situación en donde las personas son iguales.

El idealismo trascendental alemán: Kant y Marx

La igualdad kantiana en cuanto personas como súbditas

El postulado de la libertad²⁷ es la noción más importante de la cosmovisión kantiana para la vida moral y para la dinámica jurídico-política. El terreno de la libertad alcanza una pluralidad de matices: libertad de pensamientos, de religión, etcétera.²⁸ El doble uso de la razón kantiana (uso público²⁹ y uso privado³⁰) nos ilustra sobre una concepción de la igualdad que diferenció el plano político del social. En el primero reina el principio de igualdad, asegurando los intereses de la burguesía, mientras que en el segundo plano reina la desigualdad social. Si, por un lado, se debe criticar, por el otro lado se debe obedecer. Los esfuerzos de la razón pública, crítica, son construir una democracia deliberativa a partir de la resolución de las necesidades básicas del hombre. Los peligros que encierra este pensamiento son mantener una diferenciación entre ciudadanos de primer y de segundo orden, es decir, respectivamente quiénes mandan y quiénes deben obedecer.³¹ *La igualdad kantiana en*

27. El principio de la libertad está formulado de la siguiente forma: “Nadie me puede obligar a ser feliz según su propio criterio de felicidad (tal como se imagina el bienestar de otros hombres), sino que cada cual debe buscar esa condición por el camino que se le ocurre, siempre que al aspirar a semejante fin no perjudique la libertad de los demás, para lograr así que su libertad coexista con la de los otros, según sea posible una ley universal (es decir con el derecho de los demás)”. Kant, Immanuel, *Acerca de la relación entre la teoría y la práctica en el derecho político (Hobbes)*, Buenos Aires, Nova, 1964, p. 159.

28. Rossi, Miguel Ángel, “Aproximaciones al pensamiento político de Immanuel Kant”, en Borón, Atilio, *op. cit.*, p. 191.

29. Es un derecho del hombre, en tanto ilustrado y libre, a ejercer el plano de la crítica en el ámbito público, sólo a través de ella se permite una evolución social.

30. La razón debe limitar su uso crítico. No hay otro camino que el de la obediencia.

31. Rossi, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 191.

cuanto súbditos está planteada de la siguiente manera: “cada miembro de la comunidad tiene con respecto de los demás, derecho de coacción, del que sólo se exceptúa el jefe de la misma”.³² De esta manera, aquel que detenta el poder supremo debe estar libre de todo tipo de coacción bajo el argumento de ser el creador o conservador de la misma comunidad. La igualdad del súbdito ante la ley convive con la desigualdad de las distintas posiciones y posesiones de la sociedad civil:

Pero esa igualdad de los hombres dentro del Estado, en cuanto súbditos del mismo, convive perfectamente bien con la mayor desigualdad dentro de la multitud y el grado de propiedad, sea por ventajas corporales o espirituales de un individuo sobre los demás o por bienes externos referidos a la felicidad.³³

Kant es partidario del despotismo ilustrado, desde el dominio de la escisión: una igualdad formal ante la ley y una desigualdad real al interior de la sociedad civil que encuentra legitimación en las propias diferencias naturales:

De tal manera, el hecho de que alguien tenga que obedecer (como el niño al padre o la mujer al varón) y otro mandar; la circunstancia de que uno sirva (como jornalero) y el otro pague el salario, etc., depende mucho de la salud de la voluntad del otro (el pobre con respecto al rico). Pero según el derecho [...] todos son en cuanto súbditos, iguales entre sí.³⁴

Evidentemente, es un pensamiento conservador que legitima el *statu quo*, a su vez sujeto a la legitimación de la burguesía, y el concepto de igualdad se convierte en un concepto puramente jurídico, una ficción sin la cual no podría celebrarse ningún acto jurídico.

El materialismo histórico marxista y el principio de desigualdad

La explotación para Marx genera desigualdad y falta de libertad, situación que no es evidente y permanece oculta detrás del velo creado por el fetichismo de la mercancía (proceso de acumulación, dominación y alienación). La apropiación del plusvalor por parte de la clase capitalista se ubica en el núcleo de un conjunto de injusticias inherentes al sistema

32. Kant, Immanuel, *op. cit.*, p. 160.

33. Ídem.

34. Ibídem, p. 161.

capitalista. La propiedad desigual de los medios de producción actúa en detrimento tanto del principio de libertad como de la igualdad de oportunidades, puesto que en las sociedades capitalistas los propietarios de los medios de producción preservan poder de veto sobre una variable social clave: la inversión.³⁵ La injusticia como sinónimo de inequidad es inherente a las estructuras institucionales y sociales capitalistas.

El lenguaje como construcción de igualdad

El lenguaje natural y el normativo tienen un rol preponderante no sólo en los saberes de la filosofía, la política, la economía y el derecho sino también en la sociedad, en el seno del Estado y de la propia estructura social. Los padres del pensamiento vinculado al lenguaje, indudablemente, son Wittgenstein³⁶ y Gadamer,³⁷ cuyas máximas es-

35. Guíñazú, María Clelia, "Marxismo analítico y justicia ¿más allá de Rawls?", en AA. VV., *Teoría y filosofía política: la tradición y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, CLACSO, 2001, p. 152 y ss.

36. La tesis de Wittgenstein sostiene que la función esencial del lenguaje es afirmar o negar los hechos. Dada la sintaxis de un lenguaje, el significado de una proposición está determinado tan pronto como se conozca el significado de las palabras que la componen. Para que una cierta proposición pueda afirmar un cierto hecho debe haber, cualquiera que sea el modo como el lenguaje esté construido, algo en común entre la estructura de la proposición y la estructura del hecho. ¿Qué es lo que efectivamente ocurre en nuestra mente cuando empleamos el lenguaje con la intención de significar algo con él (psicología)? ¿Cuál es la relación existente entre pensamientos, palabras y proposiciones y aquello a lo que se refieren o significan (epistemología)? Su tesis concluye en la última máxima del *Tractatus*, "7. De lo que no se puede hablar, mejor es callarse": "En otras palabras, el lenguaje encierra los límites de la comprensión del ser humano cuya naturaleza es finita o limitada. El mundo 'no es lo que es', sino lo que 'nos representamos que es'". Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, Buenos Aires, Altaya, 1994.

37. El carácter lingüístico de la experiencia hermenéutica constituye el desarrollo propio fundamental que Gadamer añade a la fenomenología hermenéutica, y está expuesta directamente en el siguiente fragmento de *Lenguaje y Comprensión* de 1970: "Todo entendimiento es un problema del lenguaje y se logra o se malogra en el medio de la lingüisticidad. Todos los fenómenos de entendimiento, de comprensión e incomprensión que forman el objeto de la denominada hermenéutica constituyen un fenómeno de lenguaje [...]. No sólo el procedimiento interhumano de entendimiento, sino que el proceso del comprender mismo representa también un acontecer lingüístico cuando se dirige hacia un objeto extralingüístico o escucha la voz apagada de las letras escritas, un hecho lingüístico del género de ese diálogo interno del alma consigo misma, como definió Platón la esencia del pensamiento". Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método II*, Salamanca, Sígueme, 1998, p. 181 y ss.

tablecen al lenguaje como principal conformador del pensamiento y de la identidad de las personas.

El lenguaje es una forma de representarnos el mundo y tiene un doble poder tanto reproductor como transformador de la realidad. Otras vertientes más clásicas de la antropología estructural consideran que el lenguaje, como creación cultural, establece los principios constitutivos de la identidad del individuo y de los grupos sociales, a partir de lo cual, y más allá de comunicar, con él se socializan saberes y prácticas.³⁸

La igualdad rawlsiana en el pensamiento contemporáneo³⁹

El objeto primario de la justicia rawlsiana es la estructura básica de la sociedad fundamentada en los valores postulados por la Revolución Francesa: igualdad, libertad y fraternidad. Y esto se refleja en el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Las instituciones son un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades. Los principios de justicia para las instituciones no deberían confundirse con los que se aplican a los individuos y sus acciones en circunstancias particulares.⁴⁰ El sistema de Rawls está regido por dos principios. El primero es el derecho a iguales libertades básicas para todos. El segundo se divide, a su vez, en dos subprincipios; por un lado, un criterio de justificación para las desigualdades económicas y sociales (principio de la diferencia) y, por otro lado, el derecho a una justa igualdad de oportunidades. En efecto, el principio de la diferencia es el

38. Palacios Jaramillo, Diego, “El lenguaje de género, más que un reflejo de discriminación”, en AA. VV., *El Lenguaje: un elemento estratégico en la construcción de la igualdad*, Colombia, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial-UNFPA, 2015, p. 8.

39. Este apartado está basado parcialmente en Ariza Clerici, Rodolfo, “La justicia equitativa de Rawls y sus críticas libertarias e igualitarias”, en Rossi, Miguel Ángel y Laleff Ilieff, Ricardo, *Disquisiciones sobre el (neo)liberalismo en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Teseopress, 2018.

40. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 20, 62 y 282.

fundamento medular para estructurar el *maximin*, el mayor beneficio de los menos aventajados. Dicho principio no se aplica a transacciones o distribuciones particulares, ni a las decisiones de individuos y asociaciones, sino más bien al trasfondo institucional en el que se llevan a cabo estas transacciones y decisiones.⁴¹

Sin embargo, tal como señala Ribotta,⁴² para comenzar a hablar de justicia es necesario centrarnos, en primer lugar, en sus *circunstancias* o *condiciones*; la escasez o la abundancia; el egoísmo o el pluralismo. En segundo lugar, sería necesario establecer qué entendemos por sociedad justa⁴³ según una perspectiva del Estado perfeccionista o liberal. Así, la justicia desde una teoría liberal⁴⁴ depende del criterio de reparto o *distribuendum*: hay quienes distribuyen los resultados y quienes distribuyen en el orden de oportunidades (esto remite al principio de igualdad de oportunidades de Rawls, al concepto de la libertad real de Van Parijs,⁴⁵ a los recursos de Dworkin,⁴⁶ las capacidades de Sen⁴⁷ o al acceso a las ventajas de Cohen).⁴⁸ La teoría rawlsiana de la justicia pone en perspectiva dos modelos de superación⁴⁹ de la concepción utilitarista de la justicia entre aquellos que la critican (i) como insuficientemente liberal (Nozick⁵⁰ desde el liberalismo conservador o

41. Rawls, John, *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 264-265.

42. Ribotta, Silvina, *John Rawls sobre (des)igualdad y Justicia*, Madrid, Dykinson, 2009.

43. Van Parijs, Phillippe, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 196.

44. Las teorías del liberalismo propietario definen que una sociedad es justa cuando no se puede quitar a una persona lo que le pertenece de manera predefinida. Por el contrario, las teorías solidaristas consideran que una sociedad es justa cuando trata a sus integrantes con igual respeto e igual consideración.

45. Van Parijs, Phillippe, *op. cit.*, p. 196.

46. Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Barcelona, Paidós, 2003.

47. Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura, 1998.

48. Cohen, Gerald, "Marxism & Contemporary Political Philosophy", en *Canadian Journal of Philosophy*, N° 16, 1990, pp. 363-387.

49. Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

50. Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura, 1990.

libertario) o (ii) insuficientemente igualitaria (neomarxistas o marxistas analíticos,⁵¹ comunitaristas,⁵² republicanos⁵³ y feministas).⁵⁴

En particular, lo cierto es que las críticas a la teoría rawlsiana de la justicia como insuficientemente igualitaria, dan lugar a una nueva perspectiva del concepto de igualdad, en clave de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, DESC), que permite aplicar una resignificación al concepto de igualdad como no discriminación en materia de grupos subordinados, en situación de desigualdad estructural (estereotipos de género o estigmas contra la población afroamericana, los pueblos indígenas), como el fruto de las injusticias políticas (por falta de participación o de representatividad), de las injusticias económicas (el modo de distribución de recursos que conduce a la explotación y la marginalización), y/o de las culturales (el falso reconocimiento de las prácticas ancestrales, culturales y religiosas), como grupos vulnerables pasibles de una protección especial o reforzada (ver infra el capítulo que trata sobre Responsabilidad internacional estatal por violación del derecho internacional de los derechos humanos).

La crítica liberal conservadora de Nozick

La crítica de Robert Nozick⁵⁵ a la teoría de la justicia rawlsiana igualitaria postula que esta es insuficientemente liberal, naturalmente, acorde a su postura neoliberal y conservadora que se funda en el clásico paradigma liberal de Adam Smith de *laissez faire, laissez passer*. Nozick es

51. Cohen, Gerald, *op. cit.*; Guiñazú, Clelia, *op. cit.*; Borón, Atilio, "Justicia sin capitalismo o capitalismo sin justicia", en *Teoría y Filosofía Política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, Buenos Aires, CLACSO, 1999.

52. Walzer, Michael, *Las esferas de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997. Taylor, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

53. Skinner, Quentin, *Liberty before liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Pettit, Phillippe, *Republicanism* (traducción de Toni Domènech), Barcelona, Paidós, 1999.

54. Young, Iris Marion, "Vida Política y Diferencia de Grupo", en Castells, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Madrid, Paidós, 1996, pp. 120-137; Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del hombre editores/Universidad de los Andes, 1997, p. 23; Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996; Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas legales transnacionales*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009.

55. Nozick, Robert, *op. cit.*

un detractor del *Welfare State*, que señala la innecesariedad de un Estado más extenso que aquel que asegure negativamente las libertades públicas y los derechos individuales. Dirige así su crítica al principio de diferencia rawlsiano que pretende la igualdad (tanto en el sentido de igualdad de chances como en el de igualdad de bienestar) en una sociedad entre sus miembros. Ello implica que las mayores ventajas obtenidas por los mejores dotados son justificables *sólo si* forman parte de un esquema que mejora las expectativas de los menos aventajados de la sociedad, desdibujando, por lo tanto, la neutralidad y simetría que deben presidir toda cooperación social que quiere permanecer estable. Dicho de otro modo, implica que los menos dotados extraigan más beneficios que los situados en una mejor posición en relación con las pertenencias previas de cada uno en un esquema no cooperativo o de cooperación más limitada. Sin embargo, no todos los individuos pueden exigir lo máximo de una situación de cooperación, de suerte que los mejor dotados tienen motivos para rehuir la cooperación, por no presentar las mismas condiciones razonables. Esta crítica es conocida como la *objeción de los talentos*,⁵⁶ que procura evitar la esclavitud de los talentosos. Rawls afirma que las más grandes capacidades de las personas son un capital social para ser usado como ventaja común, con lo que la riqueza que los más talentosos obtengan, y que no tienen derecho a tener, se tienen que entender como capital social a ser redistribuido. De adverso, Nozick denuncia esta situación como una violación de los derechos fundamentales del individuo.

En este sentido, Seleme cree que nuestros talentos son producto de una lotería natural y, por ello, no podemos apropiarnos de su fruto, salvo que sea para beneficio común. Por lo que debe considerarse común no los talentos, sino su distribución.

Lo que es reconocido como un acervo común es la existencia de una variedad de talentos de diferentes clases y en diferentes grados. Esto es visto

56. Nozick supone que dada una determinada forma de distribuir los recursos equitativamente (situación D1), las personas tienen igualdad de recursos y bienes. Pero una persona del grupo, Wilt Chamberlain, juega muy bien al baloncesto por lo que los demás desean verlo y pagan regularmente una suma de dinero a cambio del disfrute por el juego. Dado un determinado período de tiempo, obviamente los ingresos de Chamberlain serán muy superiores a los del resto, ya que las transferencias de dinero en concepto de entradas para verle jugar se han convertido en ganancias para Chamberlain. La discusión se presenta sobre si Chamberlain tiene derecho a esta riqueza y si es justa o injusta esta nueva situación de distribución de riqueza en la sociedad y por qué. *Ibidem*, p. 165 y ss.

como algo positivo por todos, porque posibilita que los distintos talentos, si son organizados de una manera apropiada puedan complementarse y hacer que estas diferencias sean recíprocamente beneficiosas.⁵⁷

La crítica del marxismo analítico

En la visión marxista, la explotación por parte de la clase propietaria de los medios de producción, como condición de posibilidad del sistema capitalista, engendra desigualdad y privaciones de todo tipo (es decir, falta de libertad y de igualdad de oportunidades).

A esto debemos sumar la postura de Cohen respecto a la defensa del egoísmo de la desigualdad basado en que la gente es *egoísta por naturaleza*, y los supuestos de Rawls que evalúa la igualdad desde la función *maximin*. Ello le permite alejarse de la igualdad cuando los que están peor se benefician como consecuencia de ese alejamiento. No obstante, la crítica más relevante sobre el principio de diferencia se refiere a la cuestión de los *incentivos*.⁵⁸ Desde esta posición, Cohen advierte que según Rawls, la desigualdad es buena si beneficia a los que menos tienen (dando más dinero producirán más, incentivos materiales y motivación productiva). Sin embargo, considera que los incentivos no son realmente necesarios ni para producir más ni para beneficiar a los que menos tienen, limitándose a demostrar que la desigualdad económica basada en ellos no es justa sino sólo *inevitable*.⁵⁹

En este sentido, Borón sostiene que, contrariamente a lo que opina Cohen, el problema sí es el principio de la diferencia, toda vez que

57. Seleme, Hugo, *Neutralidad y Justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 272.

58. Cohen, Gerard, “¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades”, en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, *op. cit.*, p. 28.

59. El principio de la diferencia de Rawls “autoriza que aquellos naturalmente más aventajados obtengan ventajas adicionales (compensaciones económicas en forma de incentivos) en la medida en que dispongan su talento para la realización de tareas que favorezcan, especialmente, a los sectores más desaventajados de la sociedad”. Cohen refuta esta interpretación que él le da al principio de la diferencia de Rawls: “el otorgamiento de tales ventajas económicas implica ceder directamente al chantaje de los más poderosos, algo que debería estar prohibido bajo la concepción examinada. Lo que resulta peor, ahora, se justifica tal tipo de desigualdades en nombre de la justicia”. Cohen, Gerald, “Incentives, Inequality, and Community”, en Peterson, Grethe (comp.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, University of Utah Press, vol. 13, 1992, citado por Gargarella, Roberto, *op. cit.*, p. 81.

el mismo admite imperturbablemente la continuidad de la explotación. ¿Qué igualdad podría construirse consintiendo la permanencia de la explotación? Este, y no otro, es el tema de debate. Cohen plantea problemas importantes pero subordinados al principal. Un acuerdo hipotético acerca de *cuáles* desigualdades y de *cuánta* desigualdad no resuelve para nada el problema, puesto que excluye de la agenda crítica nada menos que la supervivencia de las relaciones de explotación. Además, políticamente, un enfoque como el de Rawls –el cual aparentemente Cohen acepta– suprime de nuestro horizonte de visibilidad toda posibilidad de recrear una utopía de la buena sociedad. En los hechos nos condena a aceptar resignadamente que el capitalismo es, como dicen algunos de sus apologistas, *the only game in town* [“la única alternativa”], cuando en realidad hay varios otros juegos posibles. Que esta posibilidad algún día se efectivice no depende, afortunadamente, de la retórica discursiva de los filósofos políticos sino del desenvolvimiento de las contradicciones sociales y de las luchas populares.⁶⁰

En este sentido, el aporte de Lizárraga resulta esclarecedor para repensar a Rawls en otros juegos posibles como el comunismo o el socialismo. En efecto, Rawls adopta una definición del comunismo basada en la que propone Cohen: “igualitarismo radical sin coerción - igual acceso a los recursos sociales”.⁶¹ Este atributo junto a la tesis de la autopropiedad son elementos determinantes en la valoración rawlsiana del comunismo pleno. Por otro lado, Cohen señala que en el socialismo existe una acentuada disparidad en los ingresos debido a la desigualdad en los atributos de nacimiento y al hecho de que el trabajo es recompensado, por su duración e intensidad, en bienes de consumo. Esta recompensa a dotes desiguales ha sido llamada “explotación socialista”.⁶²

60. Borón, Atilio, “Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de Rawls”, *op. cit.*, p. 156.

61. Lizárraga, Fernando, “G.A. Cohen, la igualdad voluntaria y el marxismo”, en Seleme, Hugo *et al.*, *Temas de ética y filosofía política: I y II simposio de ética y filosofía política*, Córdoba, Grupo Editorial Foja Cero, 2012, p. 3 y ss. Disponible en: <http://cehepyc.uncoma.edu.ar/archivos/lizacohenvoluntaria.pdf>

62. Lizárraga, Fernando, *La justicia en el pensamiento de Ernesto Che Guevara*, La Habana, Ed. de Ciencias Sociales, 2006, p. 104.

El pensamiento igualitario-liberal de Rawls, tal como lo afirma Lizárraga:

... cobra enorme fecundidad, cada vez más vigente cuanto más se confirma que el capitalismo no hace sino profundizar casi sin límite las desigualdades económicas y sociales. Rawls forzó a los libertaristas a mostrar todas sus cartas. Los obligó a reconocer, sin tapujos, que para ellos la igualdad no es un tema que deba preocupar a quien se encarga de pensar mundos sociales deseables y factibles. Más aún, debieron admitir que su credo sostiene que la desigualdad está plenamente justificada cuando se da vía libre al sacrosanto principio de la autopropiedad y a los contratos entre adultos capaces de consentir (en escenarios libres de coerción y de fraude). El sueño del Estado mínimo y un mundo social habitado por empresas en miniatura, esto es, por meros individuos autointeresados, es la utopía de Robert Nozick y de los libertaristas de derecha en general. Rawls también interpeló a la socialdemocracia europea, mostrando los límites del Estado de Bienestar y argumentando que la promesa igualitaria podía ser articulada en una teoría coherente y profunda, incluso en tiempos en que muchas convicciones empezaban a flaquear y se insinuaban los primeros esbozos de la denominada Tercera Vía.⁶³

La crítica walzeriana comunitarista

Michael Walzer se enrola en las filas de los comunitaristas, y critica a John Rawls en su posición epistemológica, en la medida en que sostiene que nadie se desprende de los lazos comunitarios (el velo de ignorancia sobre la posición original) para descubrir verdades universales y eternas. Sin embargo, coincide con la idea de justicia como institucionalización de la libertad y de la igualdad.⁶⁴ Su tesis sobre la justicia, a diferencia de Rawls, es que no hay un concepto universal y válido para todas las sociedades. La justicia es relativa puesto que existen diversas esferas de distribución de los bienes sociales, por otro lado, existen multiplicidad de sociedades con un número infinito de culturas, religiones, lineamientos políticos, condiciones geográficas posibles. La justicia es el

63. Lizárraga, Fernando, "Igualdad, respeto propio y ethos en la teoría de John Rawls", en Rossi, Miguel Ángel y Laleff Ilieff, Ricardo, *op. cit.*

64. Mouffe, Chantal, "El liberalismo norteamericano y sus críticos: Rawls, Taylor, Sandel, Walzer" (traducción de Nora Pasternac), en revista *Esprit*, 1987, p. 18.

auxilio frente a la desigualdad en sociedades integradas por sistema de castas en donde prima la dominación de una esfera sobre otra.⁶⁵

La tesis sobre las esferas de la justicia de Walzer presenta una teoría pluralista de la justicia social consistente en un concepto de “igualdad compleja”.⁶⁶ El modelo de igualdad simple tiende a igualar lo más posible a las personas en situación global, ello justifica la intervención crónica del Estado con el único propósito de impedir la dominación, lo que conduce inexorablemente a los totalitarismos y autoritarismos en materia de distribución de los bienes sociales en todas las esferas de la sociedad moderna. La distribución de bienes sociales no es uniforme, sino que debe reflejar la diversidad de esos bienes sociales y sus múltiples significaciones en función de cada esfera y su interrelación con otras esferas. Lo determinante es que no se violen los principios de distribución de cada esfera de modo que impliquen la posibilidad de ejercer preponderancia en otras como sucede con la riqueza.⁶⁷ Ningún bien social debe servir como medio de dominación y debe tender a evi-

65. Sostiene que carece de sentido sostener cualquier intento de justicia en sociedades cuyas comunidades políticas son jerarquizadas puesto que dejan de lado el principio de igualdad. Las sociedades occidentales liberales y democráticas tienen entre sus principios políticos los lineamientos sobre libertad e igualdad y solamente a partir de las construcciones que puedan realizarse sobre estos conceptos podemos sostener juicios de valor sobre lo justo o injusto. Walzer aporta, precisamente, herramientas para la hermenéutica y construcción sobre las diversas interpretaciones posibles sobre libertad e igualdad, pero en su aplicación directa sobre las relaciones sociales, a través de la respuesta institucional del Estado, allí se materializan los principios de distribución de bienes sociales con el criterio de justicia social. Walzer, Michael, *op. cit.*, p. 322 y ss.

66. Define el concepto de igualdad compleja a partir de seis proposiciones: (1) todos los bienes que la justicia distributiva considera son bienes sociales; (2) los individuos asumen identidades inciertas por la manera en que conciben y crean los bienes sociales; (3) no existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales; (4) la significación de los bienes determina su movimiento; (5) los significados sociales poseen carácter histórico, al igual que las distribuciones; (6) todo bien social o conjunto de bienes sociales constituye una esfera distributiva dentro de la cual sólo ciertos criterios y disposiciones son apropiados. *Ibidem*, p. 21.

67. “El predominio representa un camino para usar los bienes sociales, que no está limitado por los significados intrínsecos de estos y que configura tales significados a su propia imagen. El monopolio representa un medio de poseer o controlar los bienes sociales a fin de explotar su predominio. Ningún bien social domina íntegramente la gama de los bienes; ningún monopolio es jamás perfecto”. *Ibidem*, p. 24 y ss.

tar la concentración de poder político, riqueza, los honores y las funciones particularmente privilegiadas en las mismas manos.⁶⁸

La crítica republicana

La elaboración de una teoría de la justicia conlleva ínsito el tratamiento del concepto de libertad. No obstante, este último no es unívoco sino que acarrea diversos usos y significados posibles. Rawls argumenta sobre la prioridad o preferencia de la libertad en el principio de justicia con una preocupación especial por la libertad en dos sentidos: por un lado, en general en las vidas personales (como idea de autodeterminación del programa de vida), y por el otro lado, en particular, frente a la interferencia intrusiva de otros individuos –incluido el Estado– como el derecho a no ser molestado por terceros. La posibilidad de que la libertad de una persona sufra la interferencia del Estado plantea una cuestión diferente desde la perspectiva republicana de la libertad defendida por Pettit (quien divide el concepto de capacidad, en general y sin dependencia) que, por cierto, es muy similar a la visión neorromana de Skinner.

La teoría republicana o neorromana define la libertad no sólo como *la capacidad de hacer* en cierta esfera, sino también la libertad de que otros no puedan eliminar dicha capacidad, incluso si quieren hacerlo. En esta perspectiva, la libertad de una persona puede verse afectada también sin interferencia de otros, por la existencia de un poder arbitrario de otro que pudiera obstaculizar a actuar como querría, aun si dicho poder de intervenir no se ejerce realmente como instancia de no dominación.⁶⁹

La máxima de los neorromanos consiste en que la libertad existe sólo cuando se es miembro de un Estado libre. Esto se traduce en una República. En consecuencia, la libertad se pierde cuando la coacción del Estado o de otro hombre obliga al individuo a hacer lo que la ley no

68. “El concepto monopólico de un bien dominante da origen a una clase dominadora cuyos miembros se ubican en la cima del sistema distributivo, pero como el predominio es siempre incompleto y el monopolio imperfecto, la dominación de toda clase en el poder es inestable. Así, la aristocracia, el gobierno de los mejores, es el principio de aquellos que pretenden la supremacía de la crianza y la inteligencia: son, por lo común, los monopolizadores de la gracia y las investiduras. La meritocracia o la carrera abierta a los talentos es el principio de quienes afirman ser talentosos la mayoría de las veces son los monopolizadores de la educación”. Ídem.

69. Pettit, Phillippe, *op. cit.*, p. 40.

contempla o impide algo que la ley no prohíbe. Sobre la privación de la libertad Skinner no lo pudo haber dicho mejor.

También se dejará de ser libre si se cae en un estado de dependencia o sujeción política, que implica el riesgo de ser privado de la vida, libertad o bienes mediante el uso de la fuerza o la coacción por parte del gobierno. Esto significa que si el ciudadano vive bajo una forma de gobierno que favorece el ejercicio de prerrogativas u otorga poderes discrecionales al margen de la ley, vive en realidad como esclavo.⁷⁰

Tanto el republicanismo como el liberalismo sostienen, contrariamente a Schmitt,⁷¹ que el parlamentarismo es la forma ideal de gobierno como garantía de la realización del ciudadano libre. Sin perjuicio de lo cual, a su vez, el republicanismo posee matices que se reflejan en autores como Skinner y Pettit, quienes ponen de manifiesto las diferencias sobre el concepto de libertad republicano y democrático. La libertad de los antiguos está caracterizada por la primacía de lo público por sobre lo privado, el ejercicio colectivo de la soberanía y, en consecuencia, por una idea fuerte de participación ciudadana en cuestiones de Estado.⁷² En cambio, la libertad de los modernos consiste, básica-

70. Skinner, Quentin, *Libertad antes del liberalismo*, Madrid, Taurus, 2004, p. 49.

71. El pensamiento de Carl Schmitt se sitúa en un contexto de legitimación del poder y de la autoridad más cercano al autoritarismo monárquico que a las libertades políticas, emparentadas con el pensamiento clásico, liberal y republicano del parlamentarismo. En su pensamiento no se establece distinción entre autoridad y libertad política. No es posible concebir ninguna libertad, sino es el fruto de una decisión política fundamental, cobrando todo su vigor el brocardo hobbesiano “*auctoritas, non veritas, facit legem*” a partir del cual se le asigna pleno sentido a su Teoría de la Constitución. Schmitt es un detractor sumamente crítico del parlamentarismo –regido por el principio político de discusión pública– precisamente por la crisis moral que atraviesa la clase política de su época. Considera que el axioma constitucional de que el diputado sea independiente de sus votantes y de su partido es una aporía, cuyo interés persigue su propio beneficio. El problema radica en la heterogeneidad democrática reducida a la heterogeneidad de los principios y fines, vacía de valores morales como el honor. Sostiene que en una monarquía resulta inaplicable el principio de discusión pública tal como en una república democrática resulta impracticable aplicar el principio del “honor” característico de las monarquías. La discusión pública es una mera promesa sin apoyatura en la realidad”. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, p. 4; del mismo autor, *Sobre el parlamentarismo* (traducción de Manuel Aragón), Madrid, Tecnos, 1990, pp. 6-7.

72. Desde Tocqueville en adelante, Norteamérica es considerada la tierra del liberalismo democrático, ya que desde la constitución de 1787, no ha tenido los obstáculos que han padecido los países europeos tales como los propios problemas de las monarquías

mente, en el disfrute de la independencia individual, lo que resulta incompatible con la sujeción al colectivo pueblo o voluntad general.

En efecto, antes que Isaiah Berlin, otro autor que también abordó la idea de libertad a partir de una dicotomía es Benjamin Constant, quien en 1819 estableció una distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, de tal modo que

... de la diferencia entre la libertad moderna y la libertad antigua, se desprende que también está amenazada por un peligro de carácter diferente. El peligro de la libertad antigua consistía en que, atendiendo únicamente a asegurar la repartición del poder social, los hombres no privilegiaron los derechos ni los goces individuales. El peligro de la libertad moderna consiste en que, absortos en el disfrute de nuestra independencia privada y en la procuración de nuestros intereses particulares, renunciamos fácilmente a nuestro derecho de repartición del poder político.⁷³

En consecuencia, para mantener la libertad el individuo se debe asegurar de que no se generen las condiciones para que emerja un gobierno con poder discrecional y, asimismo, de que los derechos civiles no dependan de la voluntad del gobernante o del grupo que represente al gobierno. Lo factible para resguardar la libertad, según los neorromanos, es configurar un sistema político en el cual la promulgación de las leyes resida en el pueblo o en los representantes habilitados para tal rol, todos los miembros del cuerpo político estén sometidos al imperio de las leyes y, así, pueda reinar “el imperio de la justicia”.

preexistentes (esclavitud, imposición de excesivos tributos de la corona, etc.). Ello condujo a la generación de problemas propios, tales como el surgimiento de un movimiento neoconservador que puso alerta sobre el precipicio igualitario y los excesos de la democracia por la sobrecarga de demanda y la multiplicación de nuevos derechos. Por su lado, el republicanismo cívico norteamericano no se asemeja al republicanismo romano, ni al aristotélico (*zoon politikon*), entendido como comunidad política libre y autogobernada que asegura la realización humana, básicamente por dos razones; la abolición de la esclavitud y el principio de igualdad de la modernidad y el surgimiento del problema filosófico-jurídico del libre albedrío –entendido como vivir a merced de otro, es decir, el problema de la dominación–. Mouffe, Chantal, *op. cit.*, p. 1.

73. Constant, Benjamin, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos” (traducción de Carlos Patiño Gutiérrez), en *Libertades*, año 1, número 3, 2013, pp. 83-95; Rodríguez Uribe, José Manuel, “Benjamin Constant: Estado liberal de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales*, T. III, Siglo XIX, vol. II, Libro II, Madrid, Dykinson, 2007, p. 761.

Si y sólo si se vive en un sistema de autogobierno semejante podrá privarse a los gobernantes de todo poder de coacción discrecional y, por consiguiente, de la capacidad tiránica para reducir a los ciudadanos a una condición de dependencia de su buena voluntad y, por ende, a la condición de esclavos.⁷⁴

Los neorromanos aceptan que la extensión de la libertad del individuo como *citizen* deberá medirse por el grado en que se restrinja su capacidad para actuar según su voluntad en la búsqueda de fines particulares. Este precepto permite enlazarse con el liberalismo, donde según Jeremy Bentham la libertad es “negativa” y se caracteriza por la ausencia de “limitación o restricción”. En este sentido, ¿cuál es la frontera entre la concepción de la libertad entre los neorromanos y los liberales? La respuesta la ofrece Skinner:

Lo que los autores neorromanos repudian *avant la lettre* es el supuesto clave del liberalismo clásico en cuanto a que la fuerza o la amenaza coactiva de su uso constituyen las únicas formas de coacción que interfieren con la libertad individual. Los autores neorromanos insisten, en cambio, en que vivir en una condición de dependencia es ya en sí mismo fuente de restricciones y una forma de restricción. El reconocimiento de que se vive en esa condición sirve para limitar el ejercicio de algunos derechos civiles.⁷⁵

En resumidas cuentas, la relación entre soberanía/autoridad y libertad es una relación inversamente proporcional. Cuanto mayor es la libertad política del príncipe, las libertades individuales se reducen. Cuanto mayor es la injerencia parlamentaria en la limitación de las prerrogativas reales, entonces mayor es el campo de las libertades y derechos fundamentales. Skinner, como autor de una tesis de filosofía política, sostiene que cuando hablamos de libertad negativa, no nos referimos necesariamente a la ausencia de interferencia. Ello se debe a que este autor desecha el concepto de libertad positiva por la vaguedad e indeterminación ideológica y filosófica de su definición, y porque tampoco concibe que el hecho de que la libertad esté basada exclusivamente en la no interferencia no resuelve el problema de vivir en dependencia del poder de otro. Del mismo modo, su posición epistemológica filosófica política lo aparta del normativismo consti-

74. Skinner, Quentin, *op. cit.*, p. 51.

75. *Ibidem*, p. 56.

tucionalista de Pettit. En definitiva, Skinner comparte gran parte de su tesis con Pettit, a quien le atribuye una importancia extraordinaria, pero se aleja cuando afirma que el resultado del argumento de Berlin ha sido “quitar del medio” a la teoría que sostiene que la libertad negativa consiste en la no dominación, y no en la no interferencia.

La crítica feminista

Los estudios feministas se han ocupado de revisar el concepto liberal clásico de igualdad formal, identificando una de sus principales consecuencias, que es la exclusión sistemática de ciertos grupos, marginados de poder participar, de acceder a los recursos (injusticia redistributiva) y de ser reconocidos como interlocutores válidos en la discusión pública (injusticia cultural).⁷⁶ Así advierten sobre la falsa convicción que impone el principio tradicional de igualdad cuando las personas en mayor desventaja no participan ni son habilitados en el debate social sobre cómo se reparten los recursos. Estas circunstancias exigen una mayor actividad por parte del Estado, es decir, una mayor protección de los grupos sujetos a condiciones de vulnerabilidad, por ejemplo, los niños que viven en la vía pública, o en sistemas de internación, los enfermos mentales en reclusión, los inmigrantes indocumentados, la población campesina desplazada de sus territorios, o las personas pobres portadoras de VIH/SIDA, entre otros. El concepto de igualdad que requiere abstención o “neutralidad” por parte del Estado resulta insuficiente para atender estos casos. Frente a situaciones de desigualdad estructural, en las que las personas no pueden salir por sí mismas, el Estado adquiere un protagonismo fundamental como hacedor de medidas protectivas y positivas para garantizar los derechos fundamentales de las personas cuya desventaja obedece a razones históricas y sistemáticas.

Frente a este escenario, surge el estudio de los estereotipos de género como una de las principales causas generadoras de la desigualdad que afecta de manera generalizada a las mujeres en cada

76. Fraser, Nancy, *op. cit.*; Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 9, 2011, pp. 157-198.

uno de los ámbitos de la vida social. Rebecca Cook y Simone Cusack reconstruyen el significado del concepto de estereotipo,⁷⁷ que es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (v. *gr.* mujeres, lesbianas, adolescentes). Según esta definición, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v. *gr.* los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (v. *gr.* las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros de hecho poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se cree que una persona, por el sólo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo. Todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única serán, por lo tanto, filtradas a través de la lente de dicha visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se le identifica.⁷⁸

El “estereotipo perfecto” era descrito así: “su autenticidad está confirmada por el hecho de que precede a la razón”. Un estereotipo nos habla

... del mundo antes de que lo miremos; imaginamos la mayor parte de las cosas antes de experimentarlas; y, al menos que la educación nos dé conciencia de ello, esos conceptos anticipados gobiernan profundamente todo el resto de la percepción. Señalan ciertos objetos como familiares o extraños, acentuando la diferencia, de manera que lo familiar se ve como muy familiar, y lo que es un poco extraño como fuertemente exótico. Son originadas por leves signos que pueden variar de

77. Los estereotipos han sido objeto de estudio durante mucho tiempo. El término fue acuñado en 1798 por el tipógrafo Fermín Didot y utilizado por primera vez para describir un método o proceso de imprenta en el que una plancha metálica o molde era utilizado para duplicar el material original. El término como tal, se deriva de los vocablos griegos *stereo* y *typo*, que significan “sólido” y “molde” respectivamente. En 1922, el uso del término “estereotipo” en referencia a un proceso de impresión, se adaptó metafóricamente como un concepto de ciencias sociales para explicar cómo las personas poseen una preconcepción sobre otras, tan sólo como si fuesen reimpresiones de un molde.

78. Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *op. cit.*, pp. 11-12.

un índice verdadero a una vaga analogía. Una vez que aparecen, inundan la visión reciente con imágenes viejas y proyectan sobre el mundo lo que resucita la memoria.⁷⁹

A modo de epílogo. Hacia una igualdad como redistribución y reconocimiento contra una desigualdad como dominación

Como señalan con precisión Laura Clérico y Martín Aldao cuando analizan los avances de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

... la insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no sólo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento.⁸⁰

Las teorías sobre la igualdad predominantes permiten comprender discriminaciones puntuales pero resultan insuficientes para examinar situaciones estructurales que responden a patrones históricos de discriminación. Para estos supuestos que afectan a grupos (personas con

79. Lippmann, Walter, *La opinión pública*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, S.A., 1949, p. 75.

80. Clérico, Laura y Aldao, Martín, *op. cit.*, p. 160. Agregan, citando a Hannah Arendt (*Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006, p. 188 y ss.), que “esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica a su vez invita a volver la mirada sobre los presupuestos de filosofía política sobre los que se basa cada una de las concepciones de igualdad. Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales. Esto es así en tanto en la idealizada autocomprensión de las sociedades burguesas, que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta”, *op. cit.*, p. 165. Ver *infra* Capítulo III.

discapacidad, pueblos originarios, niños y niñas, mujeres,⁸¹ ancianos, entre otros), se requiere un cambio de paradigma sobre el rol del Estado. “Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso”.⁸²

Así, el Estado debe convertirse en un actor central disponiendo medidas positivas que transformen el estado de desigualdad y garanticen el igual acceso a las oportunidades para todas las personas, alimentando una protección especial o reforzada para aquellas sujetas a una mayor desventaja en razón de su pertenencia a ciertos grupos.⁸³ Esta desigualdad, lejos de ser natural, emana de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales y de la falta de reconocimiento. Continúan Clérico y Aldao indicando que

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia; y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres.

De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades*. En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros.⁸⁴

81. Ver *infra* Capítulo V.

82. Clérico, Laura y Aldao, Martín, *op. cit.*, p. 165.

83. Saba, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, en Alegro, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

84. Clérico, Laura y Aldao, Martín, *op. cit.*, p. 167.

También, por otra parte, Clérico y Aldao consideran que la injusticia cultural o simbólica está arraigada en los patrones sociales dominantes en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión. De este modo, también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales. En este sentido proponen la reevaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de *status* con menor respeto, estima y prestigio que el resto de la sociedad el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la reevaluación de las valoraciones de *status* y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.⁸⁵

Aclaran que, a la luz de los trabajos de Habermas⁸⁶ y Sousa Santos,⁸⁷ el análisis actual sobre el principio de igualdad debe ser planteado ya en términos de emancipación como no dominación o no sometimiento e integrarlo con el ideal de democracia conformada por individuos efectivamente libres e iguales.

85. “... la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros”. Ídem.

86. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Barcelona, Trotta, 2005, cap. 7.

87. De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009, caps. 7 y 9.

En definitiva, como veremos más adelante, esta nueva perspectiva de igualdad material permite introducir dentro del prisma el pensamiento en clave de derechos económicos, sociales, y culturales (en adelante DESC), cuya dificultad radica en su justiciabilidad.⁸⁸ La doctrina de la indivisibilidad e interdependencia con los derechos civiles y políticos facilita la articulación indirecta de la violación de derechos sociales a través de su vinculación con los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través del principio de progresividad (art. 26), y la vinculación con el incumplimiento de las obligaciones de protección, garantía y satisfacción (arts. 1 y 2) o el debido proceso legal y tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25).

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006.

ARENDT, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

88. Los derechos económicos, sociales y culturales surgen a partir del siglo XX acuñados por el constitucionalismo social, a diferencia de los derechos civiles y políticos que nacen del iluminismo clásico, propio del constitucionalismo liberal en el siglo XVIII. El temprano origen de la segunda generación permite explicar históricamente el estado prematuro de efectividad de estos derechos. Los derechos sociales resultan predeterminables a partir de sus contenidos, mas no de sus límites, característica que lo diferencia del género correspondiente a los derechos civiles y políticos. Por ende, el conjunto de obligaciones positivas asumidas por el Estado atribuirá su sentido y significado, estableciendo su alcance y aplicación. En principio, los derechos sociales presentan dos perfiles delimitables, integrados por *obligaciones negativas* y *obligaciones positivas*, con distintos niveles de exigibilidad que dependen de la posibilidad de su titular de ejercerlos por sus propios medios, o de la necesidad de que el Estado remueva obstáculos que impidan o amenacen su vigencia. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en *El Umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, p. 17 y ss.; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 28-30; Ariza Clerici, Rodolfo, “El derecho a la salud en la CSJN”, en revista *Lecciones y Ensayos*, N° 80, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 285 y ss.

_____, *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ARIZA CLERICI, Rodolfo, “El derecho a la salud en la CSJN”, en *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, N° 80, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.

_____, “La Justicia Equitativa de Rawls y sus críticas libertarias e igualitarias”, en ROSSI, Miguel Ángel y LALEFF ILIEFF, Ricardo, *Disquisiciones sobre el (neo)liberalismo en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Teseopress, 2018.

BERLIN, Isaiah, “La igualdad”, en *Conceptos y categorías* (traducción de F. González Aramburu), México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

BORÓN, Atilio, “Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de Rawls”, en *Teoría y Filosofía Política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, Buenos Aires, CLACSO, 1999.

CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1.

COHEN, Gerald, “Marxism & Contemporary Political Philosophy”, en *Canadian Journal of Philosophy*, N° 16, 1990.

_____, “¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades”, en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

CONSTANT, Benjamin, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos” (traducción de Carlos Patiño Gutiérrez), en *Libertades*, año 1, N° 3, 2013.

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas legales transnacionales*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009.

DWORKIN, Ronald, *Virtud Soberana*, Barcelona, Paidós, 2003.

FALCON Y TELLA, M. José, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

FRASER, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 1997.

GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método II*, Salamanca, Sígueme, 1998.

GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

GUIÑAZÚ, María Clelia, “Marxismo analítico y justicia ¿más allá de Rawls?”, en *Teoría y filosofía política: la tradición y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, CLACSO, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Barcelona, Trotta, 2005.

HOBBS, Thomas, *Leviatan*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.

KANT, Immanuel, *Acerca de la relación entre la teoría y la práctica en el derecho político (Hobbes)*, Buenos Aires, Nova, 1964.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

LIPPMANN, Walter, *La opinión pública*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, S.A., 1949.

LIZÁRRAGA, Fernando, “G.A. Cohen, la igualdad voluntaria y el marxismo”, en SELEME, Hugo *et al.*, *Temas de ética y filosofía política: I y II simposio de ética y filosofía política*, Córdoba, Grupo Editorial Foja Cero, 2012. Disponible en: <http://cehepyc.uncoma.edu.ar/archivos/lizacohenvoluntaria.pdf>

_____, “Igualdad, respeto propio y ethos en la teoría de John Rawls”, en ROSSI, Miguel Ángel y LALEFF ILIEFF, Ricardo, *Disquisiciones sobre el (neoliberalismo en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Teseopress, 2018.

_____, *La justicia en el pensamiento de Ernesto Che Guevara*, La Habana, Ed. de Ciencias Sociales, 2006.

MOUFFE, Chantal, “El liberalismo norteamericano y sus críticos: Rawls, Taylor, Sandel, Walzer” (traducción de Nora Pasternac), en *Revista Esprit*, 1987.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

PALACIOS JARAMILLO, Diego, “El lenguaje de género, más que un reflejo de discriminación”, en AA. VV., *El Lenguaje: un elemento estratégico en la construcción de la igualdad*, Colombia, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial-UNFPA, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, 1981.

PETTIT, Phillippe, *Republicanism* (traducción de Toni Domènech), Barcelona, Paidós, 1999.

POUSADELA, Inés, “El contractualismo Hobbesiano”, en BORÓN, Atilio (comp.), *Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008.

RAWLS, John, *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

RIBOTTA, Silvina, *John Rawls sobre (des)igualdad y Justicia*, Madrid, Dykinson, 2009.

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, “Benjamin Constant: Estado liberal de Derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales*, T. III, Siglo XIX, vol. II, Libro II, Madrid, Dykinson, 2007.

ROSSI, Miguel Ángel, “Aproximaciones al pensamiento político de Immanuel Kant”, en BORÓN, Atilio (comp.), *Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008.

SABA, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, en ALEGRO, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo* (traducción de Manuel Aragón), Madrid, Tecnos, 1990.

_____, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

SELEME, Hugo, *Neutralidad y Justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SINGER, André, “Maquiavelo y el liberalismo: la necesidad de la república”, en BORÓN, Atilio (comp.), *Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008.

SKINNER, Quentin, *Liberty before liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 / *Libertad antes del liberalismo*, Madrid, Taurus, 2004.

TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

USCATESCU BARRÓN, Jorge, “Acerca de un concepto romano de aequitas”, en *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos*, N° 5, Madrid, Ed. Complutense, 1993.

VAN PARIJS, Phillippe, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 1993.

WALZER, Michael, *Las esferas de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, Buenos Aires, Altaya, 1994.

YOUNG, Iris Marion, “Vida Política y Diferencia de Grupo”, en CASTELLS, Carme (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Madrid, Paidós, 1996.

Capítulo 2
El Sistema Interamericano de
Protección de Derechos Humanos (SIDH)

Introducción

Desde el siglo XIX en adelante, los Estados americanos se han organizado con el objetivo de alcanzar ciertas metas comunes. En un principio, esta organización se vinculó, más allá de ciertas materias puntuales, principalmente con temas de defensa y materias de comercio. Sin perjuicio de lo anterior, hubo un desarrollo progresivo de materias vinculadas a los derechos humanos y, en particular, a institucionalizar los mecanismos de protección de los derechos que se iban reconociendo en los instrumentos suscriptos por los Estados.¹

Con el tiempo, en el contexto post Segunda Guerra Mundial se consagró el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA). La Carta de la OEA, adoptada en 1948, señaló como uno de sus principios “los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo” (art. 5 j.). Más adelante, dispone que es un deber de los Estados miembros el respeto “a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal” (art. 3). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta de la OEA no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración o DADDH), documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA.²

1. En materia de derechos humanos, podemos destacar que en la Primera Conferencia, del año 1826, a través del art. 27 del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas, los Estados firmantes asumieron el compromiso formal de terminar con la esclavitud en sus países y de castigar drásticamente el tráfico de esclavos. Esta será la primera manifestación concreta de preocupación por parte de los Estados participantes de un encuentro de carácter continental, por reconocer una libertad fundamental del ser humano y disponer de los mecanismos necesarios para su vigencia y control. En la Octava Conferencia Panamericana, Lima, 1938, se aprueba por primera vez en la región americana una resolución referente a los derechos humanos con un carácter específico, además de una Declaración en Defensa de los Derechos Humanos (Resolución XVI). Sobre la genealogía de los derechos humanos en el continente americano, puede verse también Sikkink, Kathryn, *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, pp. 86-88.

2. Nikken, Pedro, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH, San José de Costa Rica, 1989, pp. 86-99.

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, donde el 22 de noviembre de 1969 se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana o CADH).³ Esta Convención, documento fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con rango constitucional en el ordenamiento jurídico argentino, recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos,⁴ establece ciertas obligaciones generales y específicas de los Estados, fija pautas para resolver los conflictos de derechos y regula las condiciones bajo las cuales puede ser legítima su suspensión.

El proceso de construcción y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- a. Desde la década de 1880 en adelante, el Sistema Interamericano ha desarrollado un amplio *sistema normativo* de protección de derechos humanos. Entre sus componentes se destacan los siguientes instrumentos, adoptados en la fecha aclarada entre paréntesis: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interameri-

3. La Convención entró en vigencia el 18/07/1978, al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada.

4. Derecho a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (art. 6), a la libertad personal (art. 7), al acceso a las garantías judiciales (art. 8), a no ser condenado por normas penales retroactivas al momento de la comisión de las acciones u omisiones (art. 9), a la indemnización por error judicial (art. 10), a la protección de la honra y la dignidad (art. 11), a la libertad de conciencia y religión (art. 12), a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), a la rectificación o respuesta (art. 14), a reunirse (art. 15), a asociarse (art. 16), a la protección de la familia (art. 17), al nombre (art. 18), a la nacionalidad (art. 20), a la propiedad privada (art. 21), a la circulación y residencia (art. 22), a participar en los asuntos públicos (art. 23), a la igualdad ante la ley (art. 24) y a la protección judicial (art. 25).

cana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém do Pará (1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

- b. En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos son dos los *órganos* encargados del control de la actividad de los Estados en materia de estos derechos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En el año 1959 nace la Comisión Interamericana⁵ como el órgano encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. La Comisión Interamericana tiene una naturaleza cuasi-judicial, y ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano. Hoy es un órgano establecido en la Carta de la OEA (art. 53) que ejerce su competencia respecto de los 35 Estados partes de la Organización. La Comisión tiene una serie de funciones muy relevantes a partir de las actividades de promoción y protección: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA,

5. Fue creada en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, celebrada en Santiago de Chile. En aquella ocasión se estableció una estructura base y se fijó asimismo su finalidad central, la cual era la de "promover" los derechos humanos, y se encargó al Consejo de la Organización de Estados Americanos fijar las atribuciones específicas a través de una Convención especializada que resultó ser posteriormente la CADH.

le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que estos le soliciten; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, finalmente, rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.⁶

En el año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se creó la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, la cual goza de funciones jurisdiccionales.⁷ La creación de la Corte Interamericana se enmarca en el esfuerzo jurisdiccional internacional en materia de protección a los derechos humanos, en tanto junto con la Corte Europea de Derechos Humanos constituyen los pilares del sistema orgánico y jurisdiccional de protección de los derechos humanos en el contexto internacional. La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos; puede, además, emitir opiniones consultivas.⁸

- c. En cuanto a los *procedimientos* en el Sistema Interamericano, la función de protección de los derechos humanos la ejercen la Corte Interamericana a través de la resolución de casos contenciosos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los siguientes procedimientos: examen de

6. CADH, art. 41.

7. Su antecedente más importante en el continente americano es la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 y que funcionó hasta 1918, sin perjuicio de que dicha Corte no tuvo competencia en materia de derechos humanos.

8. CADH, art. 64: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

casos o situaciones de violaciones a los derechos humanos; preparación y publicación de informes; actuación ante la Corte Interamericana y observaciones *in loco*.

A continuación se analizarán brevemente algunos de los elementos centrales de cada una de estas funciones.

Un primer procedimiento está basado en la Carta de la OEA, y se refiere al control de situaciones de violaciones de derechos humanos. Este procedimiento surge de la experiencia histórica frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, y se confunde con el desarrollo propio de la Comisión. Desde sus inicios, en 1960, la Comisión tuvo como labor central no tanto investigar casos individuales, sino afrontar violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, y buscar, más por la práctica que por cualquier otro medio, el camino para actuar efectivamente ante este tipo de violaciones. Este procedimiento no requería el cumplimiento de requisitos de admisibilidad y le permitió a la CIDH tomar conocimiento de violaciones a los derechos humanos e inmediatamente solicitar información al gobierno respectivo sobre la situación general que acaecía en el país. De esta forma, los mecanismos de actuación de la CIDH en sus inicios estuvieron asociados a la acción política y de presión, que con el tiempo se fue profesionalizando y adquiriendo la matriz técnica característica que se observa a través del sistema de peticiones y casos.⁹

Sobre la base de su experiencia práctica, la Comisión desarrolló los Informes sobre Países (*Country Reports*) para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente.¹⁰ Los Informes sobre Países se convirtieron en el medio más idóneo para hacerles frente, toda vez que este instrumento ataca una de las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, esto es, dejar en evidencia las graves violaciones de derechos humanos que los Estados buscan ocultar. La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios sobre violaciones a derechos humanos

9. Medina Quiroga, Cecilia y Nash, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 96.

10. González, Felipe, "Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)", en *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, N° 46, 2007, p. 147.

ocurridas en el territorio de un determinado Estado Miembro de la Organización.¹¹ Por su parte, las visitas *in loco*¹² son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permite acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

El segundo procedimiento de protección de derechos humanos consiste en el conocimiento de denuncias individuales. En esta materia, el Sistema Interamericano contempla un sistema dual; este depende de si los Estados han ratificado o no la Convención Americana. Respecto de todos los Estados parte de la OEA, la Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales en las que se aleguen violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana y en la Declaración Americana (ver infra el apartado sobre Competencia material [*ratione materiae*]).¹³ El acceso a la Comisión es muy amplio y cualquier persona puede presentar un caso, incluso la Comisión de *motu proprio* puede iniciar una investigación. Los Estados también tienen esta facultad cumpliendo con ciertas formalidades.¹⁴ El procedimiento ante la Comisión es cuasi-judicial y se tramita fundamentalmente por escrito, aunque existe la posibilidad de que se cite a una audiencia para recibir prueba testimonial o pericial. Los casos ante la Comisión pueden terminar por solución amistosa, desistimiento de la víctima, por la publicación de un informe final o por el sometimiento del asunto ante la Corte IDH. En todos los casos, los Estados pueden reconocer su responsabilidad internacional.

La Comisión está facultada para someter los casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención respecto de los Estados que han ratifi-

11. En un primer momento, y en uso de una interpretación amplia de sus facultades, no objetadas por los Estados, la Comisión realizó informes sobre violaciones a los derechos humanos en Cuba, Haití y la República Dominicana, siendo este Estado el único que permitió un estudio *in situ* de la situación.

12. Sobre esta materia ver Vargas, Edmundo, "Las observaciones *in loco* practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, OEA, 1984.

13. Medina Quiroga, Cecilia y Nash, Claudio, *op. cit.*; Faúndez-Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., 2004.

14. CIDH, Informe N° 11/07, "Nicaragua vs. Costa Rica", Caso Interestatal N° 01/06, 08/03/2007.

cado dicho instrumento y que, además, han aceptado la competencia contenciosa del Tribunal. Esta facultad es relevante, ya que es el único mecanismo para que un individuo pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería que el Estado presente el caso, lo que en la práctica no ocurre).¹⁵ El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas y/u orales. De conformidad con el artículo 68.1 de la Convención, las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y, si en un caso determina que existe una violación a la CADH, está facultada para adoptar medidas de reparación.¹⁶

El principio de subsidiariedad en la protección interamericana de derechos humanos¹⁷

El objetivo de la protección internacional está dirigido al aparato ejecutivo, legislativo y judicial de los Estados partes. Cuando estos fallan, se dispara entonces la intervención de los mecanismos internacionales de protección (subsidiariedad). Los Estados partes de la OEA, sobre la base de las disposiciones de la Convención Americana, están obligados a garantizar y satisfacer un estándar mínimo de derechos a las personas sujetas bajo su jurisdicción. Debido a sus características, es más factible que la justicia local sea, en la mayoría de los casos, más rápida y económica que la protección internacional, la cual por sus mecanismos de accesibilidad tiene plazos excesivos de duración, además de altos costos económicos. En el ámbito nacional hay poder de policía, intermediación, medidas cautelares o precautorias más efectivas. El principio de subsidiariedad se materializa concretamente dentro del SIDH a través de dos reglas: el agotamiento de los recursos internos (art. 46, CADH) y el de la cuarta instancia (art. 47. b, CADH).

15. CADH, art. 61.1.

16. Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones ver Nash, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007 y capítulo III de este libro.

17. Rodríguez Pinzón, Diego, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en González, Joaquín (ed.), *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 1-31.

Agotamiento de los recursos internos

La lógica que informa la regla del agotamiento de los recursos internos es la de permitir “al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional”, considerando que *la jurisdicción internacional es subsidiaria a la jurisdicción doméstica*.¹⁸

Según lo indicado por la Comisión, esta regla asegura que los recursos internos no sean anulados por un órgano internacional, y que el Estado tenga la oportunidad de corregir cualquier error que pueda ser demostrado ante su fuero interno, antes de que se comprometa su responsabilidad internacional.¹⁹ La Comisión, además, ha señalado que “los tribunales domésticos están generalmente en mejor posición de determinar los hechos y el derecho aplicable a un caso particular, y, donde sea necesario, de formular y hacer cumplir una solución adecuada”.²⁰ Por estos motivos, el requisito de agotamiento de los recursos opera como regla (art. 46.a, CADH), salvo que se cumplan las condiciones para que proceda alguna de las excepciones contempladas en el artículo 46.b de la Convención:

- a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y/o
- c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

18. CIDH, Informe N° 36/05, Inadmisibilidad, “Fernando A. Colmenares Castillo vs. México”, 09/03/2005, párr. 61; Corte IDH, “Godínez Cruz vs. Honduras”, Fondo, 20/01/1989, Serie C N° 5, párr. 67; Corte IDH, “Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras”, Fondo, 15/03/1989, Serie C N° 6, párr. 88.

19. CIDH, Informe N° 27/93, Admisibilidad, “Cheryl Monica Joseph vs. Canadá”, caso N° 11092, 06/10/1993, párr. 13.

20. *Ibidem*, párr. 14.

Doctrina de la Cuarta Instancia

Conforme al artículo 47(b), la Comisión desarrolló la llamada “fórmula de la cuarta instancia”,²¹ mediante la cual se considera que las decisiones de tribunales domésticos imparciales e independientes, que satisfagan las garantías del debido proceso, no se encuentran sujetas al escrutinio de la CIDH. En el caso “Marzioni vs. Argentina”,²² la Comisión estableció:

Párr. 50. [...] La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.

Párr. 51. La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.²³

21. La “fórmula de la cuarta instancia” fue desarrollada inicialmente por la CIDH en el caso “Clifton Wright vs. Jamaica”, Informe N° 29/88, caso N° 9260, 16/09/1988, Considerando 5, publicado en el Informe Anual 1987-1988. Su equivalente en el Sistema Europeo es la teoría del margen de apreciación.

22. En “Marzioni vs. Argentina”, un trabajador retirado que solicitaba compensación laboral por incapacidad, reclamó que los tribunales de Argentina erraron al aplicar la legislación doméstica que gobernaba las disputas por daños laborales. La Comisión declaró que no podía revisar el alegado error judicial y consecuentemente declaró la petición inadmisibile. La Comisión, al explicar la fórmula de la cuarta instancia, se basó en la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

23. CIDH, Informe N° 39/96, Inadmisibilidad, “Marzioni vs. Argentina”, Caso N° 11673, 14/03/1997; CIDH, Informe N° 85/98, Admisibilidad, “Gilbert Bernard Little vs. Costa Rica”, Caso N° 11472, 28/09/1998.

La Comisión desarrolló esta fórmula para rechazar aquellas peticiones que alegaran de manera exclusiva un error judicial.²⁴ Sin embargo, como surge de los párrafos transcritos, esta fórmula no se aplica cuando existe una violación al debido proceso, al deber de no discriminación, o una violación a otros derechos reconocidos por la Convención.²⁵

Teniendo en cuenta los procesos de transición a la democracia en el hemisferio, el caso “Marzioni vs. Argentina” ha jugado un papel importante en la evolución de los estándares del sistema. La fórmula muestra de forma clara que la Comisión concede cierto grado de deferencia a las cortes nacionales en aquellos Estados con sistemas judiciales que operan en el marco de una sociedad democrática. Sin embargo, la Comisión somete a un mayor escrutinio las denuncias contra Estados con regímenes autoritarios o cuando se cuestiona la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial. En este sentido, por ejemplo, en el año 2005 la Comisión admitió una petición contra Colombia en la que, aunque se objetaba una decisión judicial que había sido revisada por la Corte Suprema de aquel país, se trataba de un caso en el que la justicia había sido administrada por tribunales militares sin rostro. La Comisión rechazó el argumento del Estado (que alegó que la CIDH no tiene competencia para actuar como instancia de revisión de las actuaciones de los tribunales internos) y, por tanto, consideró pertinente estudiar el fondo de la petición para determinar si se habían vulnerado las normas relativas al debido proceso de conformidad con la Convención Americana.²⁶ Así, estableció:

Párr. 28: [...] Si bien en principio no cabe a la CIDH examinar las determinaciones de derecho o de hecho de los tribunales nacionales, a la manera de un tribunal de alzada, esta sí se encuentra facultada para determinar si a lo largo de dichos procesos se han respetado las normas del debido proceso consagradas en la Convención Americana.

Párr. 29. En el presente caso, del análisis de los alegatos de las partes se desprende que los hechos alegados por los peticionarios podrían caracterizar la violación de los derechos a la libertad personal y las garantías judiciales consagrados en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en conjunción con la obligación genérica del Estado de respetar y

24. CIDH, “Marzioni vs. Argentina”, *op. cit.*, párr. 53.

25. *Ibidem*, párrs. 40-63.

26. CIDH, Informe N° 05/05, Admisibilidad, “Gustavo Sastoque Alfonso vs. Colombia”, 22/02/2005.

garantizar estos derechos, establecida en el artículo 1(1) del mencionado instrumento, en la medida que se refieren al modo en el cual el procesamiento del señor Sastoque Alfonso fue conducido ante la justicia regional. [...] Consecuentemente, la Comisión concluye que estos extremos de la petición satisfacen los requisitos del artículo 47(b) y (c).

El trámite ante el SIDH

En este apartado enumeraremos los requisitos de admisibilidad en el procedimiento individual ante la Comisión.

El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH distingue claramente una etapa de admisibilidad y otra etapa de examen de fondo. Ambas transitan en paralelo con la vía de la solución amistosa, la cual puede materializarse en cualquier etapa del trámite.

Para que el caso resulte admisible, debe cumplir los siguientes requisitos:

- a. de competencia (en razón del lugar, la persona, el tiempo y la materia);
- b. de formalidad;
- c. de fondo:
 - i. la no duplicidad ante otro tribunal internacional;
 - ii. el agotamiento de los recursos internos;
 - ii. el plazo de presentación de seis meses desde la notificación de la decisión definitiva en el orden interno; y finalmente,
 - iv. que los hechos alegados caractericen posibles violaciones a la Convención Americana (o a la Declaración Americana).

Si la petición cumple los recaudos mencionados, la Comisión procederá a declarar su admisibilidad y publicará el informe correspondiente en su página *web*. En caso contrario, elaborará un informe de inadmisibilidad. Ambos tipos de informes son incluidos en el que presenta la CIDH anualmente a la Asamblea General de la OEA.²⁷

27. Reglamento de la CIDH, art. 36.1.

Competencia²⁸

Competencia territorial (*ratione loci*)

La Comisión es competente para examinar casos sobre violaciones a los derechos protegidos bajo la Convención y la Declaración Americanas que ocurran en el territorio de los Estados miembros de la OEA. Es relevante tener en cuenta que, por ejemplo, la Comisión, a la luz de la Declaración, ha aplicado su competencia *ratione loci* a ciertas actividades extraterritoriales que caen bajo la jurisdicción del Estado. Ello suele suceder en el contexto de conflictos armados internacionales fuera del territorio en cuestión, siempre que se verifique la existencia de “control efectivo” de las fuerzas de un Estado parte de la OEA que actúan fuera de su territorio, de modo que las personas se encuentran fuera de su territorio pero sujetas igualmente al control de sus agentes.²⁹

Competencia personal (*ratione personae*)

Legitimación activa

El artículo 44 de la Convención Americana³⁰ otorga legitimación activa a cualquier individuo, grupo de personas u organizaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para presentar una petición, pudiendo coincidir o no con las propias víctimas de la supuesta violación. En este sentido, el artículo 26.1 del Reglamento de la Comisión establece que toda persona, grupo de personas (sin importar su nacionalidad o residencia) u organizaciones no gubernamentales legalmente reconocidas en un Estado miembro de la OEA, pueden presentar una petición reclamando una violación de un derecho consagrado en la

28. Rodríguez Pinzón, Diego, “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del SIDH”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, Año 1, N° 0.

29. Sobre las obligaciones extraterritoriales y el control efectivo, CIDH, Informe N° 121/18, “José Isabel Salas Galindo y otros vs. Estados Unidos”, Caso N° 10573, 05/10/2018, párrs. 306-321; CIDH, “Decisión de la Comisión respecto a la admisibilidad en el caso de la Repatriación de haitianos vs. Estados Unidos”, Caso N° 10675, 11/02/1994.

30. CADH, art. 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Convención, sin necesidad de probar que ellos mismos son víctimas o que tienen el consentimiento de la víctima para presentar la petición en su representación.³¹ Las víctimas, por supuesto, pueden presentar una petición directamente o a través de un representante y deben, sin embargo, ser identificadas en dicha petición. Esta forma amplia de acceso al sistema es crucial para proteger los derechos de personas que se ven impedidas para activar la protección internacional. Esto ocurre especialmente en situaciones donde se requiere acción internacional inmediata, como por ejemplo en el caso de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos por parte de un régimen autoritario, casos de desapariciones forzadas de personas, o detenciones en incomunicación, entre otras, en los cuales las víctimas se ven impedidas para solicitar la protección internacional por iniciativa propia.

Bajo estas circunstancias, un formalismo excesivo podría perjudicar una inmediata acción en favor de la víctima por parte de la Comisión. Sin embargo, resta por determinar cuál sería la posición de la Comisión si en algún supuesto los peticionarios abusaran de las amplias disposiciones sobre legitimación activa; por ejemplo, mediante la presentación de una petición contra la voluntad de la víctima a la cual la petición se refiere. Esta situación podría contravenir el objeto y propósito de la Convención Americana, cual es la protección de las víctimas y no exponerlas a mayores sufrimientos.

Legitimación pasiva

Respecto a la legitimación pasiva, sólo los Estados pueden ser denunciados o demandados ante la CIDH; en ningún escenario puede demandarse directamente a actores no estatales. Ello sin perjuicio de que los Estados pueden ser responsables internacionalmente por actos cometidos por particulares.

Competencia temporal (ratione temporis)

En el sistema interamericano, el principio de no retroactividad de las obligaciones internacionales es una guía importante a la hora de

31. Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1993, p. 35.

establecer la jurisdicción de la Comisión sobre un caso individual. La Comisión tiene jurisdicción sobre peticiones individuales interpuestas al amparo de la Convención Americana contra un Estado sobre hechos ocurridos desde “la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión”.³² Adicionalmente, para hechos anteriores la fuente de derecho aplicable al respecto es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³³ En este sentido, puede suceder que en el marco de una misma petición, algunos alegatos sean examinados en relación con la Convención Americana, mientras que otros eventos, que hayan tenido lugar antes de la ratificación del tratado por parte del Estado en cuestión, queden sujetos al estudio de la Declaración. Este tipo de análisis procede, con frecuencia, respecto de la falta de investigación ulterior de diversas violaciones ocurridas antes de la ratificación de la CADH; por ejemplo, desapariciones forzadas en las décadas de 1970 y 1980.³⁴ Por otro lado, respecto de hechos que son considerados violaciones continuadas de derechos humanos, como las desapariciones forzadas, se aplica la Convención Americana (aun cuando la desaparición se haya producido con anterioridad a la ratificación del tratado), debido a que se mantiene el estado de incertidumbre respecto al paradero de las víctimas.³⁵

Competencia material (*ratione materiae*)

La CIDH tiene competencia para revisar casos que versen sobre derechos de individuos garantizados en la Convención y la Declara-

32. Convención Americana sobre Derechos Humanos, De acuerdo al art. 44, los Estados que ratifican o adhieren a la Convención están automáticamente sujetos al procedimiento de comunicaciones individuales establecido en la Convención.

33. CIDH, Informe N° 50/13, “Admisibilidad, Petición 1491-06, Familia Cruz Guzmán vs. México”, 12/07/2013, párr. 27.

34. CIDH, Informe N° 28/92, “Alicia Consuelo Herrera y otros vs. Argentina”, Casos N° 10147, 10181, 10240, 10262, 10309, 02/10/1992, párr. 41; CIDH, Informe N° 29/92, “Hugo Leonardo de los Santos Mendoza y otros vs. Uruguay”, Casos N° 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10374 y 10375, 02/10/1992, párr. 154.

35. Corte IDH, “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, 27/01/1995, Serie C N° 21, párrs. 23-26; “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, 29/07/1988, Serie C N° 4, párr. 155. Grossman, Claudio, “Reflexiones sobre el SIDH de protección y promoción de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, CIDH, 1994, pp. 246-261.

ción.³⁶ A su vez, tiene competencia para la supervisión en otros instrumentos regionales de derechos humanos, lo cual interactúa con la doctrina de la aplicación del estándar más amplio de protección de los derechos fundamentales.³⁷

Requisitos de forma

La Convención exige, en el artículo 46.1.d), que la comunicación contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o del representante legal de la entidad que somete la petición, por lo cual esa comunicación debe ser escrita. Por su parte, el artículo 28 del Reglamento señala otros requisitos referentes a la información que deben contener las peticiones.

Requisitos de fondo

Las peticiones deben cumplir con los siguientes requisitos:

- *Prohibición de examen de un asunto pendiente o resuelto por otra instancia internacional* (art. 46.1.c, CADH). El Reglamento de la Comisión amplía esta causal de inadmisibilidad al disponer que tampoco es admisible una comunicación que reproduce otra pendiente o ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional,³⁸ y precisa que un examen anterior en el contexto de un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión, que no decida sobre los hechos específicos de la comunicación, no inhibe la admisibilidad de la comunicación, como tampoco la impide si el peticionario ante la CIDH es la víctima o su familiar y el peticionario ante el otro organismo es un tercero, sea un individuo o una entidad no gubernamental.

36. Rodríguez Pinzón, Diego, "Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del SIDH", *op.cit.*

37. CADH, art. 29. Principio *Pro Persona*, que permite aplicar estándares más amplios de protección del derecho interno de los Estados Partes. Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín; Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

38. CIDH, Reglamento, art. 33.

- *El agotamiento de los recursos internos.* Es una regla de derecho internacional que permite que el Estado pueda reparar por sí mismo una supuesta violación de sus obligaciones internacionales antes de que esta pueda ser reclamada en el ámbito internacional. Esta regla se establece a favor de los Estados y es, por lo tanto, renunciable por ellos. Debe ser invocada por el Estado como excepción de admisibilidad en la primera actuación del procedimiento (ver *supra* en este mismo capítulo: Agotamiento de recursos internos).³⁹
- *Plazo de prescripción de la petición.* De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46.1b) de la Convención y el artículo 32.1 del Reglamento de la CIDH, toda denuncia deberá ser presentada en un plazo de seis meses contado desde la notificación que se le haga al peticionario de la decisión definitiva dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado. Si el peticionario sostiene que no debe o no pudo agotar los recursos internos y que, por lo tanto, se encuentra en alguno de los casos de excepción del artículo 46.2 de la Convención, la petición “deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión”.⁴⁰
- *Caracterización de los hechos alegados como violaciones a la Convención Americana.* Los artículos 47.b y c. de la CADH permiten a la CIDH declarar inadmisibles las peticiones individuales que resulten manifiestamente infundadas o que no establecen una violación de la Convención, sobre todo en aquellos casos en que se discute la justiciabilidad de algunos derechos sociales, culturales o ambientales, o en aquellos que versan sobre algunos derechos dispersos distintos a la CADH. Muchos de estos casos dependen de la interdependencia o indivisibilidad con derechos protegidos por la CADH como el debido proceso legal o las obligaciones de garantía (arts. 1 y 2 de la CADH), y la característica fundamental que es proteger la persona “humana”.

En este orden de cosas, la CIDH y la Corte han reiterado su doctrina o fórmula de la *cuarta instancia* para desestimar reclamos, toda vez que la instancia internacional no constituye una vía para casar errores

39. Medina Quiroga, Cecilia y Nash, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: mecanismos de protección*, op. cit., pp. 23-24.

40. CIDH, Reglamento de la CIDH, art. 32.2.

judiciales sino, todo lo contrario, establecer un estándar mínimo de protección obligatorio para los Estados partes (ver *supra* el apartado “Doctrina Cuarta Instancia”).

Las medidas cautelares

El Reglamento de la Comisión dispone que en caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario, la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado que tome medidas precautorias para evitar un daño irreparable a las personas.⁴¹ Estas medidas pueden ser solicitadas en cualquier etapa del procedimiento en que sean necesarias.

La solución amistosa

El artículo 48.1.f de la Convención dispone que la Comisión “se pondrá a disposición de las partes interesadas” con el propósito de intentar una solución amistosa del caso. La Comisión reglamentó esta disposición en sus normas internas,⁴² disponiendo que el procedimiento de la solución amistosa se pueda llevar a cabo por iniciativa propia o de las partes. Puede realizarse en cualquier etapa del examen del caso,⁴³ pero siempre antes del pronunciamiento sobre el fondo de la petición. Se inicia y continúa sobre la base del consentimiento de las partes.⁴⁴ La negociación puede ser facilitada por uno o más miembros de la Comisión, en caso de que esto se considere necesario.⁴⁵ La Comisión puede dar por concluida su intervención en el procedimiento si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, si falta el consentimiento de alguna de las partes o percibe falta de voluntad de la misma para llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.⁴⁶ Si se logra un acuerdo se aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda, informe que se transmitirá a las partes y será publicado. El informe

41. *Ibidem*, art. 25.

42. *Ibidem*, art. 40.

43. *Ibidem*, art. 40.1.

44. *Ibidem*, art. 40.2.

45. *Ibidem*, art. 40.3.

46. *Ibidem*, art. 40.4.

siempre deberá verificar el acuerdo de la víctima y sus causahabientes. Además, deberá velar por la compatibilidad del acuerdo con las obligaciones del Estado contenidas en la Convención, la Declaración y otros instrumentos pertinentes.⁴⁷ Si no hay acuerdo, el trámite continúa.⁴⁸

El examen de fondo (méritos)

En el examen de fondo de la petición se efectúa la investigación y la Comisión puede aceptar todas las pruebas que las partes estimen pertinentes, ya sea en forma oral o escrita. En efecto, la convocatoria de audiencia es una facultad y no una obligación de la Comisión,⁴⁹ y en ella puede recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite, seguimiento de recomendaciones o medidas cautelares, etcétera. Además, la Comisión puede solicitar del Estado aludido cualquier información que estime pertinente y recibir, si las partes lo solicitan, una exposición verbal o escrita de los hechos materia de la investigación. Si el Estado no suministra la información solicitada, la Comisión puede presumir que los hechos alegados en la petición son verdaderos.⁵⁰ La aplicabilidad de la presunción no ha sido, en principio, rechazada por la Corte Interamericana.⁵¹

Decisión del asunto. Los informes sobre el fondo y su valor legal

El artículo 44.1 del Reglamento dispone que si la Comisión decide que no hubo violación, preparará entonces un informe que será transmitido a las partes y se publicará en el Informe Anual que ella elabora para la Asamblea General de la OEA. Si establece que hubo una o más violaciones, preparará un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones que será transmitido sólo al Estado, fijándole un plazo para que informe las medidas tomadas respecto de

47. *Ibíd.*, art. 40.5

48. *Ibíd.*, art. 40.6.

49. *Ibíd.*, art. 61 y ss.

50. *Ibíd.*, art. 38.

51. Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, 29/07/1988, Serie C N° 4, párr. 138.

las recomendaciones.⁵² La adopción del informe y su transmisión al Estado se notificará al peticionario.⁵³

Notificado el Estado, comienza a correr un plazo de tres meses dentro del cual: (i) el caso puede ser solucionado, por ejemplo, por un arreglo amistoso o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión; o (ii) el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado correspondiente. Si esto no sucede, la Comisión puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre el caso y hacer nuevamente recomendaciones, fijando un plazo para que el Estado las cumpla. Se trata entonces de un segundo informe. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no este informe.⁵⁴

Si el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe del artículo 51, este conlleva el fin del examen del caso. Siendo este informe el término del procedimiento, se discute cuál es su fuerza legal. La Comisión ha invocado razones similares a las esgrimidas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para sostener que el Estado está obligado a cumplir con las recomendaciones que se le efectúen en dicho informe,⁵⁵ y existen, además, argumentos que surgen del propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permiten sostener esta obligatoriedad. Desde la vigencia del Reglamento, modificado en el año 2003, se ha uniformado el procedimiento para decidir un caso, sea contra Estados partes en la Convención o contra Estados que no son partes, a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento anterior. El Reglamento contiene un procedimiento común que dispone que se apliquen los artículos pertinentes del reglamento que regulan la etapa de decisión de los mismos a todos los Estados. La única diferencia que subsiste es que el caso contra los Estados que no son parte en la Convención, o que

52. Ídem.

53. CIDH, Reglamento de la CIDH, art. 44.3.

54. CADH, art. 51; CIDH, Reglamento de la CIDH, art. 45.

55. Cerna, Christine, "The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications", en Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 105-106.

siéndolo no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, no puede ser remitido a este tribunal.

La Comisión solicitó a la Corte que decidiera si el Estado violó el artículo 51 de la Convención en varios casos, porque no había cumplido con sus recomendaciones. La Corte, a partir de “Loayza Tamayo”, sostuvo que

Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).⁵⁶

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.⁵⁷

Con esto, la Corte acude a la Carta y a la Convención Americana para darle fuerza legal a las recomendaciones de la Comisión hechas de acuerdo con el artículo 51. Además, si aplicamos el principio de que cada disposición debe interpretarse de manera que tenga un efecto útil, parecería lógico darle algún sentido a la diferente formulación de los artículos 50 y 51.⁵⁸

56. Corte IDH, “Loayza Tamayo vs. Perú”, Fondo, 17/09/1997, Serie C N° 33.

57. *Ibidem*, párrs. 80 y 81.

58. Salvioli, Fabián, “Un análisis desde el principio *pro persona*, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”; en AA. VV., *Defensa de la Constitución, garantismos y controles: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 143-155.

El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte sólo puede conocer sobre un caso cuando se haya terminado el procedimiento ante la Comisión, previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención.⁵⁹

La competencia de la Corte IDH

Competencia en razón del lugar

Al igual que en el caso de la competencia de la Comisión, la Corte sólo puede conocer sobre comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado.

Competencia en razón de la persona

Legitimación activa

Sólo los Estados Partes en la Convención y la Comisión tienen derecho a presentar un caso ante la Corte siempre que hayan reconocido la competencia de esta para ello.⁶⁰ El Reglamento de la Corte fue reformado en el año 2000⁶¹ para permitir que una vez que la demanda ante la Corte haya sido admitida, se trate a la víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, como verdaderas partes del proceso. Para ello, el artículo 24 permite presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma.

Otro avance de gran relevancia en este ámbito es el que se ha producido con ocasión de la más reciente reforma reglamentaria en el año 2009 que otorgó a las víctimas un protagonismo nunca antes visto en el procedimiento contencioso. Ello es así porque, desde entonces, es la víctima, por medio de su representante, la única parte que litiga frente

59. CADH, art. 61.2.

60. CADH, art. 62.3.

61. Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16/11/2000 al 25/11/2000 y luego reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19/01/2009 al 31/01/2009.

al Estado ante la Corte. Así, la carga de remitir una demanda con todos sus requisitos recae en las víctimas y no en la Comisión. La Corte ha tomado medidas diversas para implementar adecuadamente esta reforma y hacer realidad el acceso de las personas a la instancia internacional, como la creación de un fondo de asistencia legal a las víctimas y de la figura del “Defensor Interamericano”, quien podrá asumir la representación legal de las víctimas si ellas no pueden costearlo.

Legitimación pasiva

Para que la Corte pueda conocer sobre un caso contencioso, es necesario que el Estado haya aceptado la competencia de ella. Según lo dispuesto por el artículo 62 de la CADH, esta puede hacerse por una declaración de voluntad o por convención especial. La declaración puede ser pura y simple, o sujeta a condición de reciprocidad, y puede hacerse en el momento de la ratificación o la adhesión o en cualquier momento posterior. Como la reciprocidad trata las relaciones entre Estados, no procede cuando la demanda es deducida por la Comisión.⁶² Además, la declaración puede tener condiciones en cuanto a su vigencia, puede ser indefinida o, por el contrario, otorgarse por un plazo establecido, para un caso determinado o en términos generales.

Competencia material

La competencia de la Corte se remite a la Convención Americana, que constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar. La Corte tiene también competencia para conocer sobre los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 (asociación) y 13 (educación) del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),⁶³ y sobre los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. XIII). Además, se ha atribuido competencia para aplicar la Conven-

62. Corte IDH, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-2/82, 24/09/1982, Serie A N° 2, párr. 29 y ss.

63. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, art. 19.6.

ción Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁶⁴ y respecto de la Convención de Belém do Pará (violencia contra las mujeres).⁶⁵

Competencia en razón del tiempo

La competencia *ratione temporae* puede estar referida a una condición de admisibilidad de la demanda o a una condición de aplicación de la actividad jurisdiccional de la Corte. En el primer caso, esta se refiere al plazo dentro del cual puede presentarse un caso al conocimiento de la Corte. En cuanto a la competencia de la Corte, la Convención se aplica a los Estados una vez que haya entrado en vigencia para estos, por lo cual la Corte no podrá conocer sobre casos cuyos hechos sean anteriores a esa fecha, a menos de que ellos configuren una violación continuada.⁶⁶

Las medidas provisionales

Los Estados tienen el deber de protección especial de los beneficiarios mientras las medidas se encuentren vigentes, y su incumplimiento les genera responsabilidad internacional.⁶⁷ En el esquema de la Convención Americana, el artículo 63 ha previsto que, independientemente de que se haya introducido o no una demanda ante la Corte de manera previa, el tribunal pueda intervenir y adoptar medidas interinas de protección o provisionales, siempre que se trate *de casos de extrema gravedad y urgencia cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas*.⁶⁸ El propósito⁶⁹ de dichas medidas provisionales

64. Corte IDH, "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala", 1999, párrs. 247-248; "Cantoral Benavides vs. Perú", 2000, párrs. 180-191.

65. Corte IDH, "Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", 2006, especialmente el voto razonado del juez Sergio Ramírez.

66. Ver *supra* nota 20.

67. Corte IDH, "Asunto Natera Balboa respecto de Venezuela", Medidas Provisionales, 19/08/2013, párr. 3.

68. Reglamento de la Corte IDH, arts. 25 y 27.

69. Martín, Claudia, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencia", en *De lo Internacional a lo Local*, Caracas, Ed. AB, Universidad Católica Andrés Bello, 2016, p. 188. La medida provisional tiene por objeto preservar el *statu quo*. Por otra parte, "permite deducir que se trata de un instrumento extraordinario necesario en situaciones excepcionales", Corte IDH, "Asunto Chunimá respecto de Guatemala", Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 01/08/1991, párr. 6, b.

es evitar los efectos perjudiciales que pueda producir el retardo en adoptar un pronunciamiento definitivo, anticipando provisoriamente un resultado y evitando que, de lo contrario, la sentencia definitiva pierda su eficacia,⁷⁰ como por ejemplo en la salvaguarda del derecho a la vida o a la integridad personal.⁷¹

Los límites de la competencia de la Corte

La Corte puede adoptar las medidas provisionales por vía incidental a solicitud de parte (CIDH), o de oficio. A su vez, a solicitud de la Comisión, la Corte también puede adoptar dichas medidas en asuntos que aún no le hayan sido sometidos pero que estén siendo conocidos por la Comisión –incluso si esta aún no se ha pronunciado sobre su admisibilidad– y que reúnan las mismas⁷² características de extrema gravedad y urgencia, así como la necesidad de evitar daños irreparables a las personas.⁷³

70. Faúndez-Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 109.

71. Corte IDH, “Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Urbana respecto de Venezuela”, Medidas Provisionales, 02/02/2007, párr. 4.

72. Eventualmente, es posible que una solicitud de medidas provisionales sea el resultado de la acción combinada de ambas hipótesis. En efecto, en el caso de la solicitud de medidas provisionales para proteger la vida e integridad física de los miembros de la familia Vásquez, la Comisión indicó que dicha solicitud se hacía respecto de un caso en trámite ante la Corte (el caso “Paniagua Morales y otros” y el caso “Vásquez y otros”, en ese momento en trámite ante la Comisión) sin que esa circunstancia peculiar impidiera u obstaculizara el ejercicio de la competencia de la Corte. Corte IDH, “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”, Medidas Provisionales, 10/02/1998, párr. 2 de la parte positiva.

73. CADH, art. 63. 2. Esta es una materia en que la Convención Europea de Derechos Humanos se encuentra en una situación de desventaja frente al sistema interamericano, pues ella no prevé, de modo explícito, la posibilidad de adoptar medidas cautelares o provisionales respecto de quienes aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos humanos. No obstante, las medidas cautelares estaban previstas en el art. 36 del Reglamento interior de la ahora desaparecida Comisión de Derechos Humanos, y también pudiera deducirse del art. 25 de la Convención Europea –cuya última frase expresa que los Estados partes se comprometen a no poner ninguna traba al ejercicio eficaz del derecho de petición individual–, y del art. 46 del mismo Convenio, que confiere al tribunal jurisdicción plena para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de dicho tratado.

Sobre casos que ya esté conociendo

La solicitud se puede requerir a partir del momento en que se presenta la demanda. Sin embargo, no está claro a partir de qué instancia procesal la medida carecería de efectos, una vez recaída la sentencia sobre el fondo y las reparaciones.⁷⁴

Sobre asuntos pendientes ante la CIDH

En principio, las medidas provisionales son de carácter *excepcional*, por lo que una parte de la doctrina⁷⁵ considera que, al menos, debe haberse declarado admisible el caso ante la CIDH. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que no puede sujetarse a este criterio formal por la naturaleza propia de la medida esencialmente preventiva de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.⁷⁶

Existen otros supuestos en los que los asuntos ante la CIDH se encuentran más avanzados en su resolución y cuentan con recomendaciones. En dichas circunstancias, puede tornarse aconsejable requerir a la Corte una medida provisional para asegurar su efectividad.⁷⁷

74. En el caso “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, la Corte había requerido al gobierno de Colombia que adoptara las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de varias personas, las que debían mantenerse vigentes mientras subsistiera la situación que dio lugar a ellas. Al ser levantadas por la Corte, esta observó que el mencionado caso había concluido con las sentencias que ya se habían dictado sobre el fondo y sobre reparaciones, pero también subrayó que mantenía de todos modos la jurisdicción a los efectos de supervisar el cumplimiento de la última sentencia; Corte IDH, “Caballero Delgado y Santana respecto de Colombia”, Medidas Provisionales, 16/04/1997.

75. Comunicación del juez Héctor Fix-Zamudio, en su condición de Presidente de la Corte, dirigida al Secretario de la misma, de fecha 14/12/1992, en relación con las solicitudes de medidas provisionales en el caso “Chipoco y en el Asunto de Penales Peruanos, ambos respecto de Perú” p. 1, punto I.

76. Corte IDH, caso “Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto de Colombia”, Medidas Provisionales, 24/11/2000, párr. 12 de la parte considerativa.

77. En el caso “James y otros”, en que la Comisión ya había aprobado el informe previsto en el art. 51 de la Convención respecto de uno de los peticionarios, esta circunstancia no impidió que la Corte adoptara su resolución de fecha 25/05/1999. Muy por el contrario, permitió que el juez Cañado Trindade formulara, en un voto concurrente, acertadas consideraciones sobre el particular y sobre la competencia que tiene la Corte para definir los límites de su propia competencia, sosteniendo que, una vez accionada la jurisdicción de la Corte, esta se torna intangible, no pudiendo ser afectada por las actuaciones posteriores de las partes. Corte IDH, “James y otros respecto de Trinidad y Tobago”, Medidas Provisionales, 25/05/1999, particularmente los párrs. 3, 5 y 7 del voto concurrente.

Las condiciones para su procedencia

Requisitos formales: las personas beneficiarias

La/s víctima/as objeto de protección de las medidas provisionales, en principio, deben estar individualizadas; de no ser posible, deben ser identificadas en función de elementos objetivos (tales como la pertenencia a una comunidad o la finalidad de proteger a un grupo innominado de personas contra deportaciones masivas), tal como ocurrió en el caso “Integrantes de la comunidad indígena de Choreachi”⁷⁸ y en el caso de los “Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana”.⁷⁹

Las condiciones objetivas

Deben cumplirse tres requisitos que vamos a exponer a continuación; sin embargo, no requiere evidencia concluyente de que concurren estas circunstancias, pero sí de que se trata de un *caso de extrema gravedad y urgencia*,⁸⁰ y que son *coexistentes*⁸¹ como en el caso “Castro Rodríguez”.

78. “La Corte constata que la Comisión no individualizó ni precisó el número de posibles beneficiarios e indicó que en el presente asunto, los posibles beneficiarios de medidas provisionales solicitadas constituyen un grupo plenamente identificables por el Estado mexicano en tanto son integrantes de la Comunidad indígena de Choréachi reconocida por el Estado, y geográficamente determinada en la Sierra Tarahumara en el estado de Chihuahua, México. Por otra parte, el Estado señaló que ‘considera[ba] primordial informar que únicamente se cuenta con un listado en el cual están registradas 102 personas, sin que estas sean la totalidad de los habitantes de Choréachi, lo que dificulta la implementación de la [...] medida cautelar’. Al respecto, el Tribunal recuerda que en ocasiones anteriores ha ordenado la protección de una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que son identificables y determinables y que se encuentran en una situación de grave riesgo en razón de su pertenencia a un grupo o comunidad. En consecuencia, este Tribunal estima, como lo ha hecho en otros casos, que los miembros de la Comunidad indígena Choréachi no necesitan ser previamente nominados de forma individual”. Corte IDH, “Asunto Integrantes de la Comunidad Indígena de Choréachi respecto de México”, Solicitud de medidas provisionales, 25/03/2017, párr. 23.

79. Corte IDH, “Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de República Dominicana”, Medidas Provisionales, 18/08/2000, párr. 8.

80. Corte IDH, “Asunto Colotenango respecto de Guatemala”, Medidas Provisionales”, 22/06/1994, párr. 5 de la parte considerativa.

81. “El artículo 63.2 de la Convención exige que para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir tres condiciones: i) ‘extrema gravedad’; ii) ‘urgencia’, y iii) que se trate de ‘evitar daños irreparables a las personas’. Estas tres

- La extrema gravedad de las amenazas

La aplicación de estas medidas excepcionales sólo se justifica en casos en que sus eventuales beneficiarios se encuentran expuestos a un grave peligro, al cual no se puede hacer frente con las garantías ordinarias existentes en el Estado respecto de las que ellas solicitan. En otras palabras, no basta con la gravedad del peligro que se anticipa, sino que también se requiere que este sea verosímil. La gravedad de la amenaza es la consecuencia de un peligro real/concreto y no meramente hipotético,⁸² y no debe ser confundida con la cuestión de fondo.

- La urgencia

Significa que el riesgo o amenaza es inminente, lo que requiere de una respuesta inmediata para remediarla.⁸³

- El daño irreparable

Las medidas provisionales son de aplicación restrictiva, por lo cual tanto su otorgamiento como su mantenimiento en el tiempo requiere un análisis riguroso sobre la persistencia de las condiciones de procedencia.⁸⁴ Por este motivo, el daño debe poseer una gran probabilidad razonable de que se materialice contra la vida, la integridad personal o la libertad y, en cambio, no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables.⁸⁵ Un ejemplo ilustrativo es

condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal”, en Corte IDH, “Carpio Nicolle y otros respecto de Guatemala”, Medidas Provisionales, 06/07/2009, Consid. 14; “Asunto Wong Ho Wing respecto de Perú”, Medidas Provisionales, 06/12/2012, Consid. 3; “Asunto Castro Rodríguez respecto de México”, 13/02/2013, párr 8.

82. En los primeros casos resueltos en contra de Honduras –luego de establecer que un testigo citado a declarar ante el tribunal había sido asesinado y que otro que ya había rendido su testimonio había corrido la misma suerte– al pronunciarse sobre las amenazas de muerte recibidas por otros testigos en los mismos casos, la Corte sostuvo que, en esas circunstancias, las personas que ya habían comparecido o que habían sido citadas a declarar ante ella corrían un “peligro real”, que ameritaba la adopción de medidas especiales para garantizar su vida, su integridad personal, e incluso sus bienes; Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez respecto de Honduras. Medidas Provisionales”, 15/01/1988, párr. 5 de la parte considerativa.

83. Corte IDH, “Asunto Cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros respecto de Panamá”, 28/05/2010, párr. 16.

84. Corte IDH, “Asunto Natera Balboa respecto de Venezuela”, *op. cit.*, párr. 17.

85. Corte IDH, “Del Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, Rechazo de la Solicitud de Medidas Provisionales, 04/09/2013, párr. 6.

el “Asunto de la señora B. respecto de El Salvador”, en el cual la Corte concedió medidas provisionales ya que dio por acreditado que el Estado no garantizaba una adecuada prestación sanitaria para interrumpir su embarazo de alto riesgo. Esto implicaba para la señora B. un grave peligro, actual e inminente, para su vida, así como una situación extrema de agravamiento progresivo de su salud y de su integridad (arts. 4 y 5, CADH). En el supuesto de concretarse dicho riesgo, este produciría un daño irreparable e irreversible.⁸⁶

Por el contrario, la tendencia de la Corte es desestimar aquellas solicitudes que refieran al incumplimiento del deber de investigar o de las garantías del debido proceso legal. Este tipo de incumplimientos no puede constituir *per se* una situación de gravedad, urgencia o riesgo de daño irreparable, aunque sí puede generar responsabilidad internacional del Estado si se demuestra que existió una transgresión del tratado durante el análisis del fondo de un caso.⁸⁷ No obstante, los Estados tienen la obligación de proteger *erga omnes* a los beneficiarios, no sólo contra actos de sus agentes sino contra actos de terceros o actores no estatales (crimen organizado o en el contexto de un conflicto armado), generadores de responsabilidad internacional indirecta por la teoría del riesgo creado.⁸⁸

86. Corte IDH, “Caso B. respecto de El Salvador”, Medidas Provisionales, 29/05/2013, párrs. 12, 13, 14 y 17.

87. Corte IDH, “Natera Balboa respecto de Venezuela”, *op. cit.*, párr. 12. A pesar del criterio restrictivo de interpretación, en algunos casos la Corte IDH ha protegido a través de las medidas provisionales el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la circulación. No obstante, en otros casos en los que se vio amenazada la libertad de asociación, o del derecho a circular libremente por el territorio del Estado, pareció no merecer esa misma calificación de peligro inminente como, por ejemplo, lo ilustra el caso “Cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros respecto de Panamá”, *op. cit.*, párr. 13.

88. “Se aprecia *prima facie* que, a pesar de la adopción de medidas cautelares y de las acciones emprendidas por el Estado, se seguiría presentando una situación de extrema gravedad y urgencia. Lo anterior debido a que aún subsistiría un riesgo, ya sea en lo individual o colectivo, para los miembros de la Comunidad de Choréachi de sufrir actos de agresión contra su vida e integridad personal y colectividad. Dicho riesgo se habría materializado recientemente con la muerte del señor Juan Ontiveros y otras situaciones de amenazas que habrían ocurrido en el mes de enero de 2017, y a los cuales el Estado no hizo referencia, y que habrían acaecido con posterioridad a la puesta en práctica de todas las acciones de protección por él indicadas. Derivado de lo anterior, y con el fin de evitar que se vuelva a producir un daño irreparable, como lo sería una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal, la Corte considera pertinente disponer medidas provisionales de protección en favor de todos los integrantes de la Comunidad indígena de Choréachi, a fin de garantizar su vida, integridad personal,

Una referencia que brinda claridad respecto de este punto es el “Asunto de Jorge Castañeda Gutman respecto de México”. En referencia a este asunto, la Corte, acertadamente, rechazó la solicitud de medidas provisionales requerida por la víctima que había sido excluida de la chance de participar como candidata en las elecciones. En consecuencia, alegó la existencia de un daño irreparable a los derechos al trato igualitario ante la ley (art. 24, CADH), a postularse para un cargo electivo (art. 23 CADH), y a la tutela judicial efectiva (art. 25 CADH). Sin embargo, más allá de una alegación genérica, la Corte sostuvo que la solicitud no alcanzaba a explicar la irreparabilidad del daño más allá de no participar y no entrañaba en sí mismo un riesgo para su vida, integridad personal, libertad de expresarse o propiedad. A esta circunstancia se agrega la *doctrina europea del margen de apreciación* de los Estados en la reglamentación de los derechos políticos.⁸⁹

La tramitación del caso

El procedimiento ante la Corte IDH consta de una parte escrita y otra oral. La parte escrita se compone de la demanda, las observaciones a la demanda de la presunta víctima, o sus representantes,⁹⁰ y la contestación por parte del Estado. La demanda debe notificarse por el Secretario de la Corte a los miembros de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no presentó el caso) y, acorde con el cambio del Reglamento sobre la participación de individuos, también al denunciante original y a la presunta víctima, o a sus representantes debidamente acreditados.⁹¹ En la contestación, que debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Estado puede aceptar los hechos⁹² o contradecirlos. Si pretende interponer excepciones

así como la seguridad colectiva de todos sus miembros.” Corte IDH, “Integrantes de la Comunidad Indígena de Choréachi respecto de México”, *op. cit.*, párr. 24.

89. Corte IDH, “Castañeda Gutman vs. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C N° 184, 06/08/2008, párrs. 170-173.

90. Reglamento de la Corte IDH, arts. 33 y ss.

91. *Ibidem*, art. 36.

92. Algunos casos en los que el Estado se ha allanado a la demanda: Corte IDH, casos “Aloeboetoe y otros vs. Surinam” (1991); “El Amparo vs. Venezuela” (1995); “Garrido y Baigorria vs. Argentina” (1996); “Benavides Cevallos vs. Ecuador” (1998); “Del Caracazo vs. Venezuela” (1999); “Trujillo Oroza vs. Bolivia” (2000); “Barrios Altos vs. Perú” (2001).

preliminares, debe hacerlo también en esta oportunidad.⁹³ En la parte oral, que se realiza por medio de audiencias, se desarrollan los alegatos de las partes y se escucha a los testigos y a los expertos.⁹⁴

Las pruebas que las partes quieran aportar al proceso deberán ser ofrecidas en la demanda y en la contestación, o en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. No se admitirán otras pruebas, a menos que se invoque fuerza mayor, un grave impedimento o hechos sobrevinientes.⁹⁵ La Corte puede procurar de oficio toda prueba que estime útil para resolver el asunto.⁹⁶ Ha señalado que, a diferencia de los sistemas penales internos de los Estados, el Estado inculpaado deberá aportar los medios de prueba que fijen los hechos y no podrá descansar en la imposibilidad que tenga la parte demandante para generar los medios de prueba, ya que en muchos casos ellos no pueden obtenerse sino que con la ayuda del mismo Estado.

El término del proceso

Un caso ante la Corte puede terminar por:

- sobreseimiento, si ha habido un desistimiento;⁹⁷
- allanamiento del demandado a las pretensiones del demandante;⁹⁸
- una solución amistosa;⁹⁹ o
- una sentencia.¹⁰⁰

Si el procedimiento termina por sentencia, esta es definitiva e inapelable.¹⁰¹ Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y, si ello fuera procedente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situa-

93. Reglamento de la Corte IDH, arts. 38 y 39.

94. *Ibidem*, arts. 42 y ss.

95. *Ibidem*, art. 46.

96. *Ibidem*, art. 47.

97. *Ibidem*, art. 56.1.

98. *Ibidem*, art. 56.2.

99. *Ibidem*, art. 57. La Corte, sin embargo, puede decidir proseguir con el caso (art. 58).

100. *Ibidem*, art. 59.

101. CADH, art. 67.

ción que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.¹⁰² Dentro de los noventa días a contar de su notificación, las partes pueden solicitar a la Corte una interpretación del fallo, en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance.¹⁰³

Los Estados partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte,¹⁰⁴ pero esta no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.¹⁰⁵ El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo, y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

El impacto de la protección interamericana a nivel nacional

Además de la protección internacional directa que realiza el SIDH, uno de los aspectos más interesantes en las últimas décadas es el proceso que se ha dado a nivel nacional en orden a materializar una recepción sustantiva de los estándares internacionales. En especial, llama la atención el impacto que han tenido los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tanto a nivel legislativo como judicial. A continuación, revisaremos algunos ejemplos que dan cuenta de esta transformación de la realidad nacional a partir de una interacción entre la protección de derechos en sede nacional e internacional.

Claros ejemplos de este proceso, en su fase eminentemente normativa, los encontramos en nuevas normativas incorporando estándares internacionales para rediseñar los sistemas de justicia a nivel nacional. Reformas en procesos penales, de familia, sobre infancia, laborales, entre otros, han tenido inspiración directa en los estándares

102. *Ibidem*, art. 63.

103. *Ibidem*, art. 67.

104. *Ibidem*, art. 68.1

105. *Ibidem*, art. 68.2.

internacionales. En el mismo sentido, también han tenido un impacto directo en la jurisprudencia, principalmente la constitucional.¹⁰⁶

Temas diversos como la independencia e imparcialidad judicial, el juez natural, el plazo razonable, el derecho de defensa, el derecho a un recurso, son materias que han sido recepcionadas normativa y jurisprudencialmente en toda la región. En esta materia, la Corte ha abordado, a través de las reparaciones, la problemática del derecho al juez natural en Perú,¹⁰⁷ y ha mandatado al Estado a modificar el sistema de recursos penales en un caso contra Costa Rica.¹⁰⁸ En el caso argentino, desde el conocimiento de un caso de libertad personal, se pronunció sobre la incompatibilidad de las *razzias* policiales¹⁰⁹ con las obligaciones del Estado, ordenándole –como garantía de no repetición– la adecuación de su normativa interna para hacerla compatible con la CADH.¹¹⁰

Por otro lado, un ámbito donde ha habido un amplio desarrollo de la protección interamericana que ha impactado a nivel nacional ha sido en materia de libertad de expresión. No hay duda de que las sentencias dictadas por la Corte IDH y el trabajo de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH¹¹¹ han configurado un nuevo estándar sobre libertad de expresión en la región. En efecto, donde la Corte ha detectado que existen disposiciones legales que impiden el ejercicio de la libertad de expresión,¹¹² ha dispuesto medidas que tienen

106. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Diálogo Jurisprudencial*, Producción Editorial de Servicios Especiales-IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 8, enero-junio de 2010.

107. Corte IDH, “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/11/2004, Serie C N° 119, párr. 233; “Loayza Tamayo vs. Perú”, *op. cit.*, párr. 164; y “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/05/1999, Serie C N° 52, párr. 221.

108. Corte IDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, Serie C N° 107, punto resolutivo N° 5.

109. Consiste en una práctica policial de detenciones masivas, sistemáticas y arbitrarias, sobre un grupo indeterminado de personas sin causa probable o aparente.

110. Corte IDH, “Bulacio vs. Argentina” Fondo, Reparaciones y Costas, 18/09/2003, Serie C N° 100, párr. 137.

111. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp> [fecha de consulta: 09/02/2019].

112. Corte IDH, “La Última Tentación de Cristo vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001, Serie C N° 73, punto resolutivo N° 4; leyes de desacato: Corte IDH, “Palamara Iribarne vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, Serie C N° 135, párr. 254; o la utilización de la vía penal como sanción ulterior en casos donde

que ver con reformar la estructura y diseño del Estado, más allá del caso concreto. Así vemos, por ejemplo, que en el caso “La Última Tentación de Cristo vs. Chile”, el impacto fue tal que se llegó a modificar la Carta Fundamental chilena (Reforma Constitucional, Ley N° 20414, 04/01/2010). Por su parte, el trabajo de la Relatoría ha sido fundamental para mantener vigente la libertad de expresión en países donde se han desarrollado políticas para limitar este derecho (Venezuela, Ecuador, Argentina y Chile son ejemplos claros de esto).

De igual forma, es evidente el impacto que han tenido a nivel local los desarrollos sobre integridad personal, particularmente, en materia de tipificación del delito de tortura, las medidas eficaces para su erradicación, y los estándares respecto de personas privadas de libertad. Todas estas son materias desarrolladas a nivel interamericano que luego son aplicadas a nivel nacional.

En el mismo orden de cosas, resulta interesante el desarrollo jurisprudencial que ha hecho el SIDH respecto de los derechos políticos. La CIDH en su historia ha cumplido un rol central en esta materia. Ya son parte de la historia del continente sus informes en épocas de dictaduras, pero también ha habido un trabajo permanente para mejorar los sistemas democráticos. A modo de ejemplo, los informes sobre el ejercicio de los derechos políticos en México marcaron un desarrollo que permitió avanzar a pasos agigantados en la mejora del sistema político mexicano, pese a las críticas que recibió la CIDH por parte del Estado mexicano al emitir dichos informes.¹¹³ La Corte también ha estado atenta a estos temas; a modo de ejemplo, en el caso “Castañeda Gutman” se utilizó el sistema para intentar modificar la relación entre las elecciones y la necesaria participación a través de partidos políticos en México. Pese a que la Corte no accedió a dar este paso, se hizo un interesante uso del sistema para ir más allá del caso concreto e intentar modificar la estructura del diseño político de un Estado. Particularmente, en este caso se ordenó adecuar la legislación interna para que se garantizara a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido,¹¹⁴ lo

se haya visto afectada la honra: Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas, 02/05/2008, Serie C N° 177, párr. 128.

113. CIDH, Resolución N° 01/90, “Casos N° 9768, 9780 y 9828 de México”, 17/05/1990.

114. Corte IDH, “Castañeda Gutman vs. México”, *op.cit.* párr. 231.

cual se tradujo en reformas concretas a nivel interno que hoy habilitan las candidaturas independientes.¹¹⁵ La importancia de la universalidad de la participación en los procesos electorales fue un punto importante para que la Corte, en el “Caso Yátama”, dispusiera como garantía de no repetición realizar reformas legislativas para permitir la participación electoral de comunidades étnicas e indígenas en forma efectiva que tomaran en consideración sus particularidades culturales.¹¹⁶

Otro aspecto que llama la atención es el impacto que ha tenido el enfoque desarrollado por la protección interamericana en materia de protección de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en la región. Los tratamientos de los órganos de protección interamericana en relación con la infancia, los pueblos indígenas y tribales, las personas migrantes y las mujeres, entre otros, han permitido una mejor protección de derechos y han contribuido a elevar los estándares que caracterizan su abordaje a nivel nacional. Sólo mencionaremos a continuación un par de ejemplos en este sentido. En los casos en los que se ven afectados los pueblos indígenas, la Corte no sólo ha dispuesto medidas de reparación respecto de las comunidades afectadas en el caso particular, sino también ha examinado las condiciones de exclusión, discriminación estructural y las particularidades culturales de los pueblos indígenas a la hora de ordenar reparaciones. De esta forma, se han buscado *transformaciones en el diseño de la relación Estado-pueblos indígenas*. Pensemos, por ejemplo, en el caso “Saramaka”,¹¹⁷ en el cual la Corte –a partir de conflictos relacionados con proyectos de inversión– mandata a los Estados a implementar el derecho de consulta contemplado en el Convenio N° 169 OIT, especificándoles además, los estándares bajo los cuales deben realizar dicha implementación.

En esta misma línea, la Comisión y la Corte se han preocupado de las estructuras culturales que facilitan violaciones a los derechos huma-

115. “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”, en *Diario Oficial de la Federación*, 10/02/2014.

116. Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/06/2005, Serie C N° 127, párr. 259.

117. Corte IDH, “Del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2007, Serie C N° 172, párr. 194; o “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Fondo y Reparaciones”, 27/06/2012, Serie C N° 245, párr. 301.

nos de las mujeres. Es así como desde el caso “Penal Miguel Castro Castro” hasta el caso “Campo Algodonero”, la Corte ha buscado a través de las reparaciones generar transformaciones culturales a partir del análisis de un caso individual. A diferencia de los casos mencionados precedentemente, ya no sólo se buscan modificaciones políticas, económicas o jurídicas, sino también culturales. En un caso posterior, “Véliz Franco vs. Guatemala”, la Corte hizo especial énfasis en el contexto de violencia contra la mujer para realizar el análisis de las violaciones de derechos y determinar las medidas de reparación. En dicho caso, la Corte señaló:

... en relación con el aducido incumplimiento del Estado en cuanto a la prevención de lo sucedido a María Isabel Veliz Franco, la consideración de información contextual coadyuvará (junto con elementos fácticos propios del caso) a la precisión sobre el grado en que era exigible al Estado considerar la existencia de un riesgo para la niña, y actuar en consecuencia. Asimismo, en el aspecto indicado, como también en relación con la actuación estatal en la investigación de los hechos, permitirá una mejor comprensión de las aducidas violaciones, como de la procedencia de ciertas medidas de reparación.¹¹⁸

Otro ejemplo que merece ser destacado es el estudio de la implementación a nivel interno de los estándares sobre las condiciones de detención de personas privadas de libertad.¹¹⁹ En “Boyce vs. Barbados”, la Corte IDH le señaló al Estado que más allá de las limitaciones económicas que pueda tener para cubrir los gastos que genera la manutención de recintos penitenciarios, esto no puede ser excusa para no cumplir con ciertos mínimos, tales como respetar y garantizar el derecho a la vida e integridad física de las personas privadas de libertad.¹²⁰

El impacto a nivel nacional es una faceta de la protección interamericana de derechos humanos que debe ser tenida muy en cuenta, ya que es aquí donde se define la eficacia del sistema de derechos humanos. En efecto, la protección interamericana siempre será marginal respecto de la cantidad de casos y situaciones que día a día se dan en

118. Corte IDH, “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/05/2014, Serie C N° 277, párr. 65.

119. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf> [fecha de consulta: 09/02/2019].

120. Corte IDH. “Boyce y otros vs. Barbados”, Excepción Preliminar, Fondo. Reparaciones y Costas, 20/11/2007, Serie C N° 169.

cada país. De ahí que el sistema a lo que puede aspirar es a resolver algunas situaciones, pero el efecto de irradiación de los estándares desarrollados internacionalmente puede tener un impacto enorme a la hora de mejorar los alcances de la protección nacional de derechos.

Conclusión

Los aspectos principales de la protección de derechos humanos en el sistema interamericano radican en el principio subsidiariedad del sistema tuitivo que comienza con el respeto de estos derechos a cargo de los Estados en el interior de las sociedades. Esto tiene dos consecuencias. Por un lado, el valor de la crítica de las organizaciones civiles y sociales respecto a las acciones u omisiones estatales en velar por los derechos de la convención es fundamental. Por el otro lado, garantizar la efectividad de los derechos humanos, mediante la implementación de medidas concretas, es una obligación de resultados y deja un espacio de poca tolerancia para las excusas de los Estados que deben realizar sus mayores esfuerzos para adoptar medidas eficaces tendientes a la mayor satisfacción de los derechos.

Bibliografía

CERNA, Christine, “The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications”, en Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diálogo Jurisprudencial*, Producción Editorial de Servicios Especiales-IIDH, N° 8, enero-junio de 2010.

FAÚNDEZ-LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., 2004.

GONZÁLEZ, Felipe, “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)”, en *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, N° 46, 2007.

GROSSMAN, Claudio, “Reflexiones sobre el SIDH de protección y promoción de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, CIDH, 1994.

MARTIN, Claudia, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencia”, en *De lo Internacional a lo Local*, Caracas, Ed. AB, Universidad Católica Andrés Bello, 2016.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007.

NASH, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1988-2007)*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007.

NIKKEN, Pedro, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH, San José de Costa Rica, 1989.

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín; Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

_____, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego, “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del SIDH”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, Año 1, N° 0.

_____, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

SALVIOLI, Fabián, “Un análisis desde el principio *pro persona*, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”, en AA. VV., *Defensa de la Constitución, garantismos y controles: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

SIKKINK, Kathryn, *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

VARGAS, Edmundo, “Las observaciones *in loco* practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, OEA, 1984.

Documentos legales

Convención Americana de Derechos Humanos

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”

CIDH, Reglamento

Corte IDH, Reglamento

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Informe N° 121/18, “José Isabel Salas Galindo y otros (“Invasión de Panamá”) (Estados Unidos)”, 05/10/2018.

Informe N° 50/13, “Petición 1491-06, Familia Cruz Guzmán, México”, Admisibilidad, 12/07/2013.

Informe N° 11/07, Interestatal N° 01/06, “Nicaragua vs. Costa Rica”, 08/03/2007.

Informe N° 36/05, “Fernando A. Colmenares Castillo (México)” Inadmisibilidad, 09/03/2005.

Informe N° 05/05, “Gustavo Sastoque Alfonso (Colombia)”, Admisibilidad, 22/02/2005.

Informe N° 85/98, “Admisibilidad, Gilbert Bernard Little (Costa Rica)”, Caso N° 11472, 28/09/1998.

Informe N° 39/96, “Marzioni (Argentina)”, Inadmisibilidad, Caso N° 11673, 14/03/1997.

“Decisión de la Comisión respecto a la admisibilidad en el caso de la Repatriación de haitianos (Estados Unidos)”, Caso N° 10675, 11/02/1994.

Informe N° 27/93, “Cheryl Monica Joseph vs. Canadá”, Admisibilidad, Caso N° 11092, 06/10/1993.

Informe N° 29/92, “Hugo Leonardo de los Santos Mendoza y otros (Uruguay)”, Casos N° 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10374 y 10375, 02/10/1992.

Informe N° 28/92, “Alicia Consuelo Herrera y otros (Argentina)”, Casos N° 10147, 10181, 10240, 10262, 10309, 02/10/1992.

Resolución N° 01/90, Casos N° 9768, 9780 y 9828 (México), 17/05/1990.

Informe N° 29/88, “Clifton Wright vs. Jamaica”, Caso N° 9260, 16/09/1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

“Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/05/2014, Serie C N° 277.

“Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Fondo y Reparaciones, 27/06/2012, Serie C N° 245.

“Castañeda Gutman vs. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 06/08/2008, Serie C N° 184.

“Kimel vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/05/2008, Serie C N° 177.

“Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2007, Serie C N° 172.

“Boyce y otros vs. Barbados”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, Serie C N° 169.

“Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006, Serie C N° 160.

“Palamara Iribarne vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, Serie C N° 135.

“Yatama vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/06/2005, Serie C N° 127.

“Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2004, Serie C N° 119.

“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, Serie C N° 107.

“Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18/09/2003, Serie C N° 100.

“La Última Tentación de Cristo vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001, Serie C N° 73.

“Cantoral Benavides vs. Perú”, Fondo, 18/08/2000, Serie C N° 69.

“Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, 19/11/1999, Serie C N° 63 y 01/1995, Serie C N° 63.

“Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/05/1999, Serie C N° 52.

“Loayza Tamayo vs. Perú”, Fondo, 17/09/1997, Serie C N° 33.

“Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, 27/01/1995, Serie C N° 21.

“Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras”, Fondo, 15/03/1989, Serie C N° 6.

“Godínez Cruz vs. Honduras”, Fondo, 20/01/1989, Serie C N° 5.

“Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, 29/07/1988, Serie C N° 4.

“El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva N° OC-2/82, 24/09/1982, Serie A N° 2.

“Asunto Integrantes de la Comunidad Indígena de Choréachi respecto de México”, Solicitud de medidas provisionales, Resolución del 25/03/2017.

“Pueblo de Saramaka vs. Surinam”, Rechazo de la Solicitud de Medidas Provisionales, Resolución del 04/09/2013.

“Asunto Natera Balboa respecto de Venezuela”, Medidas Provisionales, Resolución del 19/08/2013.

“Asunto B. respecto de El Salvador”, Medidas Provisionales, Resolución del 29/05/2013.

“Asunto Castro Rodríguez respecto de México”, Resolución del 13/02/2013.

“Asunto Wong Ho Wing respecto de Perú”, Medidas Provisionales, Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte IDH, 06/12/2012.

“Asunto Cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros respecto de Panamá”, Resolución del 28/05/2010.

“Carpio Nicolle y otros respecto de Guatemala”, Medidas Provisionales, Resolución del 06/07/2009.

“Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela”, Medidas Provisionales, Resolución del 02/02/2007.

“Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto de Colombia”, Medidas Provisionales, Resolución del 24/11/2000.

“Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de República Dominicana”, Medidas Provisionales, Resolución del 18/08/2000.

“Asunto James y otros respecto de Trinidad y Tobago”, Medidas Provisionales, Resolución del 25/05/1999.

“Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”, Medidas Provisionales, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10/02/1998.

“Caballero Delgado y Santana respecto de Colombia”, Medidas Provisionales, Resolución del 16/04/1997.

“Asunto Colotenango respecto de Guatemala”, Medidas Provisionales, Resolución del 22/06/1994.

“Asunto Chipoco respecto de Perú”, Medidas Provisionales, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/12/1992.

“Asunto de Penales Peruanos respecto de Perú”, Medidas Provisionales, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 1992.

“Asunto Chunimá respecto de Guatemala”, Medidas Provisionales, Resolución del 01/08/1991.

“Velásquez Rodríguez respecto de Honduras”, Medidas Provisionales, Resolución del 15/01/1988.

Capítulo 3
Responsabilidad internacional estatal por violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Introducción

Es posible sostener que la protección internacional de los derechos de las mujeres ha sido ampliamente fortalecida a partir de la relectura efectuada por las cortes internacionales de los derechos clásicos del liberalismo –contemplados principalmente en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos– en clave de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante DESC), y del principio de no discriminación, tal como explicaremos en este apartado. La reinterpretación de los contenidos de los derechos ha contribuido también a la expansión de las conductas estatales (por acción u omisión) que pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estados.

Es importante aquí presentar una breve genealogía del desarrollo de los derechos civiles, políticos y sociales, como ha distinguido tradicionalmente la jurisprudencia. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales surgen a partir del siglo XX acuñados por el constitucionalismo social, a diferencia de los derechos civiles y políticos que nacen del iluminismo clásico, propio del constitucionalismo liberal en el siglo XVIII.¹ El temprano origen de la segunda

1. Es a partir de la consolidación del modelo liberal de derechos en el constitucionalismo del siglo XIX que nos encontramos en condiciones de abordar con mayor claridad el surgimiento de la noción de derechos sociales. En efecto, la noción de derechos sociales es en gran medida producto de la crítica a las insuficiencias y distorsiones de la aplicación del modelo liberal. Esta crítica no es sólo teórica, sino que se ha reflejado en la proliferación de las luchas sociales contra las consecuencias de la aplicación indiscriminada de ese modelo liberal a las relaciones sociales como las de género y las raciales, entre otras. Si bien existen diversas clasificaciones de los derechos sociales, se considera en general que sus principales características son las siguientes: (a) es un derecho de grupos y no de individuos: su titularidad obedece a la pertenencia de los individuos a un grupo social (empleadores, trabajadores, consumidores, productores, personas con discapacidad, etc.); (b) es un derecho de desigualdades: se trata de un instrumento de equiparación que parte de la premisa de la desigualdad en las relaciones legales. De este modo, la norma (el Derecho) se erige como un instrumento de igualación de las condiciones materiales desiguales y de oportunidades de personas pertenecientes a grupos en distintas situaciones desventajosas; por ende, (c) está ligado a la sociología pues parte de la existencia de grupos excluidos, con necesidades y aspiraciones. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derecho”, en *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 17 y ss.

generación de derechos permite explicar en términos históricos su estado prematuro de efectividad.²

En cuanto a su naturaleza, es preciso decir que los derechos sociales resultan predeterminables a partir de sus contenidos, mas no de sus límites, característica que los diferencia del género correspondiente a los derechos civiles y políticos.³ Por ende, el conjunto de obligaciones positivas asumidas por el Estado atribuirá su sentido y significado, estableciendo su alcance y aplicación.⁴

En principio, los derechos sociales presentan dos perfiles delimitables, integrados por *obligaciones negativas* y *obligaciones positivas*, con distintos niveles de exigibilidad que dependen de la posibilidad de su titular de ejercerlos por sus propios medios, o de la necesidad de que el Estado remueva obstáculos que impidan o amenacen su vigencia.⁵ El

2. Conforme la opinión del jurista Luigi Ferrajoli: “Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo”, motivo por el cual, la tarea encomendada a los operadores jurídicos consistiría en “descubrir las antinomias y lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 28-30.

3. En este sentido, “la división [...] entre derechos de libertad (o ‘derechos de’) y derechos sociales (o ‘derechos a’) [radica en que] los primeros, [son] correspondientes a prohibiciones y prestaciones negativas, y los segundos, a obligaciones y prestaciones positivas del Estado”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 1999, p. 915 y ss.

4. Ariza Clerici, Rodolfo, “El derecho a la salud en la CSJN”, en *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, N° 80, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, p. 285 y ss.

5. Ello supone distintos niveles de obligaciones complejas estatales: (a) Obligaciones de respeto: el Estado debe abstenerse de torturar, impedir el acceso a la educación, la salud, etc.; (b) Obligaciones de protección: el Estado debe evitar que terceros impidan el ejercicio religioso, no afecten la vida, la integridad física, etc.; (c) Obligaciones de garantía o satisfacción: el Estado debe asegurar el ejercicio del derecho cuando el titular no puede hacerlo por sí mismo, por ejemplo, disponiendo acciones concretas o medidas positivas. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 27-37.

punto de discusión más polémico que se presenta en la teorización de los derechos sociales es la de su *justiciabilidad*.⁶

En el primer período de su conceptualización, los derechos sociales adoptaban la tesis del carácter “programático”, como mandatos de progresividad dirigidos a los poderes políticos, en tanto dependen de la disponibilidad del presupuesto. La programaticidad es entendida desde este punto de vista como sinónimo de no justiciabilidad o exigibilidad, lo que resulta, a su vez, en su imposibilidad de aplicación inmediata y la carencia de fuerza vinculante. En segundo término, la noción del *contenido mínimo esencial*⁷ vino de la mano de la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos o la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.⁸ La violación de la obligación de desarrollar el contenido mínimo de cada derecho por parte de los poderes públicos, en particular del Legislativo, justifica su justiciabilidad sobre la base del principio de la *indivisibilidad e interdependencia de los derechos*

6. Ídem. En el mismo sentido ver Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derechos Sociales ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Oñati, IVAP, 2015; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*; Corte IDH, “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 21/05/2013, Serie C N° 261; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IIIJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Max Planck Institute, 2 tomos, 2010.

7. Comité DESC, Observación General N° 3, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, párr. 10.

8. El juez Ferrer Mac-Gregor sostiene en su Voto Razonado en el “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador”, *op. cit.*, que existe “una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional al Derecho Internacional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y puntualiza que en la actualidad “[s]e advierte claramente una internacionalización del Derecho Constitucional [...] Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”. En un sentido similar se pronuncia Néstor Pedro Sagüés, quien habla de la construcción de un “*ius commune interamericano*, en materia de derechos personales y constitucionales”; Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117 a 136.

humanos.⁹ Dado este escenario, los actuales desafíos radican en la optimización¹⁰ de la justiciabilidad y el desarrollo de mecanismos de protección para el *litigio estructural*.¹¹

9. Al cumplirse veinte años de la aprobación de la Declaración Universal, Naciones Unidas organizó una Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, en el año 1968, en ocasión de la cual surgió la Proclamación de que los derechos humanos son indivisibles y se sostuvo que “la realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales”. ONU, “Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos”, ONU Doc. A/CONF.32/41, párr. 13, 13/05/1968. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reafirmado la Proclamación de Teherán a través de sucesivas resoluciones sentando que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, sosteniendo, además, que deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito regional, el Preámbulo de la CADH considera “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”. Por otra parte, tanto el PIDESC como el PIDCyP sostienen en sus Preámbulos que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor de la miseria [...] a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sentado la doctrina de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos sosteniendo que la incorporación directa de las disposiciones del pacto permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos ante los tribunales nacionales. Albanese, Susana, “Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida”, en *Lexis Nexis*, 20/11/2002. En el mismo sentido, Comité DESC, Observación General N° 9: La aplicación interna del Pacto, 19° período de sesiones, 1998, párr. 10.

10. Flavia Piovesan identifica seis desafíos y perspectivas para la implementación de los derechos humanos en el orden contemporáneo. El tercero es optimizar la justiciabilidad y la accionabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales. Piovesan, Flavia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 1, N° 1, 2004.

11. Entendido como aquellas intervenciones judiciales que van más allá de los intereses individuales de las partes procesales y materializan el litigio de derechos sociales, como acciones colectivas. Puga, Mariela, “El litigio estructural”, en *Revista de la Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, N° 2, 2014, pp. 42-82. Fiss, Owen, “La teoría política de las acciones de clase”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, N° 1, 1996, pp. 5-12.

Posición de garante. Deberes genéricos y específicos: igualdad estructural, patrones, grupos sociales subordinados y desaventajados

Como hemos visto hasta aquí, el punto de inflexión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la doctrina de la indivisibilidad e interdependencia de aquellos con los derechos civiles y políticos. Este paradigma facilita la articulación indirecta de la violación de derechos sociales a partir de su vinculación con los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular, el principio de progresividad (art. 26), las obligaciones de protección, garantía y satisfacción (arts. 1 y 2) y el debido proceso legal y la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25).

En otro nivel de análisis, la Corte ha vinculado la violación del derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida y a la integridad física (arts. 4 y 5 CADH), y el principio de no discriminación, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH. La interpretación evolutiva, en clave DESC, del derecho de propiedad privada –en el sentido clásico liberal–, ha permitido ya tempranamente a partir del caso “*Awas Tingni c. Nicaragua*” la redefinición del concepto de propiedad individual como propiedad colectiva (art. 21 CADH), toda vez que las comunidades indígenas¹² se encuentran amparadas bajo la cláusula de igual protección o no discriminación, para dar lugar a las modernas teorías sobre igualdad estructural, patrones, y grupos sociales subordinados y desaventajados.

12. Ya desde la era colonial, los pueblos indígenas históricamente han sido segregados y discriminados, constituyendo una de las minorías que ha cobrado protagonismo en el reconocimiento constitucional de su preexistencia y diversidad cultural a nivel local, constitucional e internacional. Uno de los principales instrumentos de protección de sus derechos es el Convenio 169 de la OIT que consagra el derecho a la consulta previa. Rodríguez Garavito, César y Baquero Díaz, Carlos Andrés, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, Bogotá, Colección DeJusticia, 2015. En Argentina, la reforma de 1994 incorporó al texto constitucional el artículo 75 inciso 17, que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y establece el mandato constitucional de “Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano [...] [a]segurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...”.

El modelo liberal clásico de igualdad formal, además de ocupar una posición predominante dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes, ha influido en términos históricos de modo preponderante, generando la *exclusión* sistemática y estructural de ciertos grupos. Aquí Nancy Fraser ilumina la discusión al sostener que la clave para la reconstrucción del principio de igualdad es, entonces, la *participación* que se articula con las demandas de *redistribución* y de *reconocimiento*:

... nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones de existencia digna (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, *ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad*, como es el caso en el contexto latinoamericano de los pueblos o comunidades indígenas.¹³

Como señala Abramovich, esto significa la evolución desde una noción clásica de igualdad hacia una igualdad sustantiva. La primera –entendida como principio no discriminatorio– apunta a la eliminación de privilegios o diferencias irrazonables o arbitrarias, de modo de generar reglas iguales para todas las personas. Desde esta visión, lo que se demanda al Estado es una suerte de neutralidad o ceguera frente a la diferencia. En cambio, el concepto de igualdad sustantiva requiere que el Estado asuma un rol activo para generar equilibrios sociales y brindar, así, la protección especial a ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación.¹⁴

Entre los sectores mencionados por los órganos del SIDH como grupos discriminados o excluidos que requieren protección especial o tratamiento diferenciado se encuentran, entre otros, los pueblos indígenas,¹⁵

13. Clérico, María Laura y Aldao, Martín, “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; von Bogdandy, Armin y Morales, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, 2017, p. 90.

14. Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios al fallo Campo Algodonero”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, 2010, p. 169.

15. Este principio llevó a la Corte a reinterpretar las obligaciones del Estado respecto del derecho a la vida hasta incorporar un deber de garantizar ciertos mínimos vitales de salud, agua y educación, vinculados con el derecho a la vida *digna* de una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo, en el caso “Comunidad

la población afrodescendiente y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como el de vivir una vida libre de violencia y el de acceder de forma igualitaria a la participación política. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad, como los niños que viven en la vía pública, o en sistemas de internación, los enfermos mentales en reclusión, los migrantes indocumentados, la población campesina desplazada de sus territorios, o las personas pobres portadoras de VIH/SIDA, entre otros.

El concepto de igualdad sustantiva incide en la forma en que el SIDH ha comenzado a releer las obligaciones de los Estados en materia de derechos civiles y políticos en ciertos contextos sociales; por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física, a la participación política y a la protección judicial.¹⁶ Como continuidad de lo anterior, la noción de igualdad material o estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población en desventaja padecen obstáculos legales o fácticos que no pueden resolver por sí mismos y, por ello, requieren la adopción de medidas especiales de equiparación,¹⁷ es decir, un trato diferenciado. Por ello, el análisis del caso a la luz del principio de igualdad sustantiva requiere examinar la trayectoria social de la víctima y el contexto social de aplicación de las normas, las políticas públicas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social de pertenencia.¹⁸

Las dos concepciones amplias de la injusticia, según Fraser,¹⁹ radican, por un lado, en la estructura socioeconómica en la que se arraiga la injusta distribución de los bienes. Ejemplo de las demandas de redistribución son aquellas que enarbolan los pueblos originarios por

Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/03/2006. Serie C N° 146. Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24/08/2010, Serie C N° 214.

16. Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios al fallo Campo Algodonero”, *op. cit.*, p. 169.

17. Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

18. Young, Iris Marion, “Vida Política y Diferencia de Grupo”, en Castells, Carme (comp.), *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Madrid, Paidós, 1996, p. 120; Fiss, Owen, “Grupos y la Cláusula de Igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167.

19. Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 23.

la privación de sus tierras, lo cual repercute en la imposibilidad de acceder a los bienes indispensables para su subsistencia (agua potable, recursos naturales). Por otro lado, la injusticia cultural²⁰ o simbólica se sustenta en patrones sociales dominantes frente a identidades dominadas que padecen obstáculos diversos para participar en los procesos de decisión. Así, la falta de reconocimiento de los interlocutores como iguales reclama la visibilización de sectores o grupos sociales postergados (desaventajados). En esta misma sintonía, la idea de ciudadanía diferenciada como representación de grupo de Young²¹ resulta útil para el establecimiento de la idea de un patrón de violencia en contra de las mujeres con perspectiva de género. O lo que Kymlicka denomina como un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo”,²² que fija ciertas protecciones externas al grupo minoritario, indispensables para la preservación de su autonomía y dignidad.

Por último, en relación a los *deberes específicos de cuidado*, la posición de garante de los Estados (arts. 1 y 2 de la CADH) y los deberes *reforzados*,²³ cabe mencionar que existen *deberes de acción preventiva diligente para evitar determinadas prácticas en contra de los grupos desaventajados*. En este orden de cosas, podemos mencionar el artículo 7 de la Convención de Belém Do Pará²⁴ que opera como fuente normativa específica al momento de

20. Al respecto, Owen Fiss sostiene que la injusticia del proceso político debe ser corregida en última instancia por el Poder Judicial. El reclamo requiere adoptar medidas de mayor representatividad política mediante la implementación de cupos obligatorios. Para ilustrar, se refiere a la exclusión de las personas afroamericanas en Estados Unidos con el fin de formular una teoría sobre la igual protección, y señala sus características: a) constituyen un grupo social; b) el grupo ha estado en una *situación de subordinación prolongada*; c) el poder político del grupo se encuentra severamente limitado, por lo cual podría llamarse un *grupo especialmente desaventajado*. Fiss Owen, “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”, *op. cit.*, pp. 143-145.

21. De acuerdo a la clasificación de Young, el grupo oprimido reúne las siguientes características: a) los beneficios de su trabajo van hacia otras personas (explotación); b) sus integrantes se encuentran excluidos de la participación en las principales actividades sociales (marginación); c) viven y trabajan bajo la autoridad de otras personas (falta de poder); d) existe una serie de estereotipos dominantes y persistentes sobre los integrantes del grupo y sobre el grupo en sí que se encuentra invisibilizado (imperialismo cultural); e) sus miembros son hostigados y criminalizados. Young, Marion Iris, *op. cit.*, pp. 99-126.

22. Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

23. En la terminología empleada por Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios al fallo Campo Algodonero”, *op. cit.*, p. 169.

24. Convención de Belém Do Pará, art. 7: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios

dilucidar precisamente la creación o realización de un aporte de riesgo del Estado y, por ende, el incumplimiento del deber específico de “diligencia debida”, entendido como obligación de protección o satisfacción.

Atribución de responsabilidad internacional estatal por actos u omisiones de actores no estatales

La responsabilidad internacional del Estado por actos u omisiones de particulares o actores no estatales se basa en un criterio de atribución *objetivo e indirecto*. Se configura cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, con su función de garantía, es decir, de los deberes de protección específicos cuando se considera que los agentes estatales cumplían una posición de garante con relación a la acción de particulares,²⁵ o que el Estado tenía a su cargo un deber reforzado de diligencia respecto de ciertos grupos.

En efecto, los fundamentos teóricos de la responsabilidad del Estado provienen de la teoría del riesgo que engloba dos criterios de atribución: (i) la tolerancia o aquiescencia; y (ii) el incumplimiento del deber de garantía. Por lo general los Estados, lejos de paliar los riesgos sociales, contribuyen con sus acciones, políticas, prácticas y omisiones a la creación, configuración o consolidación de las situaciones de riesgo social, aun cuando la situación riesgosa provenga de conductas criminales de particulares.

En primer lugar, la *doctrina de la complicidad*²⁶ apunta directamente a establecer una responsabilidad directa del Estado por la *acción de tolerancia, aquiescencia o apoyo de agentes públicos con los crímenes de actores*

apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer...”.

25. Corte IDH, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Excepciones preliminares, 07/03/2005, Serie C N° 122, párrs. 111 y 112; “Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 18/09/2003, Serie C N° 100, párr. 111.

26. La doctrina de la complicidad (apoyo o tolerancia) atribuye responsabilidad objetiva al Estado como si la acción del particular hubiese sido ejecutada por un agente estatal de manera directa. Este último criterio implica complicidad estatal con la violación de derechos y ha sido utilizado por la Corte Interamericana primordialmente en casos de acciones de grupos paramilitares que actúan bajo la protección de aparatos gubernamentales, e incluso bajo el amparo de normas jurídicas formales o neutrales. Por ejemplo, Corte IDH, “Caso de la ‘Panel Blanca’” (“Paniagua Morales y otros vs. Guatemala”, Fondo, 08/03/1998, Serie C N° 37, párr. 91.

no estatales. En tal sentido, la acción del particular se asimila a efectos de la responsabilidad internacional con acciones de agentes públicos.

En segundo lugar, en el otro extremo, la *doctrina del riesgo* apunta a una *responsabilidad estatal indirecta por incumplimiento del deber de garantía*,²⁷ que incluye una *obligación específica de prevención y protección frente a actos de particulares*. Sin embargo, como señala Abramovich, la Corte desarrolló una *teoría intermedia* en algunos casos en los que, si bien no es posible afirmar que los agentes estatales han sido cómplices, la participación del Estado no se limita a un incumplimiento de deberes de protección, sino que incluye *acciones públicas, la sanción de normas, la reproducción de prácticas o políticas que han creado objetivamente* la situación de riesgo, conocido como la *teoría del riesgo creado*. Es decir, que cuando el Estado ha contribuido a la creación del riesgo por omisión de medidas positivas o de garantía *su responsabilidad frente a particulares resulta más estricta*. La *doctrina del riesgo* requiere, en consecuencia, al menos la presencia en un caso de los siguientes cuatro elementos:

- i. *la existencia de una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares*; esto es, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato;
- ii. *que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado*, es decir, que exista un riesgo particularizado. Lo anterior supone un requisito más estricto que la sola existencia de un riesgo general o una situación extendida de inseguridad que afecte al conjunto de la comunidad;
- iii. *que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo*. En tal sentido, aquí cuenta tanto la evidencia que determina que las agencias estatales habían obtenido información sobre la situación de riesgo, como también su previsibilidad, esto es, la posibilidad de establecer cierta presunción

27. Es decir, que se puede generar responsabilidad internacional del Estado por atribución a este de actos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. Las obligaciones de garantía y respeto de los derechos humanos se proyectan más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos en las relaciones entre los individuos, sin la necesidad de tener que demostrar la cooperación o participación necesaria del Estado en el actuar de particulares.

de conocimiento de ese riesgo a partir de las circunstancias del caso. Es importante mencionar que la previsibilidad está muchas veces asociada al rol de vigilancia o monitoreo que la propia Convención impone al Estado, como también con las características del riesgo. Así, los Estados tienen el deber impuesto por la Convención y por otros tratados y normas internas, de producir información y hacer seguimiento de la situación de violencia que sufren algunos grupos sociales y sectores de la población cuya desventaja histórica ha sido identificada,²⁸ de modo que no puede admitirse como excusa el desconocimiento de situaciones de violencia en estos casos. Además, existen riesgos que son previsibles por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas o *patrones*²⁹ sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal;³⁰

28. Por ejemplo, la Convención de Belém Do Pará establece en el art. 8 inc. h) que los Estados deben “garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios”. Los mismos deberes se aplican respecto de las personas en situación de desplazamiento interno, las prácticas de racismo, trata y explotación, entre otras.

29. El concepto de *patrón* es introducido en el caso “Campo Algodonero c. México”, en el sentido de *violencia, discriminación e impunidad*, en el escrito de demanda presentado ante la Corte IDH por la CIDH, 2009, párrs. 161-176. Por su parte, los peticionarios señalaron en el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas que: “Las autoridades mexicanas al momento en que ocurrieron las desapariciones de las víctimas tenían conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato para la vida de estas. Debido a que los casos aquí expuestos forman parte del **patrón de violencia** contra mujeres, niñas, y el Estado no tomó las medidas necesarias con la debida diligencia para evitarlo”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/sap5.pdf>. Sin embargo, la Corte IDH no adhiere a la teoría del patrón *sistemático* (ya que dicho término alude a crímenes de lesa humanidad) de violencia, y parece optar por una imputación atenuada de responsabilidad estatal basada en la doctrina del riesgo, pero con el componente particular de la existencia en el caso de un deber de debida diligencia reforzado en función del artículo 7 de la CBDP. Lamentablemente, la Corte no describe de manera precisa los criterios de atribución de responsabilidad que usa en el caso, combinando citas jurisprudenciales que refieren tanto a lo que denominamos doctrina de la complicidad, como de la doctrina del riesgo previsible y evitable. Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso Campo Algodonero”, *op. cit.*, pp. 167-182.

30. El conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo. Corte IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello”, 31/01/2006, Serie C N° 140, párrs. 123 y 124. En tal sentido, el tribunal sigue la jurisprudencia de la Corte Europea, la que afirma: “No todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación

- iv. *finalmente, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo.* Para poder imputar responsabilidad se requiere entonces primero que el riesgo sea por sus características evitable, y que el Estado esté en condiciones de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar su materialización. Este último elemento se refiere tanto a las características de los factores de riesgo que se presentan, como a las capacidades operativas de los agentes públicos que podían actuar en ese escenario determinado. A su vez, las capacidades operativas no corresponden sólo a la situación subjetiva de los agentes frente a la situación particular, sino que pueden estar a su vez condicionadas por aspectos más generales que suelen determinar la idoneidad de las respuestas estatales, tales como la insuficiencia del sistema legal, el déficit de las políticas públicas, y/o la debilidad de las agencias competentes.

Continúa Abramovich señalando que la posibilidad del Estado de evitar la consumación del riesgo es un elemento conflictivo del estándar. Ello se debe a que muchas veces la dificultad de actuar deriva del incumplimiento de obligaciones impuestas por la Convención, que imponen al Estado una *posición de garante* de derechos frente a ese tipo de riesgo; por ejemplo, la falta de adecuación legislativa en materia de discriminación racial o violencia de género, o la ineficacia de los sistemas remediales en la administración de justicia que el Estado debe disponer como tutela judicial efectiva. A raíz de lo anterior, y en virtud de su experiencia como Comisionado de la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la CIDH, concluye que *es razonable afirmar que el Estado no podrá invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención establece.*

convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja la obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evistar el daño". Corte Europea de Derechos Humanos, "Kilic vs. Turkey", 28/03/2000, párrs. 62-63; "Osman vs. Reino Unido", 28/10/1998, párrs. 115-116.

Jurisprudencia de la Corte IDH sobre discriminación estructural

En este apartado desarrollaremos algunos casos resueltos por la Corte Interamericana en los que ha abordado de manera explícita o implícita distintas situaciones de desigualdad estructural que afectan a la región. El análisis de los casos permite visualizar la evolución del principio de igualdad desde la noción formal a la sustantiva que atraviesa la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Caso “Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”

El caso “Comunidad Sawhoyamaxa”³¹ pertenece a la familia de “casos nuevos”,³² pensados como un nuevo patrón de violación de los

31. Los hechos del presente caso se enmarcan en el Chaco paraguayo, donde tradicionalmente habitan los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa. Las tierras de esta zona fueron individualizadas como fincas y figuraban a nombre de dos compañías privadas. En 1991 iniciaron el proceso de reivindicación de sus tierras. En 1996, sin haber logrado un resultado positivo, ratificaron su solicitud de reivindicación de sus tierras. Por ello se solicitó que se remitiera un pedido de oferta a las propietarias de dichos inmuebles, para buscar una salida negociada. Sin embargo, no se realizaron mayores diligencias. En 1997, los líderes de la Comunidad Sawhoyamaxa presentaron al Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional un proyecto de ley con el fin de declarar de interés social las tierras disputadas y expropiarlas a favor del Instituto Paraguayo del Indígena, para su posterior entrega a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. No obstante, se rechazó el proyecto de ley. La Comunidad Sawhoyamaxa presentó una serie de recursos judiciales con el objetivo de reivindicar sus tierras, sin que tuvieran mayor éxito. Como consecuencia de las presiones recibidas por los propietarios de las fincas al enterarse de las reclamaciones de tierra, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa vivían en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia. La mayoría de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa decidieron salir de dichas estancias por lo que vivían al borde de una carretera nacional en condiciones de pobreza extrema, sin acceso a ningún tipo de servicios. Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, *op. cit.*

32. Se refiere a los nuevos casos que la Corte IDH resolvió sobre la base de *nuevos patrones de igualdad* en comparación con los casos tradicionales de violaciones individuales de derechos civiles y políticos. Sin embargo, aquello no significa la aparición de un patrón nuevo en lo que respecta a la práctica de violaciones a los derechos de los pueblos originarios que se remontan a la época de la colonia y la conquista y persisten en la actualidad. Clérico, María Laura y Aldao Martín, *op. cit.*

derechos³³ desde una noción de desigualdad estructural y discriminación contra las comunidades indígenas. Como indica Laura Clérico, el deber de garantía requiere integrar la igualdad a su vez como un mandato de *prohibición por omisión, insuficiencia o defecto*. Así, la Corte IDH destaca en este caso que el Estado incumple la obligación de satisfacción cuando no remueve las barreras estructurales que obturan el acceso a la justicia local e internacional de los pueblos originarios. Ello ocurre respecto de la falta de titulación de la *propiedad colectiva* de las tierras para garantizar las *condiciones de vida digna* a una comunidad indígena.³⁴ La conexión entre derechos sociales y derechos civiles y políticos se proyecta a partir del análisis de la violación del artículo 21 de la CADH que rige el derecho de propiedad. Tradicionalmente, dicho artículo ha sido interpretado como protectorio de la propiedad privada. Sin embargo, en lo que respecta a los reclamos de los pueblos indígenas, su alcance es resignificado en torno a *la propiedad colectiva de las comunidades*,³⁵ a quienes se les reconoce la titularidad de las tierras ancestrales de las que fueron desplazados.

33. Los derechos violados según la sentencia sobre el Fondo son el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso legal (arts. 8 y 25 CADH), la propiedad colectiva de la comunidad indígena (art. 21 CADH en relación a la violación de los arts. 1.1 y 2 CADH), el derecho a la vida (art 4 CADH en relación al art 1.1 CADH), el derecho a la integridad personal (art 5 CADH en relación al art 1.1 CADH).

34. En efecto, el Estado paraguayo no sólo está obligado a generar condiciones de existencia digna, por un lado, sino también por el otro lado, a asegurar el acceso al derecho a la propiedad colectiva que implica a la vez respetar el reconocimiento de la diversidad cultural respecto del derecho a la alimentación, al agua y a la salud para generar condiciones de existencia digna. “Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay”, *op. cit.*, párrs. 88-89.

35. La desigualdad estructural que padecen los pueblos originarios no sólo representa una distribución desigual de los bienes económicos y sociales (acceso a sus tierras), sino también es resultado de una distribución desigualitaria de la palabra y del no reconocimiento de su cultura: “Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión,

La falta de acceso a la propiedad comunitaria de sus tierras está estrechamente vinculada a la situación de miseria de los miembros de la comunidad. Ello aniquila la posibilidad de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros de acuerdo a sus prácticas ancestrales, es decir que la combinación del derecho a la propiedad (art. 21 CADH) y a una existencia digna (art. 4 CADH) afecta el derecho a la autonomía colectiva de la comunidad. La Corte determina que la situación de extrema y especial vulnerabilidad se debe a la falta de recursos adecuados y efectivos por un riesgo creado por el Estado al omitir el deber de garantizar el nivel mínimo de vida *digna*.³⁶ La sentencia aplica el análisis sobre el incumplimiento del deber específico de cuidado *reforzado* respecto a la especial protección de grupos socialmente vulnerables como las mujeres, la infancia/adolescencia y los ancianos, sobre lo cual, a su vez, el Estado tenía “pleno conocimiento”.³⁷

religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, *op. cit.*, párr. 118.

36. Respecto a ello, el juez Sergio Ramírez señaló en su Voto Razonado que “la Corte llamó la atención sobre la otra cara del derecho a la vida, que es, contemplada desde distinta perspectiva, el otro rostro de los deberes del Estado: ya no sólo de abstención, que frena el arbitrio o modera el castigo, sino de acción, que crea condiciones para la existencia digna. En este sentido, el derecho a la vida recupera su condición primordial como oportunidad para la elección del destino y el desarrollo de las potencialidades; va más allá de ser derecho a la subsistencia: lo es al desarrollo, que se instala en condiciones propicias” (párr. 18). Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 2016, pp. 139-178.

37. Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, *op. cit.*, párr. 159: “[...] [E]l Tribunal considera que es a partir del 21/04/1997 que **el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo real y de la situación de vulnerabilidad en la que permanecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, en especial los niños, mujeres embarazadas y ancianos**, así como de su mortandad...”; y 177: “En materia de derecho a la vida de los niños, el Estado tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, la obligación adicional de promover las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana, el cual dispone que: “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Así, por una parte, el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y **debe tomar medidas especiales** orientadas en el **principio del interés superior del niño**. Lo anterior no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres,

Caso “Campo Algodonero c. México”³⁸

El caso “Campo Algodonero”, si bien no es el primer caso tramitado ante el Sistema Interamericano³⁹ en el que se reconoce la situación estructural de violencia en contra de la mujer, sí es la primera vez en que se emplea el concepto de *feminicidio*. La expandida violencia hacia las mujeres, identificada en Ciudad Juárez como una circunstancia estructural, sirve de base en el caso para atribuir responsabilidad al Estado por la acción de particulares o agentes no estatales, mediante la *doctrina del riesgo previsible y evitable*. En este precedente, la Corte desarrolla la idea de un deber estatal de debida diligencia para la protección de los derechos de las mujeres frente a ciertas situaciones de riesgo⁴⁰ para su ejercicio. No se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares en su jurisdicción. El deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado, según la Corte, por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o un grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de los agentes públicos de prevenir o evitar ese riesgo.⁴¹ Asimismo, la Corte entiende que el deber de prevención de aquel riesgo se encuentra afectado en el caso por la existencia de un deber de debida diligencia reforzado en función del artículo 7 de la CBDP. En consecuencia, recae sobre el Estado una carga adicional de deberes de prevención por sobre un piso de debida diligencia en la protección de las acciones de particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana en su artículo 1.1. El alcance del deber de debida diligencia está en construcción; sin embargo, la Corte brinda algunas pautas en el texto de la sentencia. Así, determina que

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben

en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica”.

38. Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009, Serie C N° 205.

39. CIDH, “Informe 54/01”, Fondo, “Maria Da Penha Maia Fernández”, Brasil, 16/04/2001.

40. Riesgo cierto e inmediato por oposición a riesgo hipotético.

41. Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios al fallo Campo Algodonero”, *op. cit.*, p. 172.

contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva de los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará (párr. 258).

Caso “Hacienda Verde vs. Brasil”

Es el primer caso de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud (art. 6 CADH) que resuelve la Corte.⁴² Aquí atribuye responsabilidad internacional sobre la base de la prohibición del artículo 6 CADH por la omisión del Estado de Brasil de prevenir la situación de esclavitud, existiendo denuncias promovidas en el orden interno sobre la situación de explotación y trata laboral, lo que conllevó, en consecuencia, violaciones a los artículos 1.1, 3 (personalidad jurídica), 5 (integridad física y psíquica), 7 (libertad personal), 11 (honor) y 22 (libertad de circulación).⁴³ A su vez, la Corte reconoce una situación de discriminación estructural a

42. Corte IDH, “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/10/2016, Serie C N° 318. El caso se relaciona con la omisión y negligencia en investigar diligentemente una práctica de trabajo forzado y servidumbre por deudas en la Fazenda Brasil Verde, ubicada en el norte del Estado de Pará, así como la desaparición de dos trabajadores de dicha hacienda. Según fue alegado, los hechos del caso se enmarcan en un contexto en el que decenas de miles de trabajadores habían sido sometidos anualmente a trabajo esclavo, al menos desde 1989, que es cuando se determina que el Estado toma conocimiento. Dentro de ese contexto, en diversas oportunidades (febrero de 1989, marzo de 1993, noviembre de 1996, abril y noviembre de 1997 y marzo de 2000) se realizaron visitas o fiscalizaciones por parte de autoridades estatales en la Fazenda Brasil Verde para constatar las condiciones en las que se encontraban los trabajadores. Según se alegó, los trabajadores que lograron huir declararon sobre la existencia de amenazas de muerte en caso de abandonar la hacienda, el impedimento que tenían de salir libremente, la falta de salario o la existencia de un salario ínfimo, el endeudamiento con el hacendado, la falta de vivienda, alimentación y salud dignas, entre otros.

43. *Ibidem*, párrs. 208-343.

partir de la identificación de un perfil común entre las víctimas asociado a una discriminación histórica y situación generalizada de exclusión socioeconómica. En este sentido, indica que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial”; por ende, ello configura un deber reforzado de prevenir la esclavitud (con naturaleza de norma de *ius cogens*) y de adoptar medidas positivas tendientes a evitar estas circunstancias. Aquí la Corte echa luz nuevamente sobre el contenido del deber de prevención y debida diligencia al determinar que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con esta debida diligencia en casos de servidumbre, esclavitud, trata de personas y trabajo forzoso. En particular, los Estados deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva de este y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva al fenómeno de la esclavitud contemporánea. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinados grupos de personas pueden ser víctimas de trata o de esclavitud. Esa obligación es reforzada en atención al carácter de norma imperativa de derecho internacional de la prohibición de la esclavitud y de la gravedad e intensidad de la violación de derechos por esa práctica (párr. 320).⁴⁴

Por otra parte, la situación de vulnerabilidad asociada a la discriminación estructural se desprende de las características de los 85 trabajadores rescatados:

Estos se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas

44. En este orden de cosas la Corte se refiere específicamente al deber de prevenir el trabajo infantil en tanto una de las víctimas era un niño al momento de los hechos. Sostiene, por lo tanto, que la erradicación del trabajo infantil es prioritario y, en este entendimiento, los Estados deben: “i) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; ii) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; iii) asegurar a todos los niños que hayan sido liberados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; iv) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y v) tener en cuenta la situación particular de las niñas” (párr. 332).

de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país (párr. 339).⁴⁵

Lo que no queda claro es por qué la Corte, al condenar por *discriminación estructural*, no aplica medidas transformadoras (de alcance general) como medidas reparadoras, tal como lo había hecho anteriormente en “Campo Algodonero”. Quizás la causa probable sea la ausencia de informes. Otro punto crítico es que no impone ningún tipo de monitoreo para el cumplimiento de las medidas de prevención del trabajo esclavo o forzoso y evaluar la seguridad social y el empleo.

Caso “González Lluy vs. Ecuador”⁴⁶

La Corte condenó al Estado de Ecuador en el caso “González Lluy”,⁴⁷ declarando su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida y la integridad física de la niña Talía González

45. Se agrega en la sentencia para ilustrar la discriminación estructural, sobre la base de documentos de terceros, que “De acuerdo a varios informes de la OIT y del Ministerio de Trabajo de Brasil, la situación de miseria del obrero es lo que le lleva espontáneamente a aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas, toda vez que cuanto peores las condiciones de vida, más dispuestos estarán los trabajadores a enfrentar riesgos del trabajo lejos de casa. La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo” (párr. 340).

46. Corte IDH, “Caso González Lluy y Otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2015, Serie C N° 298.

47. De acuerdo a los hechos del caso, la víctima Talía Gonzalez Lluy a sus 3 años padeció un cuadro de hemorragia nasal y fue atendida en una clínica privada en la cual se le diagnosticó trombocitopenia. Por esta razón, inmediatamente se le realizó una transfusión de sangre en el Banco de Sangre dependiente de la Cruz Roja, de lo cual resultó su contagio del virus HIV. Su familia inició reclamos judiciales sin respuesta. Padeció discriminación en la escuela pública a la que asistía donde tomaron conocimiento de su enfermedad y lo comunicaron a la autoridad administrativa, que resolvió excluirla para resguardar al resto de los niños. También manifestó que tuvo que mudarse en varias ocasiones por la discriminación de la cual eran objeto ella y su familia.

Lluy, en relación con la violación del derecho a la salud,⁴⁸ a la educación y a la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal.

En primer lugar, la Corte atribuyó responsabilidad al Estado al determinar que la prestación del servicio de salud de gestión pública o privada está sujeta a fiscalización y control estatal respecto a su calidad.⁴⁹ En el mismo orden de cosas, el deber de diligencia reforzado está contemplado en los deberes especiales de cuidado previstos en los artículos 2. b) y 24 de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento también ratificado por Ecuador.⁵⁰

En segundo lugar, la Corte señala que se prueba en el caso la creación y agravación del riesgo como de la situación de vulnerabilidad⁵¹ por parte del Estado en relación a la situación de discriminación estructural que padecen las personas enfermas de HIV/SIDA,⁵² aplicando la noción de pertenencia a un grupo social subordinado o desaventajado.

48. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, en *LL 2000-D*, p. 29; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Hacia la justicia-bilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *op. cit.*; Ariza Clerici, Rodolfo, “El derecho a la salud en la CSJN”, *op. cit.*

49. Ver párrs. 175 a 191, con cita de los casos “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 95) y “Suárez Peralta vs. Ecuador” (párr. 144).

50. En efecto, sostiene la Corte que “... el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra ‘el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud’”. De acuerdo al artículo 2.b) de esa norma, los Estados partes “adoptarán las medidas apropiadas para [...] [a]segurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”, párr. 174 de la sentencia.

51. Ver el párr. 212 de la sentencia: “Este Tribunal ha señalado que **la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona**, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana”.

52. En concreto, detalla la Corte que “[l]a **discriminación** que sufrió Talía fue resultado del **estigma generado por su condición de persona viviendo con VIH** y le trajo consecuencias a ella, a su madre y a su hermano. La Corte nota que en el presente caso existieron múltiples diferencias de trato hacia Talía y su familia que se derivaron de la condición de Talía de persona con VIH; esas diferencias de trato configuraron una discriminación que los colocó en una posición de vulnerabilidad que se vio agravada con el paso del tiempo. La discriminación sufrida por la familia se concretó en diversos aspectos como la vivienda, el trabajo y la educación” (párr. 227).

En tercer lugar, el Tribunal establece la omisión del Estado de garantizar (obligación positiva), mediante la fiscalización y control, la regulación de los Bancos de Sangre.⁵³ Así confirma la responsabilidad directa del Estado, al crear este grave riesgo para la vida, la integridad física y la salud en forma permanente por incumplimiento de los deberes de supervisión, así como de agravar las condiciones personales de Talía González Lluy como integrante de un grupo discriminado, en virtud de su condición de niña, mujer, persona portadora del virus HIV y de escasos recursos.⁵⁴

53. En efecto, “existen ciertas actividades, como el funcionamiento de bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas y, por lo tanto, los Estados están en la obligación de regularlas de manera específica. En el presente caso, dado que la Cruz Roja, entidad de carácter privado, era la única entidad con la responsabilidad del manejo de bancos de sangre al momento de producirse los hechos, el nivel de supervisión y fiscalización sobre dicha institución tenía que ser el más alto posible teniendo en cuenta el debido cuidado que se debe tener en actividades asociadas a transfusiones de sangre y dado que existían menos controles que aquellos a los que se someten los funcionarios estatales por la prestación de servicios públicos...” (párr. 178). Por otro lado, más adelante indica que “la precariedad e irregularidades en las que funcionaba el Banco de Sangre del cual provino la sangre para Talía es un reflejo de las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados. La insuficiente supervisión e inspección por parte de Ecuador dio lugar a que el Banco de Sangre de la Cruz Roja de la Provincia del Azuay continuara funcionando en condiciones irregulares que pusieron en riesgo la salud, la vida y la integridad de la comunidad. En particular, esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud...” (párr. 180). Finalmente, sobre este punto indica que “[e]ste daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad. En efecto, en el presente caso se ha violado la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada. Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte que incluso pueden volver a surgir en el futuro” (párr. 190).

54. La defensa del Estado revela un razonamiento estereotipado: el bienestar colectivo prima sobre el bienestar particular. Se trata de un caso que configura una categoría sospechosa que invierte la carga de la prueba y cuestiona la validez de la medida, con una presunción de ilegitimidad. El examen de proporcionalidad se realiza sobre la base de un test estricto. El Estado puede alegar exclusivamente como finalidad válida una necesidad imperiosa, jamás la defensa de otros niños puede considerarse tal.

En cuarto lugar, se debe destacar la *interacción* entre el derecho a no ser discriminado y el derecho a la educación, en tanto este se constituye como una obligación negativa del Estado a garantizar la no exclusión. *No se trata del acceso, sino del derecho de permanecer en la escuela* que le fue denegado a la niña Talía. En el caso, la Corte aplicó por primera vez el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, que consagra el derecho a la educación.⁵⁵

Una crítica posible a esta sentencia es que la Corte condena al Estado por no haber fiscalizado o supervisado pero, no obstante, llama la atención que no lo condene por haber denegado la prestación de asistencia sanitaria.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios al fallo Campo Algodonero”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, 2010.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, en LL 2000-D.

_____, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.

_____, “Los derechos sociales como derecho”, en *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

ALBANESE, Susana, “Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos”, en *Lexis Nexis*, 20/11/2002.

ARIZA CLERICI, Rodolfo, “El derecho a la salud en la CSJN”, en *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, N° 80, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.

BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 2016.

55. Sobre su competencia, la Corte sostiene que se deriva del artículo 19 (6) del Protocolo de San Salvador (párr. 234 de la sentencia).

BINDER, Christina y SCHOBESBERGER, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derechos Sociales ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Oñati, IVAP, 2015.

CLÉRICO, María Laura y ALDAO Martín, “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; VON BOGDANDY, Armin y MORALES, Mariela, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, 2017.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 1999.

_____, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21/05/2013, Serie C N° 261.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IIIJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Max Planck Institute, 2 tomos, 2010.

FISS, Owen, “Grupos y la Cláusula de Igual protección”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, “La teoría política de las acciones de clase”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, N° 1, 1996.

FRASER, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 1997.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

PIOVESAN, Flavia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 1, N° 1, 2004.

PUGA, Mariela, “El litigio estructural”, en *Revista de la Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, N° 2, 2014.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2015.

SABA, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, en ALEGRO, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010.

YOUNG, Iris Marion, “Vida Política y Diferencia de Grupo”, en CASTELLS, Carme (comp.), *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Madrid, Paidós, 1996.

Documentos

Naciones Unidas

Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968, ONU Doc. A/CONF.32/41.

Comité DESC, Observación General N° 3, sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes, 1990.

Comité DESC, Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto (19° período de sesiones, 1998).

Corte IDH

“Caso González Lluy y Otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01/09/2015, Serie C N° 298.

“Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2010. Serie C N° 214.

“Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16/11/2009. Serie C N° 205.

“Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/03/2006. Serie C, N° 146.

“Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Excepciones preliminares. Sentencia 07/03/2005. Serie C, N° 122.

“Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18/09/2003. Serie C N° 100.

“Caso de la ‘Panel Blanca’” (“Paniagua Morales y otros vs. Guatemala”), Fondo. Sentencia de 08/03/1998, Serie C, N° 37.

CIDH

Informe 54/01, Fondo, “Maria Da Penha Maia Fernández” (Brasil), 16/04/2001.

Capítulo 4
Recomendaciones y Observaciones
Generales sobre la protección de
las mujeres

Introducción

Cada tratado internacional de protección de derechos humanos establece un mecanismo procedimental de protección ante un Comité que constituye el órgano internacional que realiza la interpretación auténtica en la materia. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos interpreta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Comité *CEDAW* examina el alcance de la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (*CEDAW*).

A continuación, se examina brevemente la práctica de tres órganos principales de Naciones Unidas en materia de protección de las mujeres y sus derechos en contra de actos de violencia, en particular la violencia doméstica y sexual: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura. Los mecanismos cuasi-contenciosos y contenciosos examinados incluyen: el procedimiento de informes periódicos, la formulación de observaciones generales, las comunicaciones y quejas individuales y la investigación de oficio. La jurisprudencia de dichos órganos es relevante pues constituyen los intérpretes auténticos de cada tratado, los cuales ostentan jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Observaciones Finales

En el marco del procedimiento de presentación de informes periódicos que deben presentar los Estados, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer examina sistemáticamente la incidencia de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia doméstica y la violencia sexual, teniendo en cuenta los esfuerzos realizados por los Estados parte para hacer frente a este fenómeno. A través de sus Observaciones Finales, el Comité ha ido concretando el principio de responsabilidad del Estado por negligencia

cia en la adopción de medidas precisas contra este tipo de violencia, abogando por la promulgación de la legislación nacional apropiada.

Así, el Comité expresa frecuentemente su preocupación ante problemáticas diversas tales como: la elevada incidencia de casos de violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia en el hogar;¹ el reducido número de denuncias y los bajos índices de enjuiciamiento y condena;² las deficiencias en las investigaciones y la tramitación judicial de los casos;³ la irregular disponibilidad y calidad de los servicios de asistencia y protección a las víctimas;⁴ y la falta de datos estadísticos fiables que permitan evaluar correctamente la situación.⁵ El Comité ha expresado además su preocupación por el trato discriminatorio que en ocasiones sufren las mujeres por su pertenencia a una minoría⁶ y el riesgo que supone que las mujeres inmigrantes no denuncien los actos de violencia doméstica por estar sus permisos de residencia vinculados a los de sus parejas.⁷ El Comité también ha manifestado preocupación respecto de los casos en los que se hace excesivo hincapié en la reconciliación en casos de ruptura matrimonial, incluidos aquellos casos en los que se hayan producido episodios de violencia doméstica.⁸ Por otro lado, en diversos informes de Observaciones Finales el Comité ha instado a los Estados Parte a:

- promulgar legislación sobre la violencia en el hogar, incluida la violación marital;⁹
- evaluar periódicamente la efectividad de las medidas adoptadas y examinar las causas de la violencia contra las mujeres, sobre todo la violencia en el hogar, como las actitudes

1. Ver los siguientes informes: A/57/38, párr. 97 (Estonia, 2002); CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 20 a) (Tailandia, 2017); CEDAW/C/NGA/CO/7-8, párr. 25 a) (Nigeria, 2017).

2. CEDAW/C/SWE/CO/8-9, párr. 26 a) (Suecia, 2016).

3. Ídem.

4. CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 20 c) (Tailandia, 2017).

5. CEDAW/C/SWE/CO/8-9, párr. 26 a) (Suecia, 2016).

6. Ídem.

7. *Ibidem*, párr. 26 d).

8. A/56/38, 258-259 (Vietnam, 2001); CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 20 b) (Tailandia 2017); A/57/38 Parte II, párr. 151 (Bélgica, 2002).

9. CEDAW/C/PHI/CO/6, párr. 15 (Filipinas, 2006); A/56/38, 258-259 (Vietnam, 2001); CEDAW/C/ERI/CO/3, párr. 17 (Eritrea, 2006).

patriarcales y los estereotipos a fin de mejorar la eficacia de la legislación;¹⁰

- aligerar la carga de la prueba que en ocasiones pesa sobre las víctimas que solicitan órdenes de alejamiento, que se garantice su aplicación y se proporcione acceso a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos relacionados con dichas órdenes;¹¹
- asegurar el acceso a los servicios de apoyo a las mujeres que son víctimas de la violencia, como tratamiento médico, asesoramiento psicológico, asistencia letrada, apoyo financiero y albergues o centros de acogida;¹²
- capacitar a policías, trabajadores sanitarios y especialistas en el apoyo a las víctimas;¹³
- adoptar medidas para sensibilizar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y de la administración de justicia respecto de todas las formas de violencia contra la mujer.¹⁴

El Comité también ha examinado en sus Observaciones Finales cuestiones relativas al acoso y a la violencia sexual contra las mujeres, señalando la necesidad de revisar aquellas leyes que puedan resultar discriminatorias contra las mujeres por tolerar implícitamente la violencia contra ellas. De ahí que el Comité recomiende, entre otras medidas, revisar la legislación aplicable a fin de que no se condone la violencia contra la mujer,¹⁵ tipificar como delito la violación en el matrimonio y derogar aquellas disposiciones legales que permitan la exoneración de la responsabilidad penal cuando el autor de una agresión sexual contrae matrimonio con su víctima.¹⁶ Asimismo, el Comité ha pedido que se criminalice la violencia sexual en el hogar y el incesto, y que las víctimas tengan acceso a medios de protección y reparación

10. A/54/38, párr. 264 (España, 1999); A/55/38, párr. 370 (Belarús, 2000); CEDAW/C/JAM/CO/5, párrs. 13-16.

11. CEDAW/C/ROU/CO/7-8, párr. 19 e) (Rumania, 2017).

12. CEDAW/C/THA/CO/6-7, párr. 21 b) (Tailandia, 2017); CEDAW/C/URY/CO/8-9, párr. 19 f) (Uruguay, 2016).

13. A/57/38, párr. 97 (Estonia, 2002).

14. A/57/38, párr. 332 (Portugal, 2002).

15. A/57/38 Parte II, párr. 151 (Bélgica, 2002).

16. CEDAW/C/ERI/CO/3, párr. 17 (Eritrea, 2006).

eficaces.¹⁷ También ha recomendado la adopción de medidas dirigidas a aumentar la concienciación de la población respecto de la violencia contra la mujer, al considerar que esta se perpetúa mediante actitudes patriarcales tradicionales que en ocasiones se encuentran profundamente arraigadas.¹⁸ La violencia sexual también ha sido tratada por el Comité al abordar la cuestión del aborto, expresando preocupación cuando la legislación nacional no contempla excepciones a la prohibición absoluta del aborto en casos de violación.¹⁹

En varias oportunidades el Comité ha expresado su seria preocupación por actos de violencia contra mujeres y niñas, incluida la violencia sexual y en particular la violación, en situaciones de conflicto armado o en zonas con fuerte presencia militar.²⁰ En este sentido, el Comité ha recomendado que los Estados Parte velen por que se investiguen las denuncias de violencia sexual y por razón de género y otras violaciones de los derechos humanos de las mujeres cometidas por miembros de las fuerzas armadas o grupos armados, y que los presuntos responsables sean enjuiciados.²¹ También ha pedido que se reconozca expresamente y se proteja de forma adecuada a las mujeres víctimas de violencia sexual durante un conflicto mediante la asignación de recursos que les garanticen el acceso a prestaciones sociales adecuadas.²²

El Comité considera el acoso sexual como una forma de violencia contra la mujer. En las Observaciones Finales en las que el Comité trata situaciones de acoso sexual en lugares de trabajo y centros de enseñanza,²³ se suele señalar la gravedad del problema y su persistencia a pesar de la existencia de leyes y/o planes específicos.²⁴

17. A/57/38, párr. 332 (Portugal, 2002).

18. A/57/38, párrs. 145-146 (Trinidad y Tobago, 2002).

19. A/54/38/Rev.1, párr. 393 (Colombia, 1999).

20. CEDAW/C/RWA/CO/7-9, párrs. 24-25 (Ruanda, 2017); CEDAW/C/LKA/CO/8, párr. 24 (Sri Lanka, 2017); CEDAW/C/PHL/CO/7, párr. 25 (Filipinas, 2007); CEDAW/C/IND/CO/4-5, párr. 12 (India, 2014); CEDAW/C/BIH/CO/3, párrs. 37-38.

21. CEDAW/C/MLI/CO/6-7, párrs. 23-24 (Mali, 2016).

22. CEDAW/C/BHI/CO/3, párr. 38 (Bosnia y Herzegovina, 2006).

23. CEDAW/C/MEX/CO/6, párr. 14 (México, 2006); CEDAW/C/BGD/CO/8, párr. 28 (Bangladesh, 2016); A/57/38 (Parte II), párrs. 51-52 (Suriname, 2008).

24. CEDAW/C/ECU/CO/7, párrs. 20-21 y 32-33 (Ecuador, 2002); CEDAW/C/RWA/CO/7-9, párr. 35 e) (Ruanda, 2017); CEDAW/C/SWE/CO/8-9, párr. 32 (Suecia, 2016).

Recomendaciones Generales

En sus Recomendaciones Generales N° 19 (1992) y N° 35 (2017)²⁵ sobre la violencia contra las mujeres, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer solicita a los Estados parte incluyan en sus informes iniciales y periódicos información sobre la legislación vigente aplicable a situaciones de violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual, etcétera. También requiere que presenten información relativa a otras medidas adoptadas para erradicar todas las formas de violencia contra la mujer, los servicios de apoyo para las mujeres que son objeto de agresiones y datos estadísticos sobre este tipo de delitos.

Conforme indicó el Comité en la Recomendación N° 35, a la fecha, la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario (párr. 2). En el camino hacia este resultado, la Recomendación General N° 19 ha adoptado un papel clave como auténtico catalizador de aquel proceso en los últimos veinticinco años. En efecto, ya en 1992 el Comité había realizado un avance fundamental en la construcción del *corpus iuris* de los derechos de las mujeres al pronunciarse sobre el estrecho vínculo entre la discriminación contra las mujeres y la violencia por razón de género, la cual definió como aquella “violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”.²⁶ Este tipo de violencia incluye actos que “infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad...”²⁷ En el párrafo 9 de la Recomendación N° 19 se señala que “de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a actos cometidos por los gobiernos o en su nombre”, y que

... en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir

25. CEDAW/C/GC/35. La Recomendación General No. 35 complementa y actualiza la Recomendación General N° 19, ofreciendo orientación adicional para proceder a la progresiva eliminación de la violencia contra las mujeres. En esta recomendación el Comité detalla las obligaciones de los Estados parte en relación con la violencia por razón de género contra las mujeres, ver párrs. 21-26.

26. Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, párr. 6.

27. *Ibidem*.

la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

Asimismo, indica que los Estados parte también deben adoptar todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia (párr. 24).

Comunicaciones o dictámenes

En virtud del Protocolo Facultativo de la *CEDAW*, una vez agotados los recursos internos, el Comité está facultado para evaluar las comunicaciones o denuncias que recibe de individuos o grupos de personas sobre presuntas violaciones a la Convención. Varios de sus dictámenes tratan quejas individuales relativas a casos de violencia de género contra las mujeres, incluida la violencia doméstica y sexual. Si tomáramos una fotografía de este conjunto de casos, advertiríamos que las principales violaciones a la Convención por parte de los Estados que determina el Comité están contenidas en los artículos 2 (obligación de respeto y garantía),²⁸ 3 (adopción de medidas para asegurar el desarrollo de las

28. *CEDAW*, art. 2: “Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

mujeres),²⁹ 5 (eliminación de estereotipos)³⁰ y 16 (eliminación de la discriminación contra las mujeres en la esfera del matrimonio y de las relaciones familiares).³¹ Los principales casos individuales en los que el Comité *CEDAW* se pronunció sobre estas temáticas son los siguientes:

- “M. W. c/ Dinamarca”.³² La autora de la comunicación alegaba que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley no sólo

29. *CEDAW*, art. 3: “Los Estados Parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

30. *CEDAW*, art. 5: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para: 1. a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. 2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial”.

31. *CEDAW*, art. 16: “adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

32. *CEDAW/C/63/D/46/2012*, dictamen aprobado el 22/02/2016.

no la protegieron de las amenazas, el hostigamiento, el acoso y el maltrato mental y físico a los que le sometía su expareja, quien había secuestrado a su hijo en Austria, sino que además la discriminaron por ser extranjera. El Comité concluyó que el Estado parte no actuó con diligencia debida para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia y proteger a la autora y a su hijo. Por ello consideró que el Estado parte había vulnerado los derechos de la autora y de su hijo dimanantes de los artículos 2 d), 5 a) y b) y 16, párrafo 1 d), de la CEDAW.

- “X. e Y. c/ Georgia”.³³ Las autoras de la comunicación, X y su hija Y, alegaban ser víctimas de una violación por Georgia de sus derechos dimanantes de los artículos 1, 2 b) a f) y 5 a) de la Convención. A pesar de las numerosas denuncias presentadas por X contra su marido por conducta violenta y abusos sexuales a dos de sus hijos, incluida Y, la policía se había limitado a solicitar que este se comprometiera por escrito a no volver a emplear violencia contra su mujer, mientras que la Fiscalía se negó en repetidas oportunidades a investigar las denuncias o a formular cargos. El Comité consideró que se habían infringido los derechos de las autoras en virtud del artículo 2 b) a f), conjuntamente con el artículo 1 y el artículo 5 a) de la Convención, así como la Recomendación General N° 19 del Comité.
- “Ángela González Carreño c/ España”.³⁴ La autora de la comunicación denunció que el Estado parte no había actuado de manera diligente ante los actos de violencia doméstica cometidos por su ex-marido contra ella y su hija y que resultaron en el asesinato de la menor. El Comité consideró que el Estado parte había infringido los derechos de la autora y de su hija fallecida en virtud de los artículos 2 a) a f), 5 a) y 16 párrafo 1 d) de la Convención, leídos conjuntamente con el artículo 1 de la Convención y la Recomendación General N° 19 del Comité.
- “Isatou Jallow c/ Bulgaria”.³⁵ La autora de la comunicación, nacional de Gambia, presentó la queja en su nombre y en el de

33. CEDAW/C/61/D/24/2009, dictamen aprobado el 13/07/2015.

34. CEDAW/C/58/D/47/2012, dictamen aprobado el 16/07/2014.

35. CEDAW/C/52/D/32/2011, dictamen aprobado el 23/07/2012.

su hija; fue sometida a violencia psicológica y física, incluidos abusos sexuales, por parte de su marido, nacional búlgaro, quien también habría abusado sexualmente de la menor. La autora afirmaba que el Estado parte contravino los artículos 1, 2, 3, 5 y 16, párrafo 1, apartados c), d), f) y g) de la Convención como resultado del trato discriminatorio que ella y su hija, como mujeres, recibieron de las autoridades búlgaras, y por no protegerlas de la violencia doméstica y por no castigar al agresor. El Comité dictaminó que el Estado parte no había cumplido con sus obligaciones vulnerando los derechos que conferían a la autora y su hija el artículo 2, apartados b) a f), el artículo 5, apartado a) y el artículo 16, apartados c), d) y f), interpretados junto con los artículos 1 y 3 de la Convención.

- “V. K. c/ Bulgaria”.³⁶ La autora de la comunicación alegaba que el Estado parte no le había proporcionado una protección efectiva frente a los frecuentes actos de violencia doméstica cometidos por su esposo durante su matrimonio. El Comité estimó que el Estado parte no había dado cumplimiento a sus obligaciones y, en consecuencia, había infringido los derechos de la autora en virtud del artículo 2 c), d), e) y f), conjuntamente con el artículo 1 y el artículo 5 a), conjuntamente con el artículo 16, párrafo 1, de la Convención, así como la Recomendación General N° 19 del Comité.
- “Tayag Vertido c/ Filipinas”.³⁷ La autora de la comunicación denunció que tras haber sido víctima de una violación fue objeto de discriminación de género en el marco del proceso penal seguido contra el presunto responsable de la agresión sexual. El Comité determinó que el Estado parte había violado los derechos de la autora establecidos en los artículos 2 c) y f) y 5 a), junto con el artículo 1 de la Convención y la Recomendación General N° 19 del Comité.
- “Goekce (fallecida) c/ Austria”.³⁸ Los autores de la comunicación denunciaron que el Estado parte no había adoptado todas

36. CEDAW/C/49/D/20/2008, dictamen aprobado el 25/07/2011.

37. CEDAW/C/46/D/18/2008, dictamen aprobado el 16/07/2010.

38. CEDAW/C/39/D/5/2005, dictamen aprobado el 06/08/2007.

las medidas adecuadas para proteger a Şahide Goekce de la violencia doméstica que sufría. A pesar de las órdenes de expulsión y otras medidas cautelares dictadas contra su marido, la Fiscalía rechazó en repetidas ocasiones las peticiones de detención formuladas por la policía. El 7 de diciembre de 2002, Mustafa Goekce asesinó a su mujer en presencia de sus dos hijas menores entregándose horas después a la policía. El Comité consideró que se había violado el derecho a la vida y a la integridad física y mental de la difunta Şahide Goekce con arreglo al apartado a) y los apartados c) y f) del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención, considerados en conjunción con el artículo 1 de la Convención y la Recomendación General N° 19 del Comité.

- “Fatma Yildirim (fallecida) c/ Austria”.³⁹ Los autores de la queja denunciaban que el Estado parte no tomó las medidas positivas necesarias para proteger el derecho a la vida y a la seguridad personal de Fatma Yildirim, asesinada en septiembre de 2003 por su marido tras una serie de incidentes violentos y amenazas graves. En particular, los autores alegaban que la comunicación entre la policía y la Fiscalía no permitió a esta evaluar debidamente el peligro que planteaba el marido de la víctima y que en dos ocasiones la Fiscalía tendría que haber solicitado al juez de instrucción que emitiera una orden de detención. El Comité concluyó que los hechos examinados revelaban una violación de los derechos de la mujer fallecida a la vida y la integridad física y mental en virtud de los apartados a) y c) a f) del artículo 2, y el artículo 3 de la Convención, en conjunción con el artículo 1 y la Recomendación General N° 19 del Comité.
- “A. T. c/ Hungría”.⁴⁰ La autora de la comunicación denunciaba la pasividad de las autoridades del Estado parte frente a los episodios de violencia doméstica y amenazas graves que sufría por parte de su marido. El Comité consideró que el Estado parte no había cumplido sus obligaciones infringiendo así los derechos de la autora reconocidos en los apartados a),

39. Ídem.

40. 002/2003, dictamen aprobado el 26/01/2005.

b) y e) del artículo 2 y en el apartado a) del artículo 5 junto con el artículo 16 de la Convención.

- “Reyna Trujillo Reyes y Pedro Arguello Morales c/ México”.⁴¹ Los autores de la comunicación, ciudadanos mexicanos, la presentaron en relación con su hija fallecida. Alegaban que, en el curso de la investigación de la muerte de su hija, el Estado parte había violado los artículos 1, 2, 3, 5 y 15 de la Convención. Pilar Arguello Trujillo fue asesinada el 3 de septiembre de 2012. Su cadáver presentaba señales de violencia sexual y otras lesiones y había sido abandonado a la vista en un lugar público, portando en sí diversas características propias de un femicidio. Los autores denunciaban la falta de acceso a mecanismos judiciales y administrativos adecuados y efectivos para la correcta investigación de la muerte de su hija, lo que habría contribuido a la impunidad de los presuntos culpables. El Comité dictaminó que los hechos sometidos a su consideración ponían de manifiesto la vulneración de los derechos de Pilar Arguello Trujillo en virtud del artículo 2 b) y c) y del artículo 5, leídos conjuntamente con el artículo 1 de la Convención. Habiendo llegado a dicha conclusión, el Comité decidió no examinar la denuncia de los autores en virtud de los artículos 3 y 15 por los mismos hechos.
- Otros dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer relativos a casos de violencia de género incluyen: “A. S. c/ Hungría”;⁴² “Abramova c/ Belarús”;⁴³ “Kell c/ Canadá”⁴⁴ (caso de discriminación múltiple de una mujer aborigen víctima de violencia doméstica); “S.V.P c. Bulgaria”;⁴⁵ “R.P.B. c. Filipinas”;⁴⁶ “Belousova c/ Kazajstán”;⁴⁷ y “L.R. c/ la República de Moldova”.⁴⁸

41. CEDAW/C/67/D/75/2014, dictamen adoptado el 21/07/2017.

42. CEDAW/C/36/D/4/2004, dictamen aprobado el 14/08/ 2006.

43. CEDAW/C/49/D/23/2009, dictamen aprobado el 25/07/2011.

44. CEDAW/C/51/D/19/2008, dictamen aprobado el 28/02/2012.

45. CEDAW/C/53/D/31/2011, dictamen aprobado el 12/10/2012.

46. CEDAW/C/57/D/34/2011, dictamen aprobado el 21/02/2014.

47. CEDAW/C/61/D/45/2012, dictamen aprobado el 13/07/ 2015.

48. CEDAW/C/66/D/58/2013, dictamen aprobado el 28/02/2017.

Investigaciones

El artículo 8 del Protocolo establece que el Comité podrá iniciar investigaciones de carácter confidencial sobre situaciones que revelen “violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención”. Eventualmente, si el Estado parte en cuestión lo autoriza, el procedimiento puede incluir una visita *in loco* a su territorio.

En los informes sobre México,⁴⁹ Canadá⁵⁰ y Filipinas,⁵¹ preparados por el Comité CEDAW en virtud del artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención, se examinan situaciones de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica y la violencia sexual.

Comité de Derechos Humanos

Observaciones Finales

El Comité ha adoptado numerosas Observaciones Finales en las que se examinan situaciones de violencia doméstica. Sus preocupaciones al respecto incluyen: la ausencia de legislación específica que prohíba expresamente y sancione la violencia en el hogar;⁵² o la persistencia de este tipo de violencia a pesar de existir legislación aplicable en la materia;⁵³ el aumento y/o los altos índices de violencia doméstica;⁵⁴ el reducido número o ausencia de enjuiciamientos y sentencias;⁵⁵ y la dependencia económica como factor de vulnerabilidad.⁵⁶ De la misma manera, también ha manifestado su preocupación frente a otras

49. CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 2005.

50. CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 2015.

51. CEDAW/C/OP.8/PHL/1, 2015.

52. CCPR/CO/77/MLI, párr. 12 (Mali, 2003); CCPR/CO/79/LKA, párr. 20 (Sri Lanka, 2003); CCPR/CO/83/GRC, párr. 7 (Grecia, 2005).

53. CCPR/CO/74/SWE, párr. 7 (Suecia, 2002).

54. CCPR/C/79/Add.120, párr. 8 e) (Mongolia, 2000); CCPR/CO/79/LKA, párr. 20 (Sri Lanka, 2003); CCPR/CO/80/LTU, párr. 9 (Lituania, 2004).

55. CCPR/C/79/Add.120, párr. 8 e) (Mongolia, 2000).

56. CCPR/C/MDG/CO/3, párr. 11 (Madagascar, 2007).

formas de violencia de género como el acoso sexual,⁵⁷ la esterilización forzada,⁵⁸ la mutilación genital femenina⁵⁹ o la prohibición del aborto en casos de violación o incesto.⁶⁰

Por estas razones, en sus Observaciones Finales el Comité ha recomendado a los Estados parte: reforzar la eficacia de la legislación y políticas existentes;⁶¹ tipificar como delito la violación en el matrimonio;⁶² organizar campañas de sensibilización sobre todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica;⁶³ brindar la formación adecuada a los funcionarios encargados de aplicar la ley;⁶⁴ y derogar la legislación que imponga penas menos severas en el caso de homicidios por motivos de honor.⁶⁵

Observaciones Generales

A través de sus Observaciones Generales, el Comité de Derechos Humanos ha estudiado ciertos hechos constitutivos de violencia de género como actos de tortura. Así, en su Observación General N° 28 (2000) sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 3 del Pacto), el Comité señaló que

... a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (prohibición de torturas, actos crueles, inhumanos o degradantes), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. [...] La información proporcionada por los Estados Parte acerca de todas estas cuestiones deberá referirse también a las medidas de protección que existan,

57. CCPR/C/BGD/CO/1, párr. 17 (Bangladesh, 2017).

58. CCPR/C/SVK/CO/4, párr. 26 (Eslovaquia, 2016).

59. CCPR/C/BFA/CO/1, párrs. 15-16 (Burkina Faso, 2016).

60. CCPR/C/MAR/CO/6, párr. 21 (Marruecos, 2016).

61. CCPR/CO/80/LTU, párr. 9 (Lituania, 2004).

62. CCPR/CO/71/UZB, párr. 19 (Uzbekistán, 2001); CCPR/CO/79/LKA, párr. 20 (Sri Lanka, 2003).

63. Ídem.

64. CAT/C/GHA/CO/1, párr. 22 (Ghana, 2011).

65. CCPR/CO/84/SYR, párr. 16 (Siria, 2005); CCPR/CO/84/YEM, párr. 12 (Yemen, 2005).

incluyendo los recursos judiciales para proteger a la mujer cuyos derechos en virtud del artículo 7 hayan sido vulnerados.⁶⁶

Dictámenes

El Comité de Derechos Humanos no ha adoptado dictámenes relativos a casos de violencia doméstica a través del procedimiento de Comunicaciones individuales. No obstante, en algunos de ellos se señala la obligación de los Estados parte en el Pacto de proteger el derecho del individuo a la seguridad de su persona (art. 9.1) de los ataques de particulares (“Delgado Páez *c/ Colombia*”⁶⁷ y “Jayawardena *c/ Sri Lanka*”).⁶⁸

En efecto, recientemente, en “*X. c/ Sri Lanka*”,⁶⁹ el Comité adoptó un dictamen relativo a una queja en la que la autora, de la etnia tamil india, denunciaba haber sido secuestrada en 2001, cuando tenía 17 años, por dos hombres cingaleses que la habían violado posteriormente. La autora alegaba que la violación sufrida era de suficiente gravedad para constituir tortura, sobre la triple base de la discriminación por motivos de origen étnico, la pertenencia a una minoría y el sexo. Manifestaba también que llevaba esperando más de 11 años para acceder a un recurso efectivo como consecuencia de la demora excesiva en el enjuiciamiento de los hechos por parte de los tribunales. Asimismo, sostenía que el hecho de que el Estado parte no hubiera adoptado medidas eficaces a raíz de su violación entrañaba una vulneración de los artículos 2, párrafos 1 y 3 (no discriminación y acceso a recursos judiciales), 7 (prohibición de tortura), 24 (derechos de la niñez) y 26 (protección igual ante la ley) del Pacto, debido al trato discriminatorio recibido por parte de las autoridades, quienes no le habrían brindado la protección debida por su condición de mujer tamil. Finalmente, el

66. CCPR/HRI/GEN/1/Rev.9, párr. 11. El Comité ha adoptado otras Observaciones Generales que también pueden ser de interés en el análisis de casos de violencia doméstica: las Observaciones Generales N° 36 (2018) y N° 6 (1982) sobre el derecho a la vida (art. 6 del Pacto), el párr. 13 de la Observación General N° 20 (1992) sobre la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), el párr. 9 de la Observación General N° 19 (1990) sobre la familia (art. 23) y la Observación General N° 35 (2014) sobre la libertad y seguridad personales (art. 9).

67. CCPR/C/39/D/195/1985, párrs. 5.5 y 5.6.

68. CCPR/C/75/D/916/2000, párrs. 3.1-3.3 y 7.2-7.3.

69. CCPR/C/120/D/2256/2013, dictamen aprobado el 27/07/2017.

Comité dictaminó que los hechos examinados revelaban una violación por parte del Estado parte del artículo 7, leído por separado y conjuntamente con el artículo 2, párrafo 2 (deber de adecuar el derecho interno), y del artículo 26, leído por separado, del Pacto.

También en 2017, en “Purna Maya c/ Nepal”⁷⁰ el Comité examinó un caso de tortura y abuso sexual (violación en grupo) cometidos por oficiales del Ejército Real de Nepal contra una presunta simpatizante maoísta. La autora de la comunicación afirmaba que se habían vulnerado los derechos que la asistían en virtud de los artículos 2 (párrafos 1 y 3); 3 (igualdad en el ejercicio de los derechos); 7; 9 (libertad personal); 10, párrafo 1 (trato digno a personas privadas de libertad); y 26 del Pacto. El Comité dictaminó que los hechos ponían de manifiesto una violación por el Estado parte del artículo 7, leído por separado y conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3; del artículo 9; de los artículos 2, párrafo 1; y 3, leído conjuntamente con los artículos 7 y 26; del artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con los artículos 7 y 26; y del artículo 9 del Pacto.

Con anterioridad, en “L.N.P. c/ Argentina”,⁷¹ el Comité de Derechos Humanos había examinado un caso sobre discriminación a una niña indígena víctima de violación, concluyendo que el Estado parte había incurrido en violaciones de los artículos 3, 7; 14, párrafo 1 (acceso a la justicia); 17 (derecho a la vida privada), 24 y 26; y el párrafo 3 del artículo 2, en relación con todos los anteriores, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Comité contra la Tortura

Observaciones Finales

Las Observaciones Finales del Comité contra la Tortura incluyen el examen de cuestiones relativas a la tortura y los malos tratos, incluidas las agresiones sexuales, contra las mujeres privadas de libertad. En ellas se insta a los Estados parte a garantizar que todos los casos y denuncias sean investigados con prontitud, eficacia e imparcialidad y que los

70. CCPR/C/119/D/2245/2013, dictamen aprobado el 17/03/2017.

71. CCPR/C/102/D/1610/2007, dictamen aprobado el 18/07/ 2011.

autores sean enjuiciados y condenados de acuerdo con la gravedad de sus actos.⁷² También se insta a establecer mecanismos internos para la tramitación de las denuncias,⁷³ a proveer protección y asistencia psicológica y médica a las víctimas,⁷⁴ y a garantizar que las víctimas puedan obtener reparación, incluida una indemnización adecuada.⁷⁵

La violencia sexual perpetrada en tiempo de guerra por miembros de las fuerzas de seguridad, del ejército, milicias o incluso por elementos de grupos armados también ha sido tratada por el Comité bajo este procedimiento.⁷⁶ Ante estas situaciones, el Comité recomienda a los Estados parte interesados a que adopten medidas dirigidas a promover la protección de las mujeres y eliminar la impunidad; llevar a cabo investigaciones prontas, imparciales y exhaustivas; enjuiciar a los autores de tales actos, y –si se establece su culpabilidad– condenarlos a penas proporcionales a la gravedad de los hechos; y proporcionar un resarcimiento adecuado a las víctimas, velando por que tengan acceso a un lugar donde refugiarse, asistencia médica y psicológica, y acceso a servicios de rehabilitación.⁷⁷

Además, el Comité ha expresado en numerosas ocasiones en sus Observaciones Finales su preocupación ante otras situaciones de violencia de género contra las mujeres, en particular respecto de actos u omisiones de autoridades estatales u otros que comprometen la responsabilidad de los Estados parte en el plano internacional. En este sentido, a fin de facilitar el diálogo con las delegaciones, el Comité ha pedido a los Estados parte que le proporcionen de antemano información relativa a las medidas legislativas, administrativas y de otra índole adoptadas para prevenir y combatir todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica. Asimismo, ha solicitado información sobre los servicios locales de protección y apoyo de que disponen las víctimas de la violencia de género. En este orden de

72. CAT/C/IRQ/CO/1, párr. 15 (Irak, 2015).

73. CAT/C/USA/CO/2, párr. 32 (Estados Unidos de América, 2006); CAT/C/USA/CO/3-5, párr. 19 (Estados Unidos de América, 2014).

74. CAT/C/CR/33/1, párr. 7 p) (Argentina, 2004).

75. CAT/C/USA/CO/2, párr. 32 (Estados Unidos de América, 2006).

76. CAT/C/COL/CO/5, párrs. 14-15 (Colombia, 2015); CAT/C/IRQ/CO/1, párr. 13 (Irak, 2015); CAT/C/LKA/CO/3-4, párr. 22 (Sri Lanka, 2011).

77. CAT/C/IRQ/CO/1, párr. 13 (Irak, 2015).

cosas, los Estados parte también deben indicar si han adoptado medidas para garantizar un número suficiente de plazas en los centros de acogida para mujeres y menores víctimas de la violencia doméstica. Se requieren además datos estadísticos, desagregados, por edad y origen étnico o nacionalidad de las víctimas, sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y sentencias dictadas en casos de violencia de género durante el período a examen, así como información sobre las medidas adoptadas para reforzar los programas de formación orientados a sensibilizar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y sobre la violencia sexual y doméstica.⁷⁸

Respecto de la violencia doméstica, el Comité suele señalar la existencia de deficiencias en el marco jurídico aplicable, incluida la reticencia de algunos Estados parte a tipificar este tipo de delitos.⁷⁹ En casos de violación sexual y “delitos de honor”, el Comité ha solicitado la derogación de disposiciones penales que prevean circunstancias atenuantes o exculporias.⁸⁰ La trata de personas con fines de explotación sexual también suele ser motivo de preocupación para este Comité.⁸¹

Observaciones Generales

El Comité contra la Tortura señaló en su Observación General Nº 2, 2007, relativa a la aplicación del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, lo siguiente:

La Convención impone obligaciones a los Estados Parte y no a los individuos. Los Estados son internacionalmente responsables de los actos u omisiones de sus funcionarios y otras personas, por ejemplo, agentes, los contratistas privados y demás personas que actúan a título oficial o en nombre del Estado, en colaboración con este, bajo su jurisdicción y control o de cualquier otra forma al amparo de la ley. Por consiguiente, los Estados Parte deben prohibir, impedir y castigar los actos de tortura y los malos tratos en todas las situaciones de privación o de limitación de

78. CAT/C/GBR/QPR/6, párr. 11 (Reino Unido, 2016).

79. CAT/C/LKA/CO/3-4, párr. 22 (Sri Lanka, 2011).

80. CAT/C/QAT/CO/3, párrs. 45-46 (Qatar, 2018); CAT/C/JOR/CO/3, párr. 39 (Jordania, 2016).

81. CAT/C/PAK/CO/1, párrs. 31-32 (Pakistán, 2017).

libertad, por ejemplo, en las cárceles, los hospitales, las escuelas, las instituciones que atienden a niños, personas de edad, enfermos mentales o personas con discapacidades, así como durante el servicio militar y en otras instituciones y situaciones en que la pasividad del Estado propicia y aumenta el riesgo de daños causados por particulares. Sin embargo, la Convención no limita la responsabilidad internacional que pueda caber a los Estados o los individuos que cometen actos de tortura o infligen malos tratos a la luz del derecho internacional consuetudinario o de los tratados internacionales [...] El Comité ha dejado claro que cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Parte no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas.⁸²

La reciente Observación General N° 4, 2017, sobre la aplicación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura⁸³ en el contexto del artículo 22 (requisitos de admisibilidad), menciona la violencia sexual y por razón de género, así como la persecución basada en razones de género y la mutilación genital femenina entre las situaciones que

82. CAT/C/GC/2, párrs. 15 y 18.

83. Convención contra la Tortura, art. 3: “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

pueden ser indicativas de la existencia de un riesgo de tortura y que deben ser tenidas en cuenta por los Estados parte a la hora de decidir sobre una expulsión (párr. 29 (c)). Además, el Comité considera crucial la existencia en el Estado interesado de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos, incluida una incidencia generalizada de la violencia de género, a fin de determinar si existen razones fundadas para creer que una persona correría riesgo de ser sometida a torturas en caso de ser extraditada o deportada a dicho Estado (párr. 43). Por último, la Observación General N° 4 recoge la violencia contra la mujer, incluida la violación, entre las indicaciones de riesgo personal a la hora de determinar si existen razones fundadas para considerar el riesgo de tortura como previsible, real y personal (párr. 45).

Dictámenes

Al igual que los otros Comités, el Comité contra la Tortura se encuentra facultado para recibir denuncias o comunicaciones de particulares y requerir, en consecuencia, información a los Estados sobre presuntas violaciones a la Convención. Veremos a continuación algunas de las comunicaciones en las que el Comité abordó el crimen de tortura a través del lente de género:

- “Pauline Muzonzo Paku Kisoki c/ Suecia”.⁸⁴ La autora de la comunicación, ciudadana zairense residente en Suecia donde había solicitado asilo, alegaba que su devolución forzosa a Zaire (hoy, República Democrática del Congo) constituiría una violación por Suecia del artículo 3 de la Convención contra la Tortura debido a su condición de asilada. Durante su arresto por las fuerzas de seguridad en octubre de 1990, la autora habría sido violada en su domicilio delante de sus hijos, y habría sufrido torturas y malos tratos hasta su fuga en octubre del año siguiente. Tras examinar las circunstancias del caso, el Comité contra la Tortura consideró que existían motivos fundados para creer que la autora estaría en peligro de ser sometida a torturas si fuera devuelta a su país de origen,

84. CAT/C/16/D/41/1996, dictamen aprobado el 08/05/1996.

concluyendo que dicha devolución constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.

- “G. R. B. c/ Suecia”.⁸⁵ La autora de la comunicación, de nacionalidad peruana y residente en Suecia donde había solicitado asilo, alegaba haber sido víctima de una agresión sexual por parte de miembros de la organización armada Sendero Luminoso. Afirmaba también que su devolución forzada a Perú constituiría una violación por Suecia del artículo 3 de la Convención contra la Tortura. Además, se planteaba al Comité la cuestión de si, con arreglo al párrafo 1 del artículo 16 de la Convención, la devolución forzada constituiría *per se* trato o pena cruel, inhumano o degradante. El Comité, si bien tomó nota con preocupación de la existencia de numerosos informes sobre la práctica de la tortura en Perú, recordó que a los efectos del artículo 3 de la Convención debe existir un peligro previsible, real y personal de que la persona sea sometida a tortura en el país al que es devuelta. Tras el examen de los hechos, el Comité consideró que en este caso no se había probado la existencia de dicho peligro, por lo que dictó que no eran indicativos de una violación del artículo 3. Asimismo, consideró que si bien la autora sufría un grave estrés postraumático, probablemente consecuencia de la violación sufrida, la posible agravación de su estado de salud como consecuencia de su deportación no representaría un trato cruel, inhumano o degradante de la índole a la que se refiere el artículo 16 de la Convención, imputable al Estado parte.
- “S. C. c/ Dinamarca”.⁸⁶ La autora de la comunicación, de nacionalidad ecuatoriana solicitante de asilo en Dinamarca para ella y sus tres hijos menores, afirmaba correr peligro de ser torturada si era devuelta a Ecuador y que su regreso forzoso a ese país supondría una infracción por Dinamarca del artículo 3 de la Convención. Afirmaba haber sido torturada y violada tras su ingreso en prisión en 1997 y que cuando fue liberada la policía le advirtió que abandonara el país. El Estado

85. CAT/C/20/D/83/1997, dictamen aprobado el 15/05/1998.

86. CAT/C/24/D/143/1999, dictamen aprobado el 10/05/2000.

parte no dio credibilidad a las afirmaciones de la autora sobre su presunta violación en detención. De acuerdo con las consideraciones y hechos expuestos por la autora y el Estado parte, el Comité concluyó que no había razones fundadas para creer que la autora corría un riesgo previsible, real y personal de ser sometida a tortura si regresaba a Ecuador. Por ello, estimó que la decisión del Estado parte de devolver a la autora a Ecuador no infringía el artículo 3 de la Convención.

- “G. N. c/ Burundi”.⁸⁷ La autora de la comunicación denunciaba la violación de su hija a la edad de nueve años por un oficial del ejército, así como la ausencia de una investigación efectiva y de reparación. Sostenía que se habían conculcado los artículos 2, párrafo 1,⁸⁸ 12,⁸⁹ 13⁹⁰ y 14,⁹¹ leídos conjuntamente con el artículo 1 y, subsidiariamente, con el artículo 16 de la Convención. El Comité consideró que los hechos ponían de manifiesto una violación de los artículos 12, 13 y 14, leídos por separado y conjuntamente con el artículo 1 de la Convención.

87. CAT/C/60/D/579/2013, dictamen aprobado el 01/05/2017.

88. Convención Contra la Tortura, art. 2 párr. 1: “1. Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.

89. *Ibidem*, art. 12: “Todo Estado parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”.

90. *Ibidem*, art. 13: “Todo Estado parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado”.

91. *Ibidem*, art. 14: “1. Todo Estado parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.

Conclusión

A lo largo de este capítulo, hemos ilustrado a partir de referencias concretas a casos, las diversas facultades que poseen los Comités de Tratados de Naciones Unidas para abordar situaciones que entrañen violaciones a los derechos de las mujeres, fundamentalmente el de vivir una vida libre de violencias. El mandato de los tres Comités aquí analizados (Comité *CEDAW*, Comité de Derechos Humanos y Comité Contra la Tortura) incluye la elaboración de informes sobre la situación en cada país a través de las Observaciones Finales, la resolución de comunicaciones individuales, la interpretación del alcance de los derechos contenidos en las Convenciones o de situaciones específicas a partir de las Recomendaciones u Observaciones Generales, y las investigaciones jurídicas.

En forma preliminar, es menester señalar la importancia de las Recomendaciones Generales N° 35/2017 y 19/1992 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para que los Estados parte adopten las medidas necesarias para prevenir situaciones de violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar y acoso sexual, entre otras prácticas ampliamente extendidas. La violencia no incluye solamente actos o sufrimientos de índole física, mental o sexual, sino también amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. Otro aspecto trascendental es que acarrea responsabilidad internacional de los Estados por actos de agentes públicos y, también, de agentes privados.

Los Comités han manifestado que una de las principales preocupaciones en este ámbito es la elevada incidencia de casos de femicidios y casos de violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia en el hogar, en proporción al reducido número de denuncias y los bajos índices de enjuiciamiento y condena. Estas deficiencias en las investigaciones y la tramitación judicial de los casos, como la irregular disponibilidad y calidad de los servicios de asistencia y protección a las víctimas y la falta de datos estadísticos fiables que permitan evaluar correctamente la situación, comprometen a los Estados parte en las obligaciones asumidas. En este sentido, los Comités han indicado de manera reiterada a los Estados el deber de mejorar la eficacia de la legislación.

A su vez, las reconciliaciones en casos de ruptura matrimonial son especialmente preocupantes en la región, incluidos aquellos casos en

los que se hayan producido episodios de violencia doméstica, caracterizados por actitudes patriarcales y estereotipos discriminatorios.

Por último, también se recomienda aligerar la carga de la prueba que en ocasiones pesa sobre las víctimas que solicitan órdenes de alejamiento, que se garantice su aplicación y se proporcione acceso a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos relacionados con dichas órdenes.

Estas últimas disposiciones son de suma importancia para nuestro sistema de enjuiciamiento penal en materia de protección integral de las mujeres víctimas de violencia en dos aspectos, por un lado, en relación a las medidas de protección de persona o medidas cautelares, y por otro lado, el aspecto vinculado a los estándares probatorios exigidos para imponer una condena por estos hechos, que será analizado en otro capítulo más adelante.

Bibliografía

Naciones Unidas

Comité *CEDAW*

CEDAW/A/54/38, España, 1999.

CEDAW/A/54/38/Rev.1, Colombia, 1999.

CEDAW/A/55/38, Belarús, 2000.

CEDAW/A/56/38, Vietnam, 2001.

CEDAW/A/57/38, Bélgica, 2002.

CEDAW, A/57/38, Estonia, 2002.

CEDAW/A/57/38, Portugal, 2002.

CEDAW/A/57/38, Trinidad y Tobago, 2002.

CEDAW/C/ECU/CO/7, Ecuador, 2002.

CEDAW/C/ERI/CO/3, Eritrea, 2006.

CEDAW/C/BHI/CO/3, Bosnia y Herzegovina, 2006.

CEDAW/C/PHI/CO/6, Filipinas, 2006.

- CEDAW/C/MEX/CO/6, México, 2006.
- CEDAW/A/57/38, Suriname, 2008.
- CEDAW/C/IND/CO/4-5, India, 2014.
- CEDAW/C/MLI/CO/6-7, Mali, 2016.
- CEDAW/C/BGD/CO/8, Bangladesh, 2016.
- CEDAW/C/SWE/CO/8-9, Suecia, 2016.
- CEDAW/C/URY/CO/8-9, Uruguay, 2016.
- CEDAW/C/THA/CO/6-7, Tailandia, 2017.
- CEDAW/C/NGA/CO/7-8, Nigeria, 2017.
- CEDAW/C/ROU/CO/7-8, Rumanía, 2017.
- CEDAW/C/RWA/CO/7-9, Ruanda, 2017.
- CEDAW/C/LKA/CO/8, Sri Lanka, 2017.
- CEDAW/C/36/D/4/2004, dictamen aprobado el 14 de agosto de 2006.
- CEDAW/C/39/D/5/2005, dictamen aprobado el 6 de agosto de 2007.
- CEDAW/C/46/D/18/2008, dictamen aprobado el 16 de julio de 2010.
- CEDAW/C/49/D/20/2008, dictamen aprobado el 25 de julio de 2011.
- CEDAW/C/49/D/23/2009, dictamen aprobado el 25 de julio de 2011.
- CEDAW/C/51/D/19/2008, dictamen aprobado el 28 de febrero de 2012.
- CEDAW/C/52/D/32/2011, dictamen aprobado el 23 de julio de 2012.
- CEDAW/C/53/D/31/2011, dictamen aprobado el 12 de octubre de 2012.
- CEDAW/C/57/D/34/2011, dictamen aprobado el 21 de febrero de 2014.
- CEDAW/C/58/D/47/2012, dictamen aprobado el 16 de julio de 2014.
- CEDAW/C/61/D/24/2009, dictamen aprobado el 13 de julio de 2015.
- CEDAW/C/61/D/45/2012, dictamen aprobado el 13 de julio de 2015.

CEDAW/C/63/D/46/2012, dictamen aprobado el 22 de febrero de 2016.

CEDAW/C/66/D/58/2013, dictamen aprobado el 28 de febrero de 2017.

CEDAW/C/67/D/75/2014, dictamen adoptado el 21 de julio de 2017.

CEDAW, Recomendación General N° 19 sobre La violencia contra la mujer, 29/01/1992.

CEDAW/C/GC/35, Recomendación General N° 35 sobre La violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, 26/07/2017.

Comité de Derechos Humanos (CDH)

CCPR/C/79/Add.120, Mongolia, 2000.

CCPR/CO/71/UZB, Uzbekistán, 2001.

CCPR/CO/74/SWE, Suecia, 2002.

CCPR/CO/77/MLI, Mali, 2003.

CCPR/CO/79/LKA, Sri Lanka, 2003.

CCPR/CO/80/LTU, Lituania, 2004.

CCPR/CO/83/GRC, Grecia, 2005.

CCPR/CO/84/YEM, Yemen, 2005.

CCPR/CO/84/SYR, Siria, 2005.

CCPR/C/MDG/CO/3, Madagascar, 2007.

CCPR/C/102/D/1610/2007, dictamen aprobado el 18/07/ 2011.

CCPR/C/BFA/CO/1, Burkina Faso, 2016.

CCPR/C/SVK/CO/4, Eslovaquia, 2016.

CCPR/C/MAR/CO/6, Marruecos, 2016.

CCPR/C/BGD/CO/1, Bangladesh, 2017.

CCPR/C/119/D/2245/2013, dictamen aprobado el 17/03/2017.

Observación General N° 6 sobre Derecho a la vida (1982).

Observación General N° 19 sobre La Familia (1990).

Observación General N° 20 sobre Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 1992.

Observación General N° 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida (2018).

Comité contra la Tortura (CAT)

CAT/C/CR/33/1, Argentina, 2004.

CAT/C/USA/CO/2, Estados Unidos de América, 2006.

CAT/C/GHA/CO/1, Ghana, 2011.

CAT/C/LKA/CO/3-4, Sri Lanka, 2011.

CAT/C/USA/CO/3-5, Estados Unidos de América, 2014.

CAT/C/IRQ/CO/1, Irak, 2015.

CAT/C/COL/CO/5, Colombia, 2015.

CAT/C/JOR/CO/3, Jordania, 2016.

CAT/C/GBR/QPR/6, Reino Unido, 2016.

CAT/C/PAK/CO/1, Pakistán, 2017.

CAT/C/QAT/CO/3, Qatar, 2018.

CAT/C/16/D/41/1996, dictamen aprobado el 08/05/1996.

CAT/C/20/D/83/1997, dictamen aprobado el 15/05/1998.

CAT/C/24/D/143/1999, dictamen aprobado el 10/05/2000.

CAT/C/60/D/579/2013, dictamen aprobado el 01/05/2017.

Capítulo 5
La doctrina de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos

Introducción

El principio de responsabilidad del Estado por negligencia en la adopción de medidas precisas contra este tipo de violencia, es decir, la violencia de género contra las mujeres y las niñas –incluida la violencia doméstica y la violencia sexual– ha delineado una línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos bien definida. El grupo de casos resueltos por la Corte en esta materia se caracteriza por disponer diversas medidas reparadoras que han promovido que los Estados parte adopten una legislación nacional apropiada y medidas administrativas varias, y cambien sus criterios jurisprudenciales al interior de los poderes judiciales locales.

Entre los problemas o conflictos sobre violencia hacia las mujeres en la región latinoamericana se pueden observar los siguientes:

- la elevada incidencia de casos de violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia en el hogar;
- el reducido número de denuncias y los bajos índices de enjuiciamiento y condena;
- las deficiencias en las investigaciones y la tramitación judicial de los casos;
- la irregular disponibilidad y calidad de los servicios de asistencia y protección a las víctimas;
- la falta de datos estadísticos fiables que permitan evaluar correctamente las situaciones;
- la no adopción por parte de las autoridades de criterios preventivos en casos de reconciliación ante una ruptura matrimonial, o ruptura de cohabitación, así como en aquellos casos en los que haya habido episodios de violencia doméstica.

Entre los remedios o medidas reparadoras que han implementado los Estados en sus distintos niveles, se puede señalar:

- la promulgación de legislación sobre la violencia en el hogar, incluida la violación marital;
- el aligeramiento de la carga de la prueba que en ocasiones pesa sobre las mujeres víctimas que solicitan órdenes de alejamiento, que se garantice su aplicación y se proporcione acceso a asistencia jurídica gratuita en los procedimientos relacionados con dichas órdenes;

- la adopción de medidas para sensibilizar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y de la administración de justicia respecto de todas las formas de violencia contra la mujer.

La doctrina de la Corte Interamericana

Aspectos generales

Al momento de analizar los casos en los que hay víctimas mujeres, la Corte Interamericana ha realizado algunas reflexiones generales que sirven de marco para la interpretación de los derechos violados. Algunos de los temas que ha tratado son: consideraciones sobre la situación de discriminación en la que viven las mujeres y particularmente, los elementos culturales que están sobre la base de una discriminación estructural de derechos humanos, sustentada en consideraciones de género; los roles que les son asignados a las mujeres sobre la base de estereotipos; las particularidades de la violencia de género y de la violencia sexual que sufren de manera desproporcionada las mujeres; la relación entre el cuerpo de las mujeres y la maternidad; las medidas que deben adoptar los Estados para superar esta situación de discriminación estructural.

En el caso “Penal Miguel Castro Castro”,¹ la Corte IDH dispuso la regla de protección especial que pesa sobre el Estado para las *mujeres bajo custodia* del cual es garante, ya que son afectadas de manera desproporcionada por la violencia, y en particular, se refirió a la protección especial que gozan las mujeres embarazadas o en situación de lactancia en relación con las requisas.²

1. Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006, Serie C N° 160. Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco del conflicto armado en el Perú. Entre el 6 y el 9 de mayo de 1992, el Estado peruano ejecutó un operativo denominado “Mudanza 1”, cuya presunta finalidad era el traslado de aproximadamente 90 mujeres recluidas en el centro penal Miguel Castro Castro a centros penitenciarios femeninos. La operación generó la muerte de decenas de internos, así como de muchos heridos. Los internos sobrevivientes fueron objeto de golpes y agresiones. Muchos de los heridos fueron mantenidos sin atención médica por varios días y los heridos que fueron trasladados al hospital no recibieron los medicamentos ni la atención médica que requerían.

2. “Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado

Con posterioridad, en el caso “Campo Algodonero”³ se reconoció la existencia de un patrón de violencia en contra de las mujeres influenciado por una cultura de discriminación basada y arraigada en un estereotipo de inferioridad de la mujer, que tiene como resultado descalificarla como víctima y vedarle su acceso a la justicia.⁴

que ‘no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación’. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, ‘es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada’, y que abarca ‘actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad’”. Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, *op. cit.*, párr. 303.

3. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.* Los hechos del presente caso sucedieron en Ciudad Juárez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo, desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer. Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22/09/2001. Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años de edad, desapareció el 10/10/2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29/10/2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. El 06/11/2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

4. El reconocimiento fue efectuado por el Estado en el trámite del caso y es receptado por la Corte. En el párr. 132 en el que la Corte toma nota de que a pesar de la negación del Estado en cuanto a la existencia de algún tipo de patrón en los motivos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, este señaló ante el CEDAW que “están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad”. Luego el Tribunal cita el Informe Periódico que México remitió al Comité CEDAW para informar sobre las acciones concretas realizadas para mejorar la situación de subordinación de la mujer en México y en Ciudad Juárez. Aquí el Estado había sostenido que “debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de

Es relevante mencionar que aquí por primera vez la Corte señala que la creación y el uso de los estereotipos de género –entendidos como la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente– son causa y consecuencia de la violencia hacia las mujeres. Al respecto precisa que hay un estrecho vínculo entre la subordinación de la mujer y las prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial,⁵ como ocurrió en “Campo Algodonero”. Lo anterior nos permite concluir que el concepto de “cultura de la discriminación” respecto de las mujeres surge claramente en este precedente donde se constata que su permanencia en el tiempo y su reproducción a partir de prácticas y normas influyó en la expansión de la violencia extrema contra las mujeres en aquella ciudad.⁶ Ello se deriva del análisis que efectúa el

desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas”. A continuación, la Corte resalta diversos informes y documentos de terceros que “coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres [...] Por su parte, la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU explica que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de una desigualdad de género arraigada en la sociedad [...] [Hay] fuerzas de cambio que ponen en entredicho las bases mismas del machismo, entre las que incluyó la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, lo cual proporciona independencia económica y ofrece nuevas oportunidades de formarse” Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.*, párrs. 133-134.

5. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.*, párr. 401.

6. En “Campo Algodonero”, la Corte construye el concepto a partir de la definición de la CEDAW que ha declarado que la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada”. El CEDAW agrega que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (párr. 395 y ss. de la sentencia).

Tribunal sobre el patrón de violencia contra las mujeres que se ha manifestado en Ciudad Juárez de manera permanente y creciente, al menos, desde principios de la década de 1990. Así, la Corte identifica el incremento constante de femicidios, cuya modalidad se caracteriza por presentar altos grados de violencia, incluida la sexual, y que en su gran mayoría quedan impunes, como consecuencia de graves deficiencias y desinterés por parte de las autoridades en la etapa de investigación de los crímenes.⁷ La Corte se basa en diversos documentos para sustentar aquella tesis, entre ellos, el informe del Comité CEDAW en su visita a México, en el cual resaltó que

... la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades y que estas situaciones de violencia están fundadas en una cultura de violencia y discriminación basada en el género.⁸

A ello es preciso sumar el preámbulo de la Convención de Belém do Pará que señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (párr. 394). La Corte Interamericana también examina el análisis efectuado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, unos meses antes (en junio de 2009), en “Opuz vs. Turquía” había declarado que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación”. En el caso el Tribunal había constatado que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho que los policías no investigaban los hechos sino que asumían que dicha violencia era un “tema familiar”. Caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.*, párr. 396.

7. “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.*, párr. 164.

8. *Ibidem*, párr. 133.

Finalmente, en el universo de casos que aquí analizamos, resta mencionar el caso “IV” en el que la Corte dispuso la regla de protección en un caso de discriminación contra una mujer por ser el sólo hecho de ser mujer, extranjera y pobre, quien fue víctima de una práctica considerada violencia contra la salud reproductiva en el cuerpo de la mujer, que fue esterilizada sin su consentimiento, basada en un sesgo discriminatorio basado en el sexo.¹⁰

9. Corte IDH, “I.V. vs. Bolivia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/11/2016, Serie C N° 329.

10. Corte IDH, “I.V. vs. Bolivia”, *op. cit.*, párrs. 242-244. “La Comisión sostuvo que ‘el presente caso es un ejemplo de las múltiples formas de discriminación que afectan el goce y ejercicio de derechos humanos por parte de algunos grupos de mujeres, como I.V., en base a la intersección de diversos factores como su sexo, condición de migrantes y posición económica’. Por su parte, la representante de la señora I.V. alegó ante esta Corte que, al ser sometida a una esterilización sin su consentimiento, fue discriminada con base en su condición de i) mujer, ii) pobre, iii) peruana y iv) refugiada”. Luego la Corte añade que “la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales, tal como lo describió el propio médico durante la audiencia. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia [...] el fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente por esta condición en razón que se les asigna socialmente la función reproductora y de planificación familiar. Por otra parte, el hecho de que las mujeres son el sexo con la capacidad biológica de embarazo y parto, las expone a que durante una cesárea sea frecuente la ocurrencia de esterilizaciones sin consentimiento al excluirlas del proceso de adopción de decisiones informadas sobre su cuerpo y salud reproductiva bajo el estereotipo perjudicial de que son incapaces de tomar tales decisiones de forma responsable”. En consecuencia, concluye que “opera la protección estricta del artículo 1.1 de la Convención por motivos de sexo y género, pues las mujeres tradicionalmente han sido marginadas y discriminadas en esta materia”. “Tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”.

Violencia en contra de la mujer: discriminación estructural. Invisibilización

Diversos casos que la Corte resolvió contra México marcan el sendero escogido para avanzar en la consolidación de la jurisprudencia en materia de protección de las mujeres en situación estructural de discriminación. A “Campo Algodonero”, hay que sumar los casos “Fernández Ortega”¹¹ y “Rosendo Cantú”,¹² en los que la Corte estableció que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.¹³ Los hechos de ambos casos remiten a prácticas de violencia sexual cometidas por agentes militares contra mujeres y niñas pertenecientes a comunidades indígenas. Esta línea jurisprudencial luego se irradió al resto de los países de Centroamérica, en particular Guatemala. En 2014 la Corte Interamericana resolvió el caso “María Isabel Veliz Franco”,¹⁴ en el que puso de resalto la responsabilidad del

11. Corte IDH, “Fernández Ortega y otros vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/08/2010, Serie C N° 215. Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero, México. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena *Me’phaa*, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía casi 25 años, estaba casada con el señor Prisciliano Sierra, con quien tenía cuatro hijos. El 22/03/2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos, cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, ingresaron a su casa. Uno de ellos la tomó de las manos y, apuntándole con el arma, le dijo que se tirara al suelo. Una vez en el suelo, otro militar con una mano tomó sus manos y la violó sexualmente mientras otros dos militares miraban. Se interpusieron una serie de recursos a fin de investigar y sancionar a los responsables de los hechos. No obstante, estos no tuvieron éxito.

12. Corte IDH, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C N° 216, párr. 108.

13. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Preámbulo.

14. Corte IDH, “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/05/2014, Serie C N° 277. El 17 de diciembre de 2001, a las 16:00 horas, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la

Estado por la ausencia de medidas y diligencias judiciales eficaces para atender a un caso de desaparición de una niña, y en particular, la ausencia de diligencia para el esclarecimiento de su femicidio. La Corte reconstruyó el contexto de la marcada violencia hacia mujeres y niñas

desaparición de su hija, quien había salido de su casa hacia su trabajo a las 8:00 horas del día anterior y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento 15 años de edad, y vivía con su madre, sus dos hermanos y abuelos. No se acreditó ante la Corte IDH que luego de la denuncia, dependencias o funcionarios realizaran acciones de búsqueda de la niña. El 18 de diciembre de 2001, a partir de una llamada anónima, se encontró un cadáver. El mismo día, la señora Franco Sandoval, luego de ver por televisión noticias sobre lo anterior, acudió a la morgue e identificó el cuerpo, indicando que era el de su hija María Isabel. Luego se estableció que la causa de la muerte había sido un “[t]rauma de cráneo [...] producid[o] por arma blanca”. De acuerdo con la información allegada a la Corte IDH, la investigación de los hechos, iniciada a partir del hallazgo del cuerpo, no había concluido y no derivó en la identificación de posibles responsables. El Estado reconoció que un conflicto de competencia sustanciado entre el 11 de marzo y el 21 de noviembre de 2002 generó un atraso en la investigación. También aceptó, como falta de diligencia, la omisión de aplicación de una medida cautelar en relación a una persona sospechosa, pese a la sugerencia de los investigadores efectuada el 20/02/2002. Cuando se pretendió ubicar de nuevo el paradero de esa persona, cuatro años después, no fue posible hacerlo. Además, en los primeros momentos de la investigación se presentaron diversas irregularidades, a saber: a) falta de aseguramiento del lugar del hallazgo del cadáver; b) falta de rigurosidad en la inspección ocular; c) deficiencias en la elaboración del acta de levantamiento del cadáver; d) traslado inadecuado del cadáver; e) recolección inadecuada de las evidencias y su manejo indebido; f) omisión de aseguramiento de la cadena de custodia de las evidencias, y g) necropsia incompleta. El Estado aceptó que “no se hicieron, o no se hicieron correctamente [...] ciertos exámenes] y la propia necropsia”. Asimismo, luego de tales momentos iniciales, el “allanamiento” a un inmueble en la dirección suministrada por el informante anónimo el 18/12/2001 se realizó después de más de un año y medio de esa fecha, y el análisis de las llamadas telefónicas correspondientes al teléfono celular que tenía María Isabel fue considerado después más de tres años de contar con la información. El Tribunal constató además que, durante todo el tiempo que lleva la investigación, hubo períodos prolongados en que se omitió la realización de diligencias sustantivas de investigación. Aunado a lo expuesto, las autoridades omitieron recabar pruebas pertinentes para determinar la violencia sexual, o las realizaron tardíamente. Al respecto, tal como reconoció el Estado, en el momento de los hechos, no había legislación ni procedimientos específicos para investigar casos de violencia contra la mujer. En algunos informes de la investigación, se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia. Los hechos del caso sucedieron en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala, en el que la existencia de homicidios por razones de género no era excepcional. Para diciembre de 2001, así como en los años siguientes, Guatemala presentaba un alto índice de impunidad general, en cuyo marco la mayoría de los actos violentos que conllevaban la muerte de mujeres quedaban impunes.

en la ciudad de Guatemala en la época de los hechos, la falta de sanción de este tipo de casos caracterizados por quedar en absoluta impunidad y, como tercer factor, subrayó la ausencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos por razón de género. Para la Corte, el incumplimiento en el deber de elaborar estadísticas desagregadas sobre la violencia hacia las mujeres, las características de los delitos y los perfiles de las víctimas revelan la invisibilidad de la problemática y, además, contribuyen a que se perpetúe e incluso se acreciente.¹⁵

Entre los casos del Perú resueltos en el período post Fujimori, uno de los más emblemáticos en materia de protección de los derechos de las mujeres es el caso de “Gladys Espinosa”.¹⁶ En él, la Corte

15. Corte IDH, “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, *op. cit.*, párrs. 65 y ss.

16. Corte IDH, “Espinoza González vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2014. Serie C N° 289. En el marco del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares que se vivió en el Perú entre 1980 y 2000, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyeron una práctica sistemática y generalizada y se utilizaron como instrumento de la lucha contrasubversiva en el marco de investigaciones criminales por los delitos de traición a la patria y terrorismo. En particular, se produjeron numerosos actos que configuraron una práctica generalizada y aberrante de violación sexual y otras formas de violencia sexual que afectó principalmente a las mujeres y se enmarcó en un contexto más amplio de discriminación contra la mujer. Dichas prácticas fueron facilitadas por el permanente recurso a los estados de emergencia y la legislación antiterrorista vigente para la fecha, la cual se caracterizó por la ausencia de garantías mínimas para los detenidos, además de disponer, entre otros, la potestad de incomunicar a los detenidos y el aislamiento celular. En el marco de dicho contexto, el 17/04/1993 Gladys Carol Espinoza González fue interceptada junto con su pareja sentimental Rafael Salgado en Lima por agentes de la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) de la Policía Nacional del Perú (PNP), quienes habían montado el operativo denominado “Oriente”, a fin de dar con los autores del secuestro de un empresario. Ambos fueron trasladados a las instalaciones de la DIVISE y, al día siguiente, Gladys Espinoza fue trasladada a instalaciones de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE). En dichas instalaciones, a la madre de Gladys Espinoza, Teodora González le negaron que aquella estuviera detenida y no le permitieron verla sino hasta aproximadamente tres semanas después. El 26 de abril de 1993 Teodora González presentó un escrito ante la 14° Fiscalía Especial de Terrorismo, mediante el cual solicitó la intervención de un médico legista para verificar la vida y estado de salud de su hija. Dos días después, el entonces Coordinador General de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) denunció ante la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos, y ante la Fiscalía de la Nación, Ministerio Público, que Gladys Espinoza había sido sometida a abuso sexual y maltratos físicos, entre otros, los cuales tendrían una secuencia desde el día de la detención. Durante su permanencia en la DINCOTE Gladys Espinoza fue objeto de atención y tratamiento médico. Al respecto, se emitieron al menos cinco exámenes, informes y

Interamericana abordó la violencia sexual en contra de mujeres privadas de libertad, caracterizándola como una práctica empleada de manera sistemática y generalizada como tortura, trato cruel e inhumano, bajo la bandera de “la lucha contrasubversiva”. Asimismo, estableció que el Estado tiene un deber de protección reforzado respecto de las mujeres que se encuentran bajo su custodia por estar detenidas o arrestadas, por lo cual debe prevenir que sean víctimas de todas las formas de violencia o explotación.¹⁷

certificados médicos, en los cuales se certificó la presencia de lesiones y hematomas en diversas partes del cuerpo. El 25/06/1993 el juez Instructor Militar Especial condenó a Gladys Espinoza como autora del delito de traición a la patria. El 17/02/2003 la Sala Penal Superior de la Corte Suprema declaró nulo todo lo actuado en el proceso penal seguido ante el Fuero Militar por delito de traición a la patria. El 01/03/2004 la Sala Nacional de Terrorismo dictó Sentencia, mediante la cual condenó a Gladys Espinoza por el delito contra la Tranquilidad Pública - Terrorismo. El 24/11/2004 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia impuso a Gladys Espinoza la pena privativa de libertad de 25 años a vencer el 17/04/2018. Gladys Espinoza ha permanecido en diversos establecimientos penitenciarios en el Perú y actualmente continúa reclusa. Entre 1996 y 2001 permaneció en el Establecimiento Penal de Yanamayo. En el marco de los referidos procesos penales y en diversas oportunidades, Gladys Espinoza relató, ante autoridades del Perú, que fue víctima de actos de violencia durante su detención, así como de actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual durante el tiempo en que permaneció en las instalaciones de la DIVISE y la DINCOTE. A su vez, en 2004 se realizó a Gladys Espinoza un “Protocolo de Reconocimiento Médico Legal para la Detección de Lesiones Resultantes de Tortura en Personas Vivas”. A pesar de las numerosas denuncias formuladas desde 1993 en adelante, y de los informes médicos que constataban su estado de salud, no hubo investigación alguna sobre los alegados actos de violencia, y en particular de violencia sexual, perpetrados en contra de Gladys Espinoza. Fue recién el 08/06/2011 cuando la Comisión Interamericana notificó al Perú el Informe de Admisibilidad y Fondo N° 67/11 correspondiente al presente caso, que se puso en marcha el procedimiento que llevó a la investigación a cargo de la Tercera Fiscalía Penal Supra provincial de Lima, la cual dio inicio el 16/04/2012. Una vez realizadas las diligencias investigativas correspondientes en el marco de las cuales el Instituto de Medicina Legal elaboró el 07/01/2014 un “Protocolo de Investigación de Tortura o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes” respecto de Gladys Espinoza, el 30/04/2014 el Fiscal formalizó la denuncia penal ante el Juzgado Penal Nacional de Turno de Lima, y el 20/05/2014, el Primer Juzgado Penal Nacional emitió auto de procesamiento, mediante el cual promovió la acción penal en contra de varias personas por los delitos de secuestro, violación sexual y tortura.

17. *Ibidem*, párr. 223.

Los roles y estereotipos de género

La Corte IDH ha delineado una línea jurisprudencial en materia de *roles asignados y estereotipos de género*, en materia de protección especial a las mujeres. Uno de ellos se refiere al rol de cuidado y rol maternal que es asignado socialmente a las mujeres. En el precedente “Atala Riffo vs. Chile”¹⁸ en particular sostuvo que

... exigirle a la madre [la señora Atala] que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una *concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres*, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.¹⁹

En la misma línea, en el precedente “Fornerón vs. Argentina”²⁰ la Corte se refirió a los roles estereotipados en relación con los lugares

18. Corte IDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, Serie C N° 239. Los hechos del presente caso se inician en 2002, cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la custodia definitiva.

19. *Ibidem*, párr. 140.

20. Corte IDH, “Fornerón e hija Vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, Serie C N° 242. Los hechos del presente caso se inician el 16/06/2000, cuando nace Milagros Fornerón, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó a su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal. Leonardo Aníbal Javier Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de Milagros Fornerón, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Leonardo Aníbal acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento de Milagros Fornerón, el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija.

que se le asignan socialmente a los hombres y a las mujeres, fundamentalmente aquellos vinculados con la paternidad y la maternidad. En el caso, la Corte hizo referencia a las consideraciones que tuvieron las autoridades judiciales nacionales sobre las características del vínculo amoroso entre el padre y la madre biológicos de la niña Milagros. Los jueces locales motivaron parcialmente el rechazo de la guarda al señor Fornerón aludiendo a su estado civil soltero y a “la ausencia de un noviazgo formal de 12 meses”. Para la Corte Interamericana, tales objeciones responden a ideas preconcebidas sobre la idoneidad parental a partir de la eventualidad o duración de los vínculos afectivos, la existencia de “deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación”, los tipos de familia, entre otras circunstancias.²¹

En el conocido precedente “Artavia Murillo”,²² la Corte también fue categórica a la hora de proscribir los estereotipos de género. En aquel caso, la Corte estudió el impacto desproporcionado de estos

El 01/08/2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de Milagros Fornerón. En el procedimiento judicial sobre la guarda, Leonardo Aníbal Javier Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, y manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad. El 17/05/2001 el juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón recurrió la sentencia, y esta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20/11/2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, el 23/12/2005 se otorgó la adopción simple de Milagros Fornerón al matrimonio B-Z.

21. *Ibidem*, párrs. 94 y 99.

22. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2012, Serie C N° 257. Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 03/02/1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 07/04/1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15/03/2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se inte-

sobre la capacidad reproductiva que, a los ojos de la sociedad, con frecuencia definen la condición de ser mujer. Allí sostuvo que los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y que los Estados deben tomar medidas para erradicarlos.²³

Con posterioridad, la Corte retomó el análisis de los estereotipos en el precedente “Velásquez Paiz”;²⁴ señaló su impacto en la falta de

rumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta; y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

23. *Ibidem*, párr. 302.

24. Corte IDH, “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/11/2015, Serie C N° 307. Los hechos del presente caso se enmarcan dentro de un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala e indicaciones de que el mismo era conocido por el Estado. Dicho incremento de violencia homicida contra las mujeres presentó un aumento sostenible a nivel nacional en los años 2004 y 2005, y los niveles de dicha violencia continúan siendo elevados. Por otra parte, se presenta un alto índice de impunidad general en Guatemala, provocando que la mayoría de los actos violentos que conllevan la muerte de mujeres queden impunes. A su vez, se ha documentado la “tendencia de los investigadores a desacreditar a las víctimas y culpabilizarlas por su estilo de vida, o ropa” y la indagación de aspectos relativos a las relaciones personales y sexualidad de las víctimas. Claudina Isabel Velásquez Paiz, de 19 años de edad y estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala, salió acompañada de su hermano rumbo a la Universidad, aproximadamente a las 8:30 a. m. del día 12/08/2005. Por la noche, Claudina Velásquez informó a sus familiares que se encontraba en una fiesta y, tras realizar y recibir diversas llamadas por teléfono celular, alrededor de las 11:45 p. m. sus familiares sostuvieron una última llamada telefónica con ella y, con posterioridad, perdieron contacto. Sus padres comenzaron su búsqueda al ser informados, aproximadamente a las 2:00 a. m. del 13/08/2005, que esta podría encontrarse en peligro, según se los manifestó una persona que acudió directamente al domicilio de la familia para alertarlos de dicha situación. Alrededor de las 2:50 o 2:55 a. m., realizaron una llamada telefónica a la Policía Nacional Civil (en adelante “PNC”) y, en respuesta, una patrulla llegó a la garita principal de la Colonia Panorama aproximadamente a las 3:00 a. m. Una vez que los agentes policiales fueron informados por el padre y la madre de la víctima que se encontraban realizando la búsqueda de su hija tras su desaparición, los padres siguieron a la patrulla policial desde la entrada principal de la Colonia Panorama hasta la entrada de la Colonia Pinares, en donde los agentes de la policía les indicaron que no se podía hacer nada más, que ellos seguirían patrullando y que tenían que esperar por lo menos 24 horas para poder reportar a Claudina Velásquez como desaparecida. Entre las 3:00 y 5:00 a. m., los padres de la víctima continuaron su búsqueda con la ayuda de familiares y amigos. Alrededor de las 5:00 a. m., fueron a la estación de policía para reportar su desaparición pero nuevamente les dijeron que debían esperar 24 horas. Fue recién a las 8:30 a. m., que en la Sub-Estación San Cristóbal 1651 de la PNC, se recibió por

diligencia en la investigación sobre el femicidio de la víctima. Las consideraciones de las autoridades fiscales y judiciales locales a cargo del caso sobre la vestimenta de la víctima, su piercing, la zona en la que fue hallado su cuerpo, revelaron actitudes hostiles y discriminatorias contra Claudina Velásquez Paiz y su familia, revictimizándola y, por ende, culpabilizándola por su propia muerte.²⁵

escrito la denuncia de la desaparición de Claudina Velásquez. Alrededor de las 5:00 a. m., el Cuerpo Voluntario de Bomberos de Guatemala recibió una llamada anónima sobre el hallazgo de un cadáver en la Colonia Roosevelt, por lo que acudieron al lugar. También, dos agentes de la PNC acudieron a dicho lugar, aproximadamente a las 5:30 a. m. Alrededor de las 6:30 a. m., arribaron al lugar la auxiliar fiscal, el médico forense y los Técnicos en Investigaciones Criminalísticas del Ministerio Público, así como miembros de la Unidad de Protección de la Escena del Crimen y de la Unidad Contra Homicidios de Mujeres del Servicio de Investigación Criminal de la PNC. El cuerpo fue identificado “como XX”, se encontraba sobre el asfalto cubierto con una sábana blanca con un casquillo y sangre alrededor. Vestía pantalón de lona color azul, blusa negra, suéter rosado, sandalias negras, ropa interior, portaba un arete en el ombligo, una cadena 3 tipo gargantilla, presentaba una herida de proyectil de arma de fuego con tatuaje en la región de la frente y la ropa manchada de sangre, así como indicios de probable violencia sexual y diversas lesiones en el cuerpo. Los padres de Claudina Velásquez se enteraron del hallazgo del cadáver a través de una llamada telefónica de un amigo de la prima de Elsa Claudina Paiz Vidal, quien les informó que en la morgue del Servicio Médico Forense del Organismo Judicial había un cuerpo no identificado con las características de su hija. Ambos se presentaron a la morgue, en donde alrededor del mediodía del 13/08/2005 y una vez que lo identificaron, les fue entregado el cadáver por el servicio médico forense. Debido a que no se tomaron las impresiones dactilares de Claudina Velásquez en el lugar en que se encontró su cuerpo ni en la morgue del Organismo Judicial, la auxiliar fiscal y los Técnicos de Investigaciones Criminalísticas del Ministerio Público arribaron al lugar donde estaba siendo velado el 13/08/2005 y practicaron la toma de huellas dactilares a pesar de la oposición de sus familiares, bajo amenazas de obstrucción de la justicia. No consta que se haya desplegado actividad alguna por parte de los investigadores del Ministerio Público y de la PNC a raíz de las denuncias sobre la desaparición de Claudina Velásquez presentadas por sus padres aproximadamente a las 3:00 a. m., 5:00 a. m. y 8:30 a. m. ante diversos agentes de la PNC. Tampoco consta reporte policial alguno realizado al respecto, más allá de la boleta de denuncia de desaparición elaborada a las 8:30 a. m. el día 13/08/2005. La investigación penal no inició a partir de las denuncias sobre la desaparición de la víctima, sino que el momento específico de su inicio fue a partir del hallazgo del cuerpo sin vida de Claudina Velásquez.

25. *Ibidem*, párr. 173 y ss.

El cuerpo y la maternidad

En relación con lo anterior, podemos señalar que el *cuerpo y la maternidad* ha sido otro destacado eje jurisprudencial elaborado por la Corte, con especial preocupación en los siguientes precedentes: “Penal Miguel Castro Castro”,²⁶ “Gelman”²⁷ y “Espinoza Gonzales”.²⁸

En el primer precedente, “Penal Miguel Castro Castro”, la Corte sostuvo que el agravamiento de las condiciones de detención afecta de un modo particularmente grave a las mujeres en virtud de sus necesidades biológicas vinculadas a las condiciones sanitarias e higiénicas, la incomunicación, los cuidados especiales que imponen la lactancia, el embarazo y la maternidad (en el caso de las mujeres detenidas gestantes o madres).²⁹

26. Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006.

27. Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C N° 221. Los hechos del presente caso se iniciaron el 27 de junio de 1973 cuando se llevó a cabo un golpe de Estado, el cual se prolongó hasta el 28/02/1985. María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24/08/1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado en dicho centro de detención clandestino y fue ejecutado en 1976. En 1989 sus restos fueron descubiertos. María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976, le fue sustraída su hija recién nacida. Hasta el momento no se conoce sobre su paradero o el de sus restos. El 14 de enero de 1977 la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, María Macarena Tauriño tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman. Como consecuencia de lo anterior, María Macarena Tauriño se sometió, el mismo año, a una prueba de ADN a los efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva en un 99,998%. Los hechos señalados nunca pudieron ser investigados ni sancionados por Uruguay puesto que el 22/12/1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Esta ley fue una amnistía en relación con los delitos cometidos en el período del régimen militar.

28. Corte IDH, “González vs. Perú. Excepciones Preliminares”, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2014.

29. La Corte se refiere a estas cuestiones en el párrafo 319 y siguientes de la sentencia. Al respecto, señala que “Dentro de las graves condiciones de detención se encuentran [...]: desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer al negarles materiales

En el precedente uruguayo, “Gelman”, a modo de *obiter dictum* la Corte se expidió sobre el alumbramiento en condiciones de detención clandestina, poniendo una especial atención respecto al deber estatal de cuidado y protección de la mujer en tales contextos. Sobre el caso puntual de María Claudia García, nuera del peticionario Juan Gelman, determinó que la separación de su esposo y el traslado a Uruguay sin conocer el destino al cual era llevada estando embarazada, constituyó *per se* un acto cruel e inhumano. La Corte señaló que el tratamiento diferencial que le dieron las autoridades militares en el centro clandestino de detención no fue para protegerla sino para garantizar el resultado buscado con su retención ilegal y posterior desaparición: “la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad”. Luego añadió la Corte que este modo de actuación de los agentes estatales:

... revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera [...] que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor.³⁰

En el caso “Espinoza Gonzales”, la Corte criticó duramente el estándar judicial aplicado regularmente en contra de mujeres bajo custodia ya que no se considera suficiente su prueba testimonial para tener por acreditada la violencia sexual que denuncian. Aquí la Corte demostró que en los casos de violencia sexual, las autoridades judiciales en el Perú incurrieron en estereotipación por razón de género en la valoración de la prueba, al restarle valor a las declaraciones de las

de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y post natal; prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales [...] La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres”. Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, *op. cit.*, párr. 319.

30. Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, *op. cit.*, párr. 97.

mujeres víctimas cuando se encontraban acusadas de haber cometido algún delito por considerarlas manipuladoras y no confiables.³¹

La salud reproductiva: fertilización asistida

La fertilización asistida y las libertades en el uso de técnicas reproductivas han sido tratadas exhaustivamente por la Corte en el precedente “Artavia Murillo” como una derivación de la protección especial que gozan las mujeres y, por qué no, también los hombres, ya que la infertilidad puede igualmente afectarlos, sin perjuicio de que el efecto sobre las mujeres tiene un impacto negativo diferenciado. En aquel caso, la Corte visibilizó que, si bien la prohibición de la técnica de la fertilización *in vitro* no estaba dirigida especialmente a las mujeres sino que la disposición se aplicaba por igual a cualquier persona adulta, la medida tenía un impacto negativo desproporcionado sobre ellas en tanto las intervenciones médicas se concretan sobre el cuerpo de las mujeres.³²

Violencia sexual como tortura. Indicios. Excepciones

La *violencia sexual* como *castigo o represión* en contextos de *conflictos armados internos* e internacionales tiene un significado especial en relación con la humillación particular que padecen las mujeres a través de la violencia sexual y la afectación diferencial que, por ende, experimentan, tal como lo ha puesto de relieve la Corte en el caso “Penal Miguel Castro Castro” y en los casos “Plan Masacre de Sánchez”,³³ “Masacres de Río

31. Corte IDH, “Espinoza González vs. Perú”, *op. cit.*, párrs. 268 y ss., especialmente el peritaje de Rebecca Cook.

32. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, *op. cit.*, párrs. 299-300.

33. Corte IDH, “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, Reparaciones, 19/11/2004, Serie C N° 116. Los hechos del presente caso se refieren a la aldea Plan de Sánchez que se localiza en el Municipio de Rabinal, en la región central de Guatemala. La zona está habitada predominantemente por miembros del pueblo indígena maya, pertenecientes a la comunidad lingüística Achi. Desde 1982, el ejército de Guatemala mantuvo una fuerte presencia en la zona. Alrededor de 268 personas fueron ejecutadas en la masacre, quienes eran en su mayoría del pueblo maya de Achi y algunas eran no indígenas residentes en algunas comunidades aledañas. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

Negro”³⁴ y “Masacres de El Mozote”.³⁵ En estos casos, la Corte observó que

34. Corte IDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 04/09/2012, Serie C N° 250. Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, entre 1962 y 1996. La Comisión de Esclarecimiento Histórico estableció que se cometieron múltiples violaciones de derechos humanos. En ese contexto, se realizaron una serie de masacres que son objeto del caso. Las masacres que involucran el presente caso son las del 04/03/1980 en la capilla de Río Negro, la masacre del 13/02/1982 en la Aldea de Xococ, la del 13/03/1982 en el Cerro de Pacoxom, la del 14/05/1982 en Los Encuentros y la masacre del 14/09/1982 en Agua Fría. El 04/03/1980 fueron ejecutados siete líderes de la comunidad Río Negro; otros dos líderes fueron también ejecutados ese mismo día. El 13/02/1982 aproximadamente 70 personas, entre hombres, mujeres y niños, de la comunidad de Río Negro fueron trasladadas a Xococ, de las cuales sólo regresaron 2 personas a Río Negro. El 13/03/1982, los patrulleros y soldados escarbaron una fosa y procedieron a matar a las personas de Río Negro que se encontraban presentes. Los cadáveres de las personas masacradas fueron lanzados a una quebrada cercana o a una fosa. Durante la masacre, los patrulleros y militares escogieron a 17 niños de la comunidad de Río Negro que fueron obligados a vivir con miembros de la Comunidad Xococ. En la masacre del 14/05/1982 fueron asesinadas por lo menos 79 personas y luego el 14/09/1982, 92. Las personas que lograron escapar de las distintas masacres perpetradas se refugiaron en las montañas, algunos por años, despojados de todas sus pertenencias, durmiendo a la intemperie y moviéndose continuamente a fin de huir de los soldados y patrulleros que los perseguían aún después de las masacres. Además, los integrantes de la comunidad de Río Negro experimentaron severas dificultades para encontrar comida, a la vez que varios niños y adultos murieron de hambre pues el ejército y los patrulleros destruían los sembradíos que lograban tener. Algunas mujeres dieron a luz en la montaña, y sólo pudieron registrar a sus hijos tiempo después, con fechas y lugares de nacimiento falsos, para protegerlos. Al entrar en vigor una ley de amnistía del año 1983, algunos sobrevivientes de las masacres fueron reasentados por el gobierno en la colonia Pacux, ubicada detrás del destacamento militar de Rabinal. Sin embargo, continuó en dicho lugar. Al menos 289 sobrevivientes de las masacres de Río Negro aún residen en la colonia semiurbana de Pacux, cuyas condiciones de vida son precarias y las tierras no son adecuadas para la agricultura de subsistencia. Además, el reasentamiento implicó la pérdida de la relación que la comunidad tenía con su cultura, recursos naturales y propiedades y del idioma Maya Achí.

35. Corte IDH, “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/10/2012, Serie C, N° 252. Los hechos del presente caso sucedieron entre el 11/12/1982 y el 13/12/1982 cuando la Fuerza Armada de El Salvador con el apoyo de la Fuerza Aérea salvadoreña realizó una serie consecutiva de ejecuciones masivas, colectivas e indiscriminadas de civiles, en el caserío El Mozote, el cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles y Jocote Amarillo, así como en el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz. Estos ataques se dieron en el marco de una supuesta operación de contrainsurgencia que formaba parte de una política de “tierra arrasada” planificada y ejecutada por el Estado. Tras doce años de conflicto armado, el 16/01/1992 se firmó el Acuerdo de Paz que puso fin a las hostilidades entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN. El 23/01/1992, la Asamblea Legislativa de la República

la violencia sexual cometida contra las mujeres tiene un efecto devastador sobre ellas, difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que sucede con otras experiencias traumáticas y que, además, en aquellos contextos tiene por finalidad la de dar un mensaje o lección a la comunidad.³⁶ Añadió que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas, e incluso, sociales:

Las mujeres que fueron objeto de violencia sexual por parte de agentes del Estado el día de la masacre y que sobrevivieron a la misma, continúan padeciendo sufrimientos por dicha agresión. La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio. Además, la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia.³⁷

Ello es aún más gravoso cuando las mujeres se hallan detenidas, es decir, sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, y

de El Salvador dictó el Decreto Legislativo N° 147 denominado “Ley de Reconciliación Nacional”. El 20/03/1993, cinco días después de la presentación del Informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa dictó la denominada “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz”.

36. En el caso de los conflictos armados internos de la región centroamericana, la Corte ha señalado que “las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual”. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u “operaciones de tierra arrasada”, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Además, cabe señalar que según la CEH, cuando eran perpetradas en contra de comunidades mayas, “las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [...] y personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad”. Corte IDH, caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, *op. cit.*, párr. 59. También el caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, *op. cit.*, párrs. 164-165.

37. Corte IDH, “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, *op. cit.*, párr. 49. 19.

la violencia proviene precisamente de las fuerzas de seguridad.³⁸ Estas consideraciones condujeron a la Corte en diversos casos a considerar a la violencia sexual en contra de las mujeres detenidas como una forma de tortura a la luz del artículo 5 de la Convención Americana y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,³⁹ teniendo en cuenta su configuración a partir de la intencionalidad de los hechos, la severidad del sufrimiento y la finalidad del acto, así como las circunstancias específicas.

No obstante, la Corte IDH ha sido muy clara y categórica al delimitar el concepto de violencia en contra de la mujer, delineando aquellos casos en los cuales es menester demostrar y evidenciar que la agresión es dirigida especialmente en contra de la mujer por su condición de tal o que la afectación es especial o desproporcionada. No cualquier hecho violento que padezca una mujer constituirá una violación al artículo 7 apartado b de la Convención de Belem Do Pará. En efecto, esta doctrina surge del precedente “Perozo”⁴⁰ y luego fue ratificada en el caso “Ríos”,⁴¹ en el cual sostuvo que los representantes de las víctimas no acreditaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su condición de mujeres sino solamente que las agresiones se debieron al ejercicio de la actividad periodística, no a otra condición personal.

Contrariamente a lo sostenido en aquellos precedentes, en “Campo Algodonero” la Corte hizo mérito en la prueba de informes de la

38. Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, *op. cit.*, párrs. 223-224, 307 y 311. En el mismo sentido, Corte IDH, “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/02/2017, Serie C, N° 333, párr. 255.

39. Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, *op. cit.*, párrs. 312-313; Corte IDH, “Fernández Ortega y otros vs. México” *op. cit.*, párrs. 120 a 128 y “Rosendo Cantú y otra vs. México”, *op. cit.*, párrs. 111 a 117.

40. Corte IDH, “Perozo y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/01/2009, Serie C, N° 195, párrs. 295-296.

41. Corte IDH, “Ríos y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/01/2009, Serie C, N° 194, párrs. 279-280. Los hechos se refieren a diferentes actos y omisiones, cometidos por funcionarios públicos y particulares, que constituyeron restricciones a la labor de buscar, recibir y difundir información de 20 personas, todas ellas periodistas o trabajadores de la comunicación social que están o han estado vinculados a RCTV. Dichas personas fueron sujetas a diversas amenazas, actos de hostigamiento y agresiones verbales y físicas, incluidos lesiones por disparos de armas de fuego.

CIDH que daban cuenta de una situación estructural de discriminación sobre la base de un patrón: mujeres jóvenes de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes víctimas de violencia sexual, en un contexto geográfico determinado (Ciudad Juárez).⁴² Esta línea jurisprudencial de casos contra México se consolidó con los precedentes “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú”. Por otro lado, la Corte IDH ha flexibilizado los estándares probatorios, para tener por comprobados aquellos casos de violencia sexual, a los fines de morigerar la rigurosidad del escrutinio estricto sobre la evidencia a la hora de establecer si un caso ha presentado signos de violencia física, equiparándolo a la violencia sexual, tal como lo ha afirmado en el precedente “Veliz Franco” y en el caso “Velásquez Paiz”. En ambos casos, la Corte indicó que la ausencia de investigaciones diligentes impidió dilucidar oportunamente la presencia de violencia sexual. No obstante, resultaba verosímil considerarlo debido a los signos de brutalidad que presentan los cuerpos de las mujeres asesinadas por razones de género y el contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala, caracterizado por un agravamiento del grado de violencia y del señalamiento ejercido contra los cuerpos de muchas de las víctimas.⁴³

Conclusiones

En resumidas cuentas, la Corte ha desarrollado a través de su jurisprudencia un estándar de protección diferenciado a favor de las mujeres cuando se encuentran en condiciones de vulnerabilidad frente a la violencia, desde un enfoque estructural y una visión igualitarista material.

En efecto, no sólo ha analizado el rol de la mujer, los estereotipos de mujer/madre, los usos del lenguaje, o su propia invisibilización, sumergido en situaciones de discriminación estructural, sino que, en particular, ha desarrollado un tratamiento diferenciado resaltando las principales problemáticas que caracterizan la experiencia de las mujeres en cada región de Latinoamérica y el Caribe. En primer lugar, para los casos de México (en relación con las desapariciones de

42. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.*, párr. 230.

43. Corte IDH, “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, *op. cit.*, párr. 178 y “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, *op. cit.*, párr. 192.

mujeres, niñas y adolescentes en Ciudad Juárez y la violencia sexual contra mujeres indígenas en estados militarizados) y Centroamérica, en particular, Guatemala (en relación con las Masacres y operaciones de tierra arrasada de los años ochenta). Asimismo, la Corte ha manifestado una especial preocupación sobre la situación estructural de los “femicidios”⁴⁴ y la ausencia de medios idóneos para registrar o elaborar datos estadísticos, para constatar o verificar la presunción que pesa sobre los países latinos en materia de discriminación estructural de violencia en contra de la mujer, lo que constituiría el concepto de “femi(ni)cidio”.⁴⁵ En segundo lugar, respecto de Sudamérica, los casos de Perú le han permitido al Tribunal asimilar los actos de violencia sexual (cometida contra mujeres detenidas o sospechadas de pertenecer a la guerrilla en el contexto de las situaciones de conflicto armado contemporáneos al fujimorismo) a los actos de tortura, y desarrollar los deberes especiales de protección a cargo de los Estados respecto de las mujeres en custodia, en particular en lo que respecta a las condiciones sanitarias y a los cuidados especiales para los embarazos y períodos de lactancia. Asimismo, los casos resueltos contra Brasil beneficiaron una flexibilización de los estándares probatorios con relación a los casos de violencia sexual en femicidios. Finalmente, el caso “Gelman” (Uruguay) es representativo de la particular afectación que sufrieron las mujeres detenidas-desaparecidas, muchas de ellas cursando un embarazo, en el marco del Plan Cóndor.

Bibliografía

Corte IDH

“Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, Reparaciones, 19/11/2004, Serie C N° 116.

44. El concepto es empleado en el sentido de la acción de asesinar a una mujer por odio de género.

45. El concepto de feminicidio aquí es equiparado al de genocidio, respecto a una situación estructural y sistemática avalada por los Estados, al omitir adoptar medidas diligentes para prevenir y reducir las cifras de femicidios.

“Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006, Serie C N° 160.

“Ríos y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/01/2009, Serie C N° 194.

“Perozo y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/01/2009, Serie C N° 195.

“González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25/11/2009, Serie C N° 205.

“Fernández Ortega y otros vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/08/2010, Serie C N° 215.

“Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C N° 216.

“Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C N° 221.

“Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, Serie C N° 239.

“Fornerón e hija vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, Serie C N° 242.

“Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 04/09/2012, Serie C N° 250.

“Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/10/2012, Serie C N° 252.

“Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2012, Serie C N° 257.

“Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/05/2014, Serie C N° 277.

“Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2014, Serie C N° 289.

“Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/11/2015, Serie C N° 307.

“I.V. vs. Bolivia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/11/2016, Serie C N° 329.

“Favela Nova Brasilia vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/02/2017, Serie C N° 333.

Capítulo 6
La violencia doméstica en la jurisprudencia
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
La retractación de la víctima

*Delphidius: Oh, ilustre César, si es suficiente con negar,
¿qué ocurriría con los culpables?*

*Juliano: Y si fuese suficiente con acusar,
¿qué les sobrevendría a los inocentes?*¹

Introducción

La justicia porteña cuenta con un sistema de enjuiciamiento procesal penal acusatorio más bien adversarial que, mitigado a su vez, dispone de herramientas procesales que garantizan mejor los derechos de la víctima que el sistema procesal nacional. El tratamiento y el abordaje de la violencia de género en los tribunales porteños han tenido una incidencia trascendental. Ello impone la necesidad de conciliar armónicamente la tensión entre el deber de investigar, perseguir, erradicar y castigar de modo efectivo las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos con los principios de legalidad procesal estricta y el de inocencia, en relación con los diversos sistemas de valoración probatorios del proceso penal.

Este trabajo no pretende aportar una solución unívoca, sino todo lo contrario, abrir el espacio para la discusión que facilite la construcción de patrones o estándares de razonabilidad para disminuir la arbitrariedad en la resolución de estos casos y, por lo tanto, delimitar cuál es el grado de exigibilidad del estándar probatorio aplicable a estos.

La verdad procesal penal y la disminución del error judicial

La búsqueda de la verdad material, indudablemente, está vinculada a la finalidad del proceso, puesto que el recorrido de ese trayecto, es decir, el camino hacia la sentencia, variará de acuerdo al modelo de enjuiciamiento penal constitucional de que se trate, ya sea inquisitivo

1. Se trata de la anécdota relatada por Ammianus Marcellinus, que ilustra la fuerza del principio de la duda en el Derecho Romano, narrado en el célebre caso de la Corte Suprema Norteamericana “Coffin v. United States” (156 U. S. 432, 1895, N° 741). Dig., 50.17.192.1: *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius*. [En caso de duda, seguir la interpretación más benigna es tan justo como seguro].

o acusatorio. En el primer modelo,² los derechos fundamentales son verdaderos obstáculos para asegurar la eficacia de la investigación, mientras que en el segundo modelo las garantías ofrecen resistencia al *ius persecuendi*, comprometiendo aquella búsqueda de acuerdo a la intensidad del programa político criminal, ya sea que se trate de un derecho penal máximo o mínimo.³ Recapitulando, la finalidad del proceso judicial, entonces, no es otra cosa que el correcto establecimiento de los hechos; sin embargo, el respeto de los derechos y garantías no constituye un obstáculo para cumplir dicho fin, sino un apoyo para lograrlo.

Para Carnelutti, de acuerdo a su teoría de la fijación formal de los hechos, la verdad en el proceso se somete a lo que la ley prescribe.⁴ En este sentido, *prueba* es todo aquel hecho que ingresa formalmente en el proceso; por ello, el proceso conduce a la verdad siempre o no lo hace⁵ y, aun cuando la alcance, no será más que un encuentro accidental, pues las normas procesales impiden al juez investigar a plenitud la

2. Si el proceso en realidad pretendiese el descubrimiento de la verdad, entonces no existirían límites que impidiesen al juez declarar probado un hecho conocido fuera del contexto del proceso ni normas que descalificasen determinados medios de prueba. Además, si la verdad fuese el fin del proceso, el juez habría de decidir según la realidad y no se encontraría constreñido por las afirmaciones de las partes.

3. Ferrajoli establece un esquema que permite comprender dos miradas sobre el Derecho Penal en relación al concepto de verdad, en una relación de tensión entre el derecho penal mínimo (acusatorio) y el derecho penal máximo (decisionista o inquisitivo). Esta relación guarda un estrecho vínculo entre la búsqueda de una verdad mínima, propia del sistema acusatorio, y la búsqueda de una verdad máxima o sustancial, refiriéndose a esta última como la búsqueda de una verdad sin límites. Es así que concibe el concepto de verdad mínima como una auténtica garantía de verdad, que se satisface en la medida en que las hipótesis acusatorias, gracias al carácter empírico, permiten el control o refutación respecto del acusado. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 1999, p. 541.

4. "... probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados". Carnelutti, Francesco, *La Prueba Civil* (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 43.

5. "... basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez, para que el proceso de búsqueda de la verdad degenerare en proceso formal de fijación [...] La verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que esta no pueda ser conocida en todo caso y en cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos [...] No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta que se la encuentra, o lo que se busca no es la verdad". *Ibidem* p. 25.

veracidad de los hechos. En otras palabras: “...el hecho silenciado por todas las partes no puede existir y el hecho afirmado por todas ellas no puede dejar de ser real”.⁶

En la doctrina y en la jurisprudencia, sobre todo la anglosajona, ha tomado cierto auge la posición que considera a la verdad como el fin estructural del proceso. Para algunos, las garantías procesales constituyen el medio para alcanzar la verdad, pues limitan la arbitrariedad estatal y judicial, mientras que, para otros, tales derechos son un obstáculo para llegar a ella y, en tal sentido, deberían ser reformados o –al menos– restringidos.⁷

Se suele argumentar que en un proceso judicial la fijación de los hechos tal y como ocurrieron permite la realización de la justicia, confiere legitimidad a la decisión final y genera confianza en el público sobre el sistema judicial. Sin embargo, a veces se omite resaltar que todo esto sólo podría ser logrado a través de un sistema institucional que no sólo asegurase el resultado buscado, sino que además lo procurase por medios legítimos y respetando los derechos del acusado. Sólo así se podría verdaderamente generar confianza en el resultado logrado.⁸

Comúnmente, se ha asociado la liberación del dolor de la víctima con la transferencia que esta hace al Estado de su deseo de venganza y la efectividad de la persecución del agresor. Así, se genera un alivio en la víctima cuando ella puede confiar en el poder del Estado para perseguir y castigar al responsable del delito. Por un lado, el juzgamiento viene a restablecer un orden social; por lo tanto, el alivio de la víctima está

6. El juez está además constreñido por los principios *ne procedat iudex ex officio* y *ne eat iudex ultra petita partium* [no hay juicio sin parte que lo promueva y la sentencia debe atenerse a las pretensiones de las partes]. *Ibidem*.

7. Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 77 y 82; Allen, Ronald y Laudan, Larry, “Deadly Dilemmas”, en *Texas Tech Law Review*, vol. 41, 2008, p. 89. Richard Posner se refiere a la posición de quienes defienden que el derecho a ser escuchado en una acción administrativa es un valor, como una defensa visceral de la equidad; él propone en su lugar que se defienda la equidad porque ayuda a reducir la probabilidad de que se cometan errores fácticos en la decisión. Posner, Richard, “An economic approach to legal procedure and judicial administration”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, N° 2, 1973, p. 401.

8. Allen, Ronald y Laudan, Larry, *op. cit.*, p. 65 y ss.; Taruffo, Michele, *La Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 112. Corte IDH, en el “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, ha reconocido que la averiguación de los hechos no es sólo un derecho de la víctima, sino también de la sociedad, a efectos de prevenir la repetición del delito. Sentencia del 22/02/2002, Reparaciones y Costas, párrs. 76-77.

supeditado al cumplimiento del primer fin, como se verá más adelante. Para el restablecimiento de este orden social no sólo es importante la imposición del castigo sobre el verdadero culpable sino que, además, es necesario que se lo haga con los instrumentos del Derecho; de lo contrario, el desorden no podría restablecer ningún orden. En este sentido, el alivio en la víctima no puede provenir sólo de la efectividad, sino de la institucionalidad encaminada a la persecución. Por otro lado, la transferencia del deseo de venganza al Estado no parece ser un mecanismo efectivo para liberar a la víctima de su dolor, pues si no va acompañado de una disposición de este de conceder al agresor un buen trato y el respeto de sus derechos, la víctima no se liberaría verdaderamente de su deseo de venganza. Debe reconocerse que la liberación de dicho deseo de venganza podría ni siquiera ocurrir en este último escenario, pues los deseos de la víctima pueden volverse incontrolables hasta para ella misma.⁹

Cuando el Estado, por diversas razones, decide dejar libre al culpable, se enfrenta ante la decisión de no condenar, que es una acción que el Estado ejecuta. Quienes distinguen entre acción estatal y acción privada mantienen que el dolor del inocente que resulta condenado es producto de la acción del Estado, mientras que el dolor de la víctima del delito es producto de la acción del delincuente (del particular y no del Estado). Sin embargo, si bien el Estado no es quien provoca este último sufrimiento, aquello no lo hace menos responsable de la forma en que se administra justicia.¹⁰ Quienes sostienen, por otra parte, que se puede rechazar con más firmeza el error de condenar al inocente que el error de absolver al culpable se basan en que el inocente no debe ser usado como un medio para servir al interés general (reducir la criminalidad). Sin embargo, esta teoría ignora que cuando el culpable es absuelto, la víctima del delito también es tratada como un medio para cumplir un fin subsecuente, como es la protección del imperio de la ley y el respeto de la dignidad humana del acusado.

Consecuentemente –y sin perjuicio de coincidir con que el error de condenar a un inocente es más grave que el error de dejar libre a un culpable– lo cierto es que este dilema ético sólo puede resolverse

9. Allen, Ronald y Laudan, Larry, “Deadly Dilemmas”, *op. cit.*, pp. 72-73.

10. Ellos argumentan que el Estado es responsable de la forma en la que se distribuyen los recursos, en particular, al invertir en protección adecuada para el inocente y al no proveer protección suficiente para las víctimas del delito. *Ibíd.*, pp. 81-83.

de modo *intra* sistémico a través del sistema de garantías de impugnación y revisión vía recursiva para la rectificación de los errores judiciales y la disminución del grado de falibilidad.¹¹

En el ámbito del Derecho comparado, es útil examinar los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya función, al no ser un tribunal de cuarta instancia, está lejos de dictaminar qué tipo de pruebas son ilegales¹² o cuándo ciertas pruebas deben ser excluidas del proceso,¹³ dado que las reglas de admisibilidad están sometidas al margen de apreciación de cada Estado. Lo cierto es que determinar si el proceso en su conjunto ha sido justo o injusto depende de la valoración global y el juicio de fiabilidad de la prueba incorporada ilegalmente. Esto involucra –según palabras del Tribunal– *un análisis de la ilegalidad en cuestión y, en los casos en que se haya violado un derecho de la Convención, la naturaleza de dicha violación*.¹⁴ Esta definición negativa

11. Para Dworkin, el error de condenar al inocente es más grave que el error de absolver al culpable, pues en el primer caso se produce un daño moral, no calculable en términos económicos, y cuya ocurrencia tiene lugar aun sin ser conocida. El inocente no debe ser protegido sólo en sentido concreto, es decir, cuando se tiene certeza de que es inocente, sino también en sentido abstracto, cuando no se sabe si es inocente o culpable. El mero riesgo de que se pueda condenar al inocente hace necesario que las reglas de procedimiento y prueba se orienten a minimizarlo. Todo aquel que es injustamente condenado sufre un daño moral; de ahí la necesidad de proteger incluso el mero riesgo de condenar a alguien que podría ser inocente. El daño moral es objetivo; esto quiere decir que existe y se ocasiona aun cuando la sociedad no sepa que ha condenado al inocente o incluso cuando el inocente no sepa que ha sido condenado injustamente. El derecho a ser protegido contra el daño moral es un derecho absoluto, es decir que no puede ser derribado por consideraciones de utilidad general. El inocente no debería ser condenado por ningún motivo y tampoco debería ser puesto bajo riesgo de condena. De ahí que el culpable pueda resultar beneficiado; sin embargo, su protección no es más que un subproducto de la minimización del riesgo de condenar al inocente. Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 79-83.

12. TEDH, “Schenk c. Suiz” (12/07/1988), p. 46.

13. TEDH, “Allan c. Reino Unido” (05/11/2002), p. 42; “Bykov c. Rusia” (10/03/2009), p. 88.

14. Las palabras exactas del Tribunal son las siguientes: “[i]t is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the ‘unlawfulness’ in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found”. Esto se lo puede ver citado de forma recurrente en las decisiones siguientes del TEDH: “Jalloh c. Alemania” (11/07/2006), p. 95; “Gäfgen c. Alemania” (01/06/2010), p. 163; “Khan c. Reino

de la competencia del Tribunal respecto de la prueba y su admisibilidad en el proceso, ha mantenido a la doctrina alejada del estudio de la prueba obtenida mediante una violación a los derechos consagrados en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante 'la Convención Europea').

Sin perjuicio de lo anterior, es posible aún extraer reglas respecto de qué tipo de pruebas tienden más comúnmente a afectar la equidad del proceso (*fairness of the proceedings*). Para ello, lo primero que debe aclararse es que no encontraremos al TEDH dictaminando cuando una prueba contraria a las normas nacionales debió haber sido excluida del proceso; sino, más bien, cuando una prueba que viola derechos de la Convención Europea¹⁵ afecta también el debido proceso y merece una reparación procesal. Redefinida así la competencia del TEDH, es posible el estudio de la exclusión de la prueba obtenida inobservando derechos.¹⁶

Existen fundamentalmente dos tipos de prohibiciones: la prohibición de obtener pruebas que violan normas o principios jurídicos, y la prohibición de utilizar judicialmente aquellas pruebas.¹⁷ Mientras que la primera mira hacia los métodos de investigación prohibidos, en la medida que violan derechos de la Convención Europea, la segunda se refiere a la prohibición de usar tales pruebas, pues su uso puede tornar injusto el proceso. Esta distinción se vuelve importante, pues no toda prueba obtenida en violación de derechos de la Convención

Unido" (12/05/2000), p. 34; "P.G. and J.H. c. Reino Unido" (25/09/2001), p. 76; "Allan c. Reino Unido", *op.cit.*, p. 42; "Bykov c. Rusia", *op.cit.*, p. 89; "Heglas c. República Checa" (01/03/2007), pp. 89-92.

15. En este sentido, debe tomarse también en cuenta que una prueba puede ser ilegal aun cuando no viole ninguna norma nacional, pero sí un derecho protegido por la Convención. TEDH, "Khan c. Reino Unido", *op.cit.*, pp. 25-28 (las grabaciones sin orden judicial no estaban prohibidas por el derecho inglés, pero sí por el derecho internacional de los derechos humanos); "Jalloh c. Alemania", *op. cit.*, pp. 103-104 (el uso de sustancias tales como los eméticos no estaba prohibido por la legislación alemana, pero sí a la luz de la Convención Europea).

16. Así, por ejemplo, vemos que en el caso "Aleksandr Zaichenko c. Rusia", 18/02/2010, p. 38, el Tribunal Europeo estableció su competencia para conocer los casos de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse, a la luz del tratamiento que debe dársele al mismo derecho.

17. En Alemania, por ejemplo, se hace referencia a la prueba ilegal no sólo cuando esta se usa en el proceso, sino también cuando se obtiene violando determinadas normas. Ambos, Kai, "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización", en *Política Criminal*, Universidad de Talca, vol. 4, N° 7, 2009, pp. 1-51.

Europea ha logrado violar el debido proceso. Asimismo, no toda violación al debido proceso ha conllevado necesariamente a la exclusión de la prueba. En virtud de ello, no alcanza con examinar cuándo determinado método de investigación o proceso de obtención de pruebas viola los derechos humanos (prohibición de obtención de prueba) sino también cuándo la prueba obtenida en violación de algún derecho de la Convención Europea afecta la equidad del proceso (prohibición de uso). Toda vez que la equidad del proceso se afecta cuando la prueba indebidamente obtenida se usó en el proceso, difícilmente encontraremos que el debido proceso haya sido violado por la sola obtención indebida de pruebas. Más adelante, se dará análisis al principio procesal penal de prohibición de uso del testimonio único como apoyatura de la sentencia condenatoria, como afectación a la equidad del proceso.

En otras palabras, en términos aristotélicos, decidir con justicia es decidir con *sabiduría práctica*,¹⁸ buscando la verdadera armonización entre los distintos elementos que la conforman. La armonía, sin embargo, no consiste en una ausencia de enfrentamiento, sino que nace del compromiso de respetar todos los valores en juego.

La violencia doméstica

Es un hecho que la historia ha sido escrita por los hombres. Por ello, el pasado se ha reconstruido predominantemente desde una visión androcéntrica, que ha tenido como consecuencia la invisibilización de las mujeres como sujetos de derecho y como parte de la sociedad. La visión androcéntrica de la historia abarca un amplio espectro de cosas, que se extienden desde qué se considera un hecho histórico hasta la forma y los mecanismos utilizados para explicarlo. De la misma manera, la justicia no escapa a ese sesgo machista que desnaturaliza y desvirtúa su función, acallando o encubriendo los hechos de violencia intrafamiliar, acontecidos en el seno de la intimidad del hogar, entre cuatro paredes, lo que ha provocado el archivo

18. La ética aristotélica se enfrenta también con la necesidad de encontrar un fundamento que unifique las virtudes para que sea posible encontrarlas a todas en una misma persona. Poseer una virtud es poseer la sabiduría práctica o prudencia y, quien posee esta última, posee todas las virtudes. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, CEPIC-Colección Clásicos Políticos, Sevilla, Libro VI. A, pp. 6-3, 1960, párrafos 1141 a 1145, pp. 93-101.

de causas judiciales sistemáticamente que han tenido como víctimas principalmente a mujeres sometidas a situaciones de violencia, bajo el argumento recurrente de la inexistencia de prueba suficiente descalificando al testigo único y directo, es decir, a la víctima. El activismo llevado adelante durante las últimas tres décadas se ha ocupado de denunciar los mecanismos de invisibilización de las mujeres dentro de los procesos judiciales, articulando políticas públicas de protección especial a nivel internacional.

En este sentido, la recepción de la CEDAW y de la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer” tuvieron acogida favorable en el orden nacional, a través de la sanción y promulgación de las Leyes N° 24632 y 26485, y en el orden de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Ley N° 4203. Ambos tratados están destinados a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, fundándose en el principio de no discriminación y en el derecho a vivir una vida libre de violencia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido una influencia determinante en el orden local, denunciando:

... la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.¹⁹

Por otro lado, como fue desarrollado en el capítulo anterior, la Corte IDH ha delineado en su jurisprudencia el *deber de investigar efectivamente* aquellos delitos que tengan como víctima a la mujer, en aquellos casos que sufra la muerte, malos tratos o ataques en contra a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia en contra de la

19. CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20/01/2007, párr. 155.

mujer, recurriendo a una mirada de género que permita excluir visiones estereotipadas y discriminatorias.²⁰ En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado resaltar que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre la vida, la libertad, la autonomía y el poder de decisión de las mujeres que resulten afectados por actos violentos de la más variada especie que suelen producirse en el ámbito privado.²¹

En el ámbito local, los casos “Góngora”,²² “Taranco”²³ y “Newbery Greeve”²⁴ aplican directamente estos principios que rigen la valoración de la prueba de conformidad a las reglas de la sana crítica racional con amplitud probatoria. Estas circunstancias permiten incorporar tanto una perspectiva de género, en contra del viejo aforismo judeo-

20. Corte IDH, *in re* “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, op.cit., p. 293.

21. Corte IDH, *in re* “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2014, Serie C N° 289.

22. La Corte aplicó la Convención de Belém Do Pará en base al deber de juzgar y castigar que pesa en los casos de violencia en contra de la mujer, convalidando el rechazo de la suspensión del proceso a prueba. CSJN, *in re* “Gongora”, Fallos: 336:392, 23/04/13.

23. El abordaje “... de los conflictos vinculados con la violencia de género o doméstica debe ser realizado teniendo siempre presente que esa clase de hechos importan ‘una violación de los derechos humanos y libertades individuales’ de las mujeres, que, por lo general, son quienes los padecen; circunstancia que obliga a los operadores judiciales a analizar estos conflictos con prudencia, garantizando ‘la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos’ (arts. 1 y 16 inciso i, Ley N° 26485), debiendo ser valorados y contextualizados sus testimonios de conformidad con las reglas de la sana crítica. Por su parte [...] ello no es únicamente una consecuencia que deba ser deducida de las normas mencionadas en este punto, sino que también es una derivación razonada y adecuada del ordenamiento procesal vigente en la Ciudad, que adopta como reglas generales: a) la “amplitud probatoria”, para demostrar los hechos y las circunstancias de interés para la adecuada solución del caso; y b) el sistema de la “sana crítica” como método para analizar la prueba reunida (arts. 106 y 247, CPPCABA).” TSJ *in re* “Taranco”, Expte. N° 9510/13 “Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)”.

24. TSJ, *in re* “Newbery Greeve”; Expte. N° 8796/12 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP”.

cristiano *unus testis nullus testis*,²⁵ para incorporar prueba indirecta que consolide la evidencia de la declaración única de la víctima como principal fuente probatoria, que permita reducir el índice del “*patrón de impunidad sistemática*”²⁶ en aquellos casos que revisten cierta peculiaridad como los de violencia doméstica.²⁷ Consecuentemente, la obligación de los Estados partes es “el deber de investigar actos de violencia de forma pronta y exhaustiva; la obligación de erradicar patrones socioculturales discriminatorios que pueden influir en la labor de fiscales, jueces y otros funcionarios judiciales”.²⁸ Por este último motivo, la mediación²⁹ o conciliación está prohibida³⁰ en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

25. “Los casos de “declaración contra declaración”, que exigen una ‘valoración de la prueba especialmente profunda, sobre todo respecto de la credibilidad, cuando las sentencias se basan, en lo esencial, en una única declaración testimonial [...] pero también lo es que ‘una valoración especialmente profunda’ es una obligación del juez del hecho en cualquier juicio, y respecto de cualquier clase de prueba [...] Detrás de la mención a una ‘valoración especialmente profunda’ en los casos de ‘declaración contra declaración’ sólo se quiere dar a entender que el mero hecho de que haya “una declaración única inculminante” contra la oposición del acusado no es una razón suficiente para decir que una condena no esté fundamentada, en tanto, a la vez, se haya alcanzado la ‘certeza personal’. Es decir, que lo que se presenta como si fuera una jurisprudencia “garantista” es más bien una doctrina que debería infundirle temor a cualquier ciudadano inocente, a quien se le advierte desde ya que su palabra puede no valer nada”. Sancinetti, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret*, Barcelona, julio de 2013, pp. 6 a 9.

26. CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, *op. cit.*, párr. 124.

27. En efecto, “las particularidades que exhiben estos conflictos –que distinguen como de ‘puertas adentro’– no es muy frecuente contar con ‘testigos presenciales’ de los hechos denunciados por la persona ofendida, implícitamente se termina rechazando cualquier medio de prueba que no se corresponda con aquello que se conoce como ‘prueba directa’ y se renuncia a los ‘parámetros’ que se afirma aplicar para el tratamiento de los supuestos referidos a la violencia de género” (Expte. N° 9510/13 “Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)”).

28. MESECVI, “Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, OEA, 2014, p. 47 y ss.

29. En el mismo sentido, el Ministerio Público Fiscal de la CABA ha resuelto la prohibición de derivar los casos de violencia doméstica a mediación según el Criterio General de Actuación según Resolución N° 219/2015, 21/12/2015.

30. El Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género (redactado durante la Segunda Reunión Preparatoria de la

Mediante Resolución PGN N° 533/2012 del 09/11/12, la Procuradora General de la Nación creó el Programa del MPF sobre Políticas de Género. Su creación respondió principalmente a la necesidad de remover los obstáculos –algunos de ellos originados en la existencia de patrones socioculturales discriminatorios– que aún perduran en el ámbito del servicio de administración de justicia, “que impiden a las mujeres víctimas de violencia el acceso efectivo a mecanismos judiciales eficaces y respetuosos de los derechos en juego”. Entre las principales funciones del Programa, se le asignó la de “asesorar a las fiscalías de los diferentes fueros y brindar la colaboración necesaria para la investigación y tratamiento de casos de desigualdad, discriminación o violencia de género en todas sus modalidades [...] y la de proyectar criterios generales de actuación que tiendan a optimizar la persecución penal y a disminuir la revictimización, en los casos de delitos que impliquen violencia de género”.

Asimismo, se consignó también como otra de las funciones principales, la de “articular con distintos organismos que establecen, diseñan y ejecutan políticas en materia de género con el objetivo de acordar mecanismos integrales de intervención, asistencia y protección para garantizar una vida libre de violencia y discriminación”. En esta misma línea, el 05/12/12 se suscribió un Convenio Marco entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación (representada por la Sra. Ministra de la Corte, Dra. Elena Highton de Nolasco) y el Ministerio Público Fiscal (representado por la Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó), donde ambas partes manifestaron “su preocupación por los casos de violencia doméstica” y, en consecuencia, expresaron “la necesidad de coordinar y complementar los recursos para facilitar el acceso a la justicia de las personas afectadas y optimizar la investigación penal de hechos de violencia en el ámbito familiar y/o doméstico que constituyan delito”.

En dicho acuerdo, el MPF se comprometió, a través del Programa sobre Políticas de Género, “a reforzar su representación en la

XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, del 04 al 06/12/ 2013) es aún más concluyente al respecto: “durante la tramitación del proceso penal para determinar la responsabilidad del denunciado, está prohibido cerrar un caso por conciliación de la víctima con el denunciado o acta de Mediación celebrada ante cualquier funcionario. Tampoco es permitido archivar un caso o suspender la investigación por aplicación de otras medidas tales como el criterio de oportunidad” (art. 28, último párrafo; y criterio recogido por el art. 9 inc. E).

investigación de los hechos cuyas constancias le sean remitidas”,³¹ y a “coordinar acciones tendientes a la elaboración de un protocolo de actuación fiscal para la investigación de este tipo de hechos”.³² Estas iniciativas tienen en mira las obligaciones contraídas por el Estado argentino en relación con la erradicación de la violencia contra las mujeres. Así, según el deber de garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado está obligado a prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance la Violencia intrafamiliar contra las mujeres: herramientas a disposición de las y los fiscales para contribuir en las investigaciones a las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción e identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.³³

Además, según el artículo 7 de la Convención de Belém Do Pará, los Estados partes –entre ellos Argentina– convinieron en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y en actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Por su parte, nuestro Congreso Nacional sancionó la Ley N° 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, entre cuyos objetivos están los de promover y garantizar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos y el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia (art. 2).

En relación con lo anterior, los tres ejes principales de la actuación del MPF son:

1. la adopción de medidas de prueba que complementen el testimonio de la víctima;
2. la necesidad de tomar en consideración el contexto de cada uno de los hechos de violencia contra la mujer;

31. Punto quinto del Convenio.

32. Punto sexto del Convenio.

33. Corte IDH, “Caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, *op. cit.*, párr. 238.

3. la obligación de adoptar, en el marco de las investigaciones, medidas dirigidas a evitar que la víctima vuelva a sufrir hechos de violencia por parte del denunciado (deber de prevenir), específicamente en referencia a la necesidad de neutralizar de manera inmediata los riesgos que acarrea la presencia de armas de fuego en los hogares donde las víctimas sufren violencia de género.

Para llevar adelante estos cursos de acción, las fiscalías pueden acudir, entre otras herramientas, a las resoluciones del Ministerio de Seguridad de la Nación³⁴ destinadas a optimizar la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar contra las mujeres.

El principio de prohibición de testimonio único (*unus testis nullus testis*) para fundamentar una sentencia condenatoria

El principal obstáculo que encuentra la aplicación del estándar probatorio de la Convención de Belém Do Pará radica en la tensión que mantiene con el principio *testimonium unius non valet*, o *unus testis nullus testis*,³⁵ ya que en la mayoría de los casos de violencia doméstica la prueba principal es la declaración de la víctima. Ello se debe a que, con frecuencia, se trata de hechos acontecidos en el seno de la intimidad de la familia que comúnmente viene acompañado de la imposibilidad de contar con otros medios de prueba directos.

34. En particular, pueden mencionarse la Resolución N° 505/13, publicada en el BO el 10/06/2013, por la cual se aprobaron las “Pautas para la Intervención Policial en casos de violencia en relaciones familiares” (en cuya elaboración el Programa del MPF sobre Políticas de Género colaboró), la Resolución N° 299/13 del 10/04/13 (en la cual se impone al personal policial la obligación de verificar en los hechos de violencia intrafamiliar que lleguen a su conocimiento la posible existencia de armas de fuego al alcance del presunto agresor) y la Resolución N° 1515/12 del 28/12/12 (vinculada al acceso a armas de fuego por parte de personal de las fuerzas de seguridad que dependen del Ministerio de Seguridad de la Nación cuando se hubiera dictado respecto de ellos alguna medida judicial de protección por denuncias de violencia contra las mujeres).

35. *Unus testis nullus testis*: testigo único, testigo nulo. El testimonio de uno solo no basta para hacer convicto a alguien de un hecho punible. Cód. Just., 4, 20, 9, fr. 2 y 3 (Constantino). Deuteronomio, capítulo V, 19, 15; y Evangelio de San Mateo, 18:16.

El fundamento del principio *unus testis nullus testis* se apoya colateralmente en los principios de igualdad y de la presunción de inocencia, por lo que una sentencia condenatoria basada exclusivamente en los dichos de un solo testigo resulta, al menos, criticable por el principio de la duda. En este contexto, Sancinetti analiza el requisito de la “convicción subjetiva” –exigido por la doctrina dominante como presupuesto de la condena penal– y lo contrapone a la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia, formulándose la siguiente pregunta:

¿puede ser la palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, una base suficiente para alcanzar la “convicción subjetiva”, con la que parece conformarse la ley procesal y una parte de la doctrina, o, en cambio, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia en la palabra del testigo”, así fuese que esta contase con el “aval” de un dictamen de “psicología de la declaración”?³⁶

En la famosa sentencia “Coffin vs. United States”,³⁷ en la que la Suprema Corte de los Estados Unidos sentó la máxima de la presunción de inocencia como un valor fundamental para el *common law* –que en verdad ya regía desde precedentes más antiguos, pero que aparecía fundada ahora en fuentes del Derecho Romano–,³⁸ se hacen citas de diversos autores anglosajones que sí especifican cuántas personas culpables sería preferible que quedaran exentas de pena con tal de que no sea penado un inocente: veinte (*fortescue*), diez (*blackstone*), y cinco (*Lord hale*). Se presupone que cuantos más culpables se esté dispuesto a dejar impunes con tal de que no responda un inocente, mayor será la exigencia de un estándar probatorio objetivamente elevado, para habilitar una condena.³⁹

36. Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*, p. 6.

37. “Coffin vs. United States” (156 U. S. 432, 1895, N° 741).

38. La conocida Máxima de Trajano: *Satius esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare* (Ulpiano, 48, 19, 5, de Poenis.), es decir, vale mucho más que se deje impune el delito del acusado que condenar a un inocente. Bruno, Rafael, “Reglas de Derecho”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año 16, N° 1 y 2, 1929, p. 209.

39. Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*

Laudan sugiere sobre el final de su investigación⁴⁰ que la alta exigencia que representó históricamente la “convicción más allá de toda duda razonable” se justificaba en tiempos en que casi todos los crímenes (*felonies*) tenían prevista pena capital, pero que, habiéndose suavizado las penas con el devenir de los tiempos, podría bastar un estándar probatorio menos exigente. Esta “relativización” de la gravedad del veredicto condenatorio pasa por alto que ciertos reproches de culpabilidad pueden ser, para un hombre noble, peor que la muerte. ¿Qué le quedaría por “disfrutar de la vida” a un hombre de conducta irreprochable a quien se lo hubiera penado erróneamente como autor de abuso sexual de un hijo propio o de resultar acusado de maltratador de mujeres? ¿No le habría resultado preferible a ese tal hombre, que su muerte lo encontrase “naturalmente” un poco antes de la génesis de la declaración inculpativa? Laudan toma en cuenta también los costos que tiene para el Estado organizar un juicio con todas las garantías para un delito poco grave (*less serious felonies*), y cuya pena eventual fuese leve o deviniese en una mera *probation*, lo que debería habilitar, según él, un estándar probatorio más bajo en estos casos.⁴¹

La regla aparece en el Deuteronomio, primero referida nuevamente al delito conminado con pena capital, pero muy pronto la disposición aparece generalizada a cualquier clase de delito.⁴² El reconocimiento de la necesidad de pluralidad de testigos se mantiene en la tradición del Nuevo Testamento. En efecto, aparece reiterada por la palabra de Cristo, en el Evangelio según San Mateo, en el contexto de la “corrección fraterna”.⁴³ Asimismo, surge también en el Evangelio

40. Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

41. El epistemólogo americano Larry Laudan analiza el estándar de prueba y las garantías en el proceso penal en “El contrato social y las reglas del juicio”, en SSRN. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1075403> [fecha de consulta 11/02/2019].

42. Deuteronomio 19, 15: Los testigos. Un solo testigo no es suficiente para convencer a un hombre de cualquier falta o delito; sea cual fuere el delito que haya cometido, sólo por declaración de dos o tres testigos será firme la causa.

43. Mateo 18, 15-16: Corrección fraterna. 15 Si tu hermano llega a pecar, vete y repréndele, a solas tú con él. Si te escucha, habrás ganado a tu hermano. 16 Si no te escucha, toma todavía contigo uno o dos, para que todo asunto quede zanjado por la palabra de dos o tres testigos.

según San Juan.⁴⁴ Posteriormente, reaparece en la Segunda Carta a los Corintios⁴⁵ y en la Epístola a los Hebreos.⁴⁶

Estas máximas se trasladan al Derecho Romano-Canónico.⁴⁷ Por cierto, la regla no sólo tuvo acogida en los códigos románicos, sino que también fue asumida por Santo Tomás de Aquino, en la *Summa Theologiae*.⁴⁸ Ya en el Derecho eclesiástico antiguo⁴⁹ se pone énfasis en que el testigo único no es suficiente ni según el Derecho divino ni el humano.

Por otro lado, este principio no es un legado propio “de las religiones”, sino que la prohibición del testigo único fue también patrimonio común de la Ilustración, es decir, de un movimiento que en cierto modo pretendía fundar un Estado “no dependiente de la idea de Dios”, o que pudiera ser aceptado también por el no creyente. Así lo muestran los pronunciamientos de Beccaria,⁵⁰ de Montesquieu⁵¹ y de Filangieri,⁵² cómo nace la libre convicción.

44. Juan 8, 17-18: 17 “Y en vuestra Ley está escrito que el testimonio de dos personas es válido”. “Yo soy el que doy testimonio de mí mismo y el que me ha enviado, el Padre, da testimonio de mí”.

45. 2.^a Co 13, 1: Por tercera vez voy a vosotros. Por la palabra de dos o tres testigos se zanjará todo asunto.

46. Hebreos 10, 28: Si alguno viola la Ley de Moisés es condenado a muerte sin compasión, por la declaración de dos o tres testigos.

47. Por decreto del año 382, se lee ya como recomendación para los acusadores: *Codex Iustinianus* 4.19.25: *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita* [Todos los acusadores deben saber que sólo se abrirá una investigación pública de una causa probada de modo indubitable por medio de testigos idóneos, documentos inequívocos o indicios que arrojen claridad como la luz del día].

48. Tomás de Aquino (1224-1274), *Suma Teológica*, II-II, 70, 2.

49. Gratian, C. 33, 2, 8: *Nec evangelium, nec ulla divina humana que lex unius testimonio etiam idoneo quempiam condemnat vel iustificat*. [Porque ni el Evangelio ni ninguna ley divina o humana condenan o justifican a nadie en razón de un testimonio único, por más que este sea idóneo].

50. Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, 2014, § VIII. Del Testimonio.

51. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 1821, T. I, p. 292.

52. Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la Legislación*, con anotaciones de Benjamín Constant, según la traducción castellana de la 3ª edición publicada en París por la Librería española de Lecointe (1836 [la primera edición data de 1780]), T. 5, p. 171: “Canon 3º: Jamás bastará un solo testigo para formar por sí solo prueba legal”. Para Filangieri, no podía ser testigo una persona que tuviera interés en la causa, según su Canon 1º: “Todo hombre que no sea

Como se sabe, ese no fue el criterio que prevaleció en la cultura del siglo XIX, pues se confió demasiado en la “libre valoración de la prueba”, la “convicción subjetiva”, como una forma natural de concluir en una decisión justa. Pero casi doscientos años después, la proliferación de causas por abuso sexual y el reconocimiento del fenómeno de la violencia de género basadas en los dichos de una sola persona, problematiza el hecho de que, para un mismo caso, un tribunal crea que el hecho ocurrió y que el acusado es culpable y otro tribunal sostenga que la imputación fue inventada de principio a fin: “¿Es el proceso penal, entonces, un juego de azar? ¿Depende sólo de cómo siente su estómago el juez?”⁵³

Un Estado de Derecho también tiene que velar por la eficiencia del sistema judicial penal y, en esa medida, no tiene por qué importarle cuál sea el “estado mental” del juez respecto de la prueba producida, sino el hecho de que este constate que la acusación ha logrado la demostración de su acierto con un grado de probabilidad muy alto. Como dice Laudan, para que una sentencia tenga fundamento, lo que importa no es el estado mental del juez per se, sino cómo llega a ese tal estado; uno no se hace científico aprendiendo cómo es el estado mental en que se debería estar para aceptar una teoría, sino aprendiendo cómo evaluar la evidencia y su relación con esa teoría. Lo determinante es la “robustez de la prueba” y no el estado subjetivo del que la evalúa.⁵⁴

La doctrina alemana acuñó el concepto de certeza *personal*, es decir, convicción subjetiva de culpabilidad, que no requiere seguridad matemática.⁵⁵ Ahora bien, puede ser verdad que ello sea así, pero justamente

estúpido ni loco [...] puede ser testigo idóneo, con tal que no tenga interés en alterar la verdad o en faltar a ella”, de modo que “la víctima` quedaba excluida de la calidad de testigo.”

53. Frase acuñada por Gisela Friedrichsen: “Straffjustiz: Von vorn bis hinten erfunden”, en *Der Spiegel*, 33/2011, p. 56 y ss., en Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*

54. Laudan, Larry, “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, en *Legal Theory*, T. 9, 2003, p. 166 y ss.

55. Frisch exige una determinada evaluación del juez del hecho, especialmente en caso de condena. El juez del hecho “tiene que estar convencido”. De este modo, Frisch se pliega a la opinión dominante que exige una “certeza personal”, que no requiere una “seguridad matemática”, ni se contraponen a la existencia de dudas concebibles en abstracto, teóricas, que derivan de la insuficiencia de la capacidad del conocimiento humano. Pero la sentencia sería jurídicamente defectuosa si el juez le ha puesto a su convicción exigencias demasiado pequeñas. Se daría este caso, por ejemplo, cuando el juez se hubiera basado “solamente” en la alta probabilidad de comisión del hecho y no hubiera ninguna constatación (adicional) de la convicción subjetiva de la culpabilidad.

eso es lo que encierra el riesgo de una decisión arbitraria, pues el juez que se siente “experimentado” sólo acumula en su haber una cantidad de prejuicios sobre los significados del comportamiento no verbal que de ningún modo resisten un análisis científico en torno a si tales significados son realmente captables por él sin un grado de falibilidad muy alto. Especialmente, la gran “cantidad de expresiones no verbales” (“expresiones del rostro y de gestos”) que de hecho influyen en la valoración judicial de los testimonios, son componentes en gran parte ambivalentes, incapaces de superar un control experimental y que, en todo caso, si pueden aportar información, esta es sólo captable por expertos en la materia. Tomando un conjunto suficientemente amplio de tales reflexiones, se debe derivar necesariamente la conclusión de que una condena basada en un testimonio único –y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso– nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una “certeza personal”, que no sea por vía de un “pálpito” o “corazonada”. Carecería de sentido la exigencia de un tribunal imparcial, si este pudiera basar su sentencia condenatoria, exclusivamente, en los dichos de un testigo absolutamente parcial.⁵⁶

Por otro lado, también es cierto que la pluralidad de testimonios no daría tampoco ninguna “seguridad”, pues además dos o más testi-

(Frisch, Wolfgang, en Wolter (ed.), *SK-StOP*, edición de hojas intercambiables, 37^a entrega, N° m. 119, p. 337). Helmut Frister ha hecho una férrea defensa del requisito de la “certeza personal (subjetiva)”, en razón de que el hecho a investigarse en el proceso penal nunca puede probarse “con la firmeza propia de la lógica o las matemáticas”, ni “tampoco con la relativa seguridad que se conoce en las ciencias naturales”. Dicho de modo resumido: con ese criterio, el juez tiene la facultad de transformar una situación probatoria objetivamente dudosa, en una “certeza personal, libre de dudas”. Respecto de la valoración de declaraciones testimoniales en particular, afirma que “todo lego –y con mayor razón un juez experimentado– ya tiene una opinión sobre el contenido de verdad de las declaraciones de los testigos, antes de hacer una reflexión conceptual sobre su credibilidad”. Con prescindencia de que esa argumentación no toma en cuenta que tales prácticas generalmente se aprenden y ejercitan por “acierto y error” de la mano de un maestro que puede formular los principios en los que se basan esas “meras intuiciones”, tales ejemplos pasan por alto que tanto el jugador de billar como el arquero de fútbol quedan expuestos a los resultados de un método de contrastación objetivo de su “conocimiento intuitivo”. Frister, Helmut, “Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß”, en AA. VV., *FS-Grünwald*, 1999, p. 169, con cita de Grünwald, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, pp. 85-89, citado por Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*

56. Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*

gos pueden ser falsos. Pero la pluralidad de testigos independientes, examinados que sean mediante un exhaustivo y hábil ejercicio de *cross examination*, permite correlacionar si las circunstancias acompañantes relatadas por cada uno se acoplan adecuadamente al relato de los demás.

La violencia en la jurisprudencia de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas. Dos casos idénticos, dos soluciones distintas

El valor probatorio de la declaración de la víctima es verdaderamente problemático por varias cuestiones que vamos a explicar sucintamente.

En primer lugar, respecto a *la calificación jurídica de un caso de violencia doméstica y un tratamiento deferencial*, generalmente los casos de amenazas (art. 149 bis del Código Penal) en un contexto de violencia doméstica que tiene como víctima a una mujer, no suelen contar con otras pruebas directas u otros testimonios directos de los hechos punibles sometidos a juicio. El precedente “Newbery Greeve” –en la misma línea que “Taranco y Góngora”– ha introducido en el ámbito local judicial la doctrina de protección especial y erradicación de todas las formas de violencia en contra de la mujer, en la medida que ha flexibilizado y aligerado el estándar probatorio de la evidencia de cargo necesaria para condenar a un agresor, asignándole una especial ponderación a las pruebas “indirectas”, tales como las evaluaciones de riesgo elaborado por especialistas (psicólogos/as y licenciados/as en trabajo social) para respaldar o validar el testimonio único de la víctima. Asimismo, la denominada prueba de “contexto” se produce a los fines de establecer antecedentes vinculados a hechos de violencia en la convivencia doméstica, familiar preexistente, para configurar un *simple caso penal de amenazas* a un caso de violencia doméstica, que consiste en una violación del derecho internacional de los derechos humanos en tanto configura violencia en contra de la mujer (art. 7 ap. b de la CBDP).

En segundo lugar, respecto a las *medidas de protección de la víctima como alternativa al encarcelamiento preventivo del imputado*, cabe manifestar que los casos de violencia doméstica en contra de las mujeres tienen un trato distinto y diferente no sólo en relación al estándar probatorio exigido para condenar, sino para hacer lugar y garantizar mediante

medidas de protección la seguridad de la víctima, aligerando así su carga probatoria. Esto puede proceder a través de la prohibición de contacto o las exclusiones del hogar, como así también a través de la aplicación de dispositivos electrónicos de geolocalización, implementados mediante la Resolución N° 484/2016 del Ministerio de Justicia y Seguridad,⁵⁷ que permiten asegurar la libertad del imputado durante el proceso y asegurar la integridad de la víctima mediante el sistema de monitoreo en tiempo real gracias a la implementación de las nuevas tecnologías, tal como ha sido resuelto en los precedentes “JRD”⁵⁸ y “HDS”.⁵⁹

En tercer lugar, respecto a la *valoración de la prueba en relación a la prueba directa e indirecta*, es evidente la tensión entre el principio de prohibición de testimonio único (*unus testis nullus testis*) y el principio de investigar y castigar las graves violaciones de derechos humanos a la luz de la protección especial de la mujer. Aquí resulta de sumo interés aplicar los aportes epistémicos de Laudan, que nos conduce a proponer una tesis intermedia respecto a las salidas alternativas al juicio, en aquellos casos cuya gravedad es notablemente más leve y están sujetas a institutos como la *probation*.

En cuarto lugar, observamos el *problema que constituye la retractación de la víctima en los ciclos de violencia*. La violencia doméstica en contra de las mujeres no sólo acarrea problemas de índole probatorio en lo que respecta a las reglas para valorar el testimonio único y las pruebas indirectas que la validan (pericias e informes psicológicos especializados), sino la fenomenología propia y específica del caso, tal como los ciclos de la violencia.

En efecto, los ciclos de la violencia están compuestos por etapas de extremo riesgo y violencia en momentos en los que se descomprime el conflicto pero continúa latente durante la reconciliación, lo que se denomina el ciclo de “luna de miel”, y esto, generalmente, acarrea otro problema para los investigadores. En efecto, la víctima se retracta y pretende desactivar la denuncia para volver a convivir con su agresor. Aquí existen dos posturas claramente divididas en nuestro fuero. Por

57. Resolución N° 2016-484-MJYSGC.

58. Cámara PCyF, Sala III, “J. R. D.” s/ infr. Art. 149 bis del CP” Expte. N° 667-2018-1, 22-05-2018.

59. Cámara PCyF, Sala III, “H. D.S s/ infr. Art. 149 bis del CP” Expte. N° 22450-2018-1, 03-04-2018.

un lado, quienes adoptan una postura de derecho penal mínimo, como el Dr. Sergio Delgado, y por el otro lado, una postura enrolada en la protección especial de las mujeres contra la violencia con fundamento en la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino por violación de los deberes de “diligencia judicial debida”, asumidos en el artículo 7 inc. B) de la Convención de Belém Do Pará, posición enarbolada por el Dr. Marcelo Vásquez.

A su vez, este problema procesal se reconduce en dos aspectos diversos respecto a la *retractación de la víctima*:

- i. por un lado, el Fiscal, pese a la negativa de la víctima a continuar la vindicta pública en contra del agresor, la interroga en profundidad dejando a la vista la comprobación de su hipótesis, el acontecimiento de los hechos exigiendo consecuentemente la condena y la aplicación de una pena;
- ii. por otro lado, la negación de la víctima a declarar en contra del imputado amparándose en las prohibiciones/abstenciones testificales previstas por los artículos 122 y 123 del CPPCABA, desarmando técnicamente la posibilidad de que el fiscal sustente una acusación válida sobre la evidencia de cargo suficiente para justificar una condena.

En efecto, a continuación vamos a ver el tratamiento que le asigna la jurisprudencia a dos casos idénticos de violencia doméstica en contra de las mujeres, y al valor conflictivo de la retractación de la víctima en un contexto en el cual la cohabitación entre la víctima y su agresor ha perdurado al momento del debate. Estas circunstancias han incidido en una solución absolutoria por un lado, y una solución condenatoria, por el otro.

Los casos “Duarte”⁶⁰ y “Romero”⁶¹ son los mejores ejemplos de interpretación diversa del valor que se le asigna a la retractación de la víctima y su conexión con el grado de exigibilidad del estándar probatorio en materia de violencia doméstica. Se trata de dos casos de amenazas en un contexto de violencia doméstica.

60. Cámara PCyF, Sala I, “DUARTE, Hernán Humberto s/infr. Art(s). 149 bis, Amenazas – CP (p/ L 2303)”, Causa N° 12894/12.

61. Cámara PCyF, Sala III, “ROMERO, Gabriel Alejandro s/ art. 149 bis CP (p/ L 2303)”, Causa N° 15856-01-00/14, 25/11/2016.

En el primer caso, la Alzada confirmó la condena de Duarte por la jueza de primera instancia por resultar autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (art. 149 bis del CP) en el marco de un contexto de violencia doméstica. Para arribar a este resultado, desechó en la fundamentación la retractación de la víctima, quien al momento de la sentencia condenatoria convivía nuevamente con el imputado. Para asignar una valoración negativa al pedido desinriminatorio de la víctima respecto de su pareja, quien fuera imputado oportunamente por ella misma, la Cámara resolvió que, si bien la víctima recompuso su relación, se encontraba en el denominado ciclo “luna de miel” del círculo de la violencia, y ello explica su reconciliación pero no desecha la existencia del hecho ilícito denunciado oportunamente.

Contrariamente a lo resuelto, en el segundo caso (“Romero”), cuyos hechos eran sustancialmente análogos, la Alzada revocó la condena. El peso de la retractación de la víctima, indudablemente, se impuso como criterio desinclinante para la absolución del imputado y la ausencia de dolo.

La divergencia en la resolución de ambos casos demuestra, claramente, que se trata de una pendiente resbaladiza, en términos de decisiones judiciales tendientes a disminuir la arbitrariedad y discrecionalidad judicial sobre la base de dos sistemas de reglas y principios que están en tensión permanente.

En síntesis, podemos establecer que a la hora de dictar sentencia podemos individualizar que la retractación de la víctima puede constituirse en un obstáculo formal y material para arribar a una condena válida, si y sólo si la víctima se ampara bajo la prohibición/abstención de testificar en contra del imputado que trae aparejada la imposibilidad de incorporar por lectura de las declaraciones durante la etapa de investigación penal preliminar. De lo contrario, de acceder a prestar la declaración testimonial durante el debate, por más de que la víctima “perdone” a su agresor, o pretenda evitar la condena, ello en sí mismo no constituye un obstáculo en virtud del ordenamiento convencional en materia de protección especial de la mujer del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, el artículo 7 b) de la Convención de Belém Do Pará y la jurisprudencia, recomendaciones que hemos visto *supra*.

Conclusión

En resumidas cuentas, la averiguación sobre la verdad procesal o histórica demanda e impone exigencias mínimas para construir un estándar mínimo, sin el cual no sea posible o probable condenar a una persona inocente.

En efecto, la prohibición de testimonio único como fundamento de una sentencia condenatoria ha presentado objeciones a lo largo de la historia antigua (del viejo al nuevo testamento) hasta la modernidad.

Sin embargo, las reglas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos imponen una serie de recomendaciones generales para aligerar el estándar probatorio en causas de violencia doméstica en contra de las mujeres, a los fines de incrementar las medidas para prevenir, erradicar y las graves violaciones de derechos humanos discriminatorias y violentas en su contra.

La implementación interna de la normativa y la jurisprudencia internacional sobre la protección especial que gozan las mujeres en contextos de discriminación estructural y las situaciones particulares de los Estados parte de la OEA en relación a la situación de violencia, en materia de femicidios, han sustentado una jurisprudencia en el ámbito local, mediante los precedentes “Góngora”, que ha sido recepcionado en el orden local, a través de los precedentes “Taranco” y “Newbery Greeve”. Estos casos han establecido una modificación en el orden jurisprudencial a la hora de la valoración judicial de la prueba de cargo para asegurar las condenas en los casos de violencia en contra de las mujeres.

Indudablemente, esto impone varios dilemas como los planteados por “Blackstone”, a la hora de condenar a una persona sin evidencia suficiente aplicando un rigorismo probatorio específico, en miras de reducir los índices de falibilidad de decisiones judiciales erróneas o injustas, tal como la de condenar a un inocente o la de absolver a un culpable.

Los aportes epistémicos de Laudan dan cuenta de los problemas que acarrea en materia de delitos contra la libertad sexual, cuando contamos única y exclusivamente con un testimonio en solitario, convalidado o reforzado por otros testimonios de psicólogos (prueba indirecta) que informan o refuerzan su veracidad o verosimilitud. El problema, lejos de descomprimirse, se agrava cuando se trata de delitos más leves que pueden resolverse mediante una suspensión del

proceso a prueba o *probation*, en circunstancias en las cuales el acusado no puede acceder a dicho instituto, y se impone la necesidad de llevar adelante un juicio, en el cual debe aplicarse un estándar probatorio “aligerado” que habilite la imposición de una condena.

Lo cierto es que la gravedad del hecho, si bien es un termómetro que mide en forma directamente proporcional la rigurosidad de un estándar probatorio estricto, en ciertos casos –menos graves– frente a la imposibilidad de abreviar alternativamente el proceso, el derecho internacional de los derechos humanos juega un papel preponderante para garantizar una condena, aún en casos en los que la víctima está atravesando el denominado “ciclo de la violencia de la luna de miel”, y el fiscal aplique el criterio de la “debida diligencia judicial” (art. 7 inc. b) CBDP) propugnando la prevención, erradicación y castigo de la violencia en contra de la mujer.

En definitiva, estas son las dificultades que se deben resolver, puesto que en un caso o en otro la variación del estándar probatorio exigido frente a situaciones de retractación de la víctima es, por demás, conflictivo a la hora de justificar una condena privativa de la libertad a una persona que al momento del juicio no sólo cohabita –y aparentemente ha disuelto la conflictiva intrafamiliar previa– sino que ha consolidado el vínculo de familia. Esto se corrobora en el caso “Romero” previamente referido, en el cual, tras el inicio de la causa penal, no sólo volvieron a convivir sino que sumaron un nuevo integrante a su familia.

Lo único que queda en claro es que el derecho internacional de los derechos humanos exige la condena de los hechos de violencia en contra de las mujeres, dejando de lado incluso la voluntad de la propia víctima que se arrepiente de haber promovido la denuncia.

El cumplimiento de estas reglas de derecho internacional de los derechos humanos desecha el denominado derecho a la “regularidad” de un modelo de valoración probatorio estricto y exigente como lo postula Nanzer en su tesis doctoral.⁶²

El dilema está instalado: condenar a un inocente es tan grave como absolver a un culpable, lo cual acarrea responsabilidad internacional por la grave violación al derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres.

62. Nanzer, Alberto, “La regularidad como derecho individual, fundamentos para una teoría normativa del proceso penal”, Universidad de Buenos Aires, junio de 2017 (tesis doctoral en prensa).

Bibliografía

ALLEN, Ronald y LAUDAN, Larry, “Deadly Dilemmas”, en *Texas Tech Law Review*, vol. 41, 2008.

AMBOS, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización”, en *Política Criminal*, vol. 4, N° 7, Universidad de Talca, 2009.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Sevilla, CEPC-Colección Clásicos Políticos, Libro VI, 1960.

BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, 2014.

BRUNO, Rafael, “Reglas de Derecho”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año 16, N° 1 y 2, 1929.

CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil* (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 1999.

FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la Legislación*, con anotaciones de Benjamín Constant, según la traducción castellana de la 3ª edición publicada en París por la Librería española de Lecointe, 1836.

LAUDAN, Larry, “El contrato social y las reglas del juicio”, en SSRN. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1075403>

_____, *Verdad, error y proceso penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

_____, “Is Reasonable Doubt Reasonable?” en *Legal Theory*, T. 9, 2003.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1821.

NANZER, Alberto, “La regularidad como derecho individual, fundamentos para una teoría normativa del proceso penal”, Universidad de Buenos Aires, junio de 2017 (tesis doctoral en prensa).

POSNER, Richard, “An economic approach to legal procedure and judicial administration”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, N° 2, 1973.

SANCINETTI, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret*, Barcelona, 2013.

TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Documentos

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20, enero de 2007.

Corte IDH, “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Reparaciones y Costas, 22/02/2002, Serie C N° 91.

Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009, Serie C N° 205.

Corte IDH, “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2014. Serie C N° 289.

MESECVI, “Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, OEA, 2014.

Sistema Europeo de Derechos Humanos

TEDH, Schenk c. Suiza (12 de julio de 1988).

TEDH, Khan c. Reino Unido (12 de mayo de 2000).

TEDH, P.G. and J.H. c. Reino Unido (25 de septiembre de 2001).

TEDH, Allan c. Reino Unido (5 de noviembre de 2002).

TEDH: Jalloh c. Alemania (11 de julio de 2006).

TEDH, Heglas c. República Checa (1° de marzo de 2007).

TEDH, Bykov c. Rusia (10 de marzo de 2009).

TEDH, Aleksandr Zaichenko c. Rusia (18 de febrero de 2010).

TEDH, Gäfgen c. Alemania (1° de junio de 2010).

Tribunales nacionales

CSJN, “Gongora” Fallos: 336:392, 23/04/13.

TSJ, “Taranco”; Expte. N° 9510/13 “Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/ inf. art(s). 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303).

TSJ, “Newbery Greeve”; Expte. N° 8796/12 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP`”.

Ministerio Público Fiscal de la CABA, Resolución N° 219/2015, 21/12/2015.

RESOL 2016-484-MJYSGC.

Cámara PCyF, Sala III, “J., R. D.” s/ infr. Art. 149 bis del CP” Expte. N° 667-2018-1, 22/05/2018.

Cámara PCyF, Sala III, “H, DS s/ infr. Art. 149 bis del CP” Expte. N° 22450-2018-1. rta. 03/04/2018.

Cámara PCyF, Sala I, “DUARTE, Hernan Humberto s/infr. Art(s). 149 bis, Amenazas – CP (p/ L 2303)” Causa N° 12894/12.

Cámara PCyF, Sala III, “ROMERO, Gabriel Alejandro s/ art. 149 bis CP (p/ L 2303)”, Causa N° 15856-01-00/14, 25/11/2016.

Tribunales extranjeros

Corte Suprema Norteamericana, “Coffin vs. United States” (156 U. S. 432 (1895), N° 741). Dig., 50.17.192.1

Bibliografía final

ABRAMOVICH, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios al fallo Campo Algodonero”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, 2010.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, en *LL 2000-D*.

_____, “Los derechos sociales como derechos”, en *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006.

ALBANESE, Susana, “Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos”, en *Lexis Nexis*, 20/11/2002.

ALLEN, Ronald y LAUDAN, Larry, “Deadly Dilemmas”, en *Texas Tech Law Review*, vol. 41, 2008.

AMBOS, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización”, en *Política Criminal*, vol. 4, N° 7, Universidad de Talca, 2009.

ARENDDT, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Sevilla, CEPC-Colección Clásicos Políticos, Libro VI, 1960.

_____, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

_____, *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ARIZA CLERICI, Rodolfo, “El derecho a la salud en la CSJN”, en *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, N° 80, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.

_____, “La justicia equitativa de Rawls y sus críticas libertarias e igualitarias”, en ROSSI, Miguel Ángel y LALEFF ILIEFF, Ricardo, *Disquisiciones sobre el (neo)liberalismo en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Teseopress, 2018.

BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, 2014.

BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 2016.

BERLIN, Isaiah, “La igualdad”, en *Conceptos y categorías* (traducción de F. González Aramburo), México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

BINDER, Christina y SCHOBESBERGER, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derechos Sociales ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Oñati, IVAP, 2015.

BORÓN, Atilio, “Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia, Una reflexión acerca de las teorías de Rawls”, en *Teoría y Filosofía Política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, Buenos Aires, CLACSO, 1999.

BRUNO, Rafael, “Reglas de Derecho”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año 16, N° 1 y 2, 1929.

CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil* (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.

CERNA, Christine, “The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications”, en Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1.

_____, “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; VON BOGDANDY, Armin y MORALES, Mariela, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, 2017.

COHEN, Gerald, “Marxism & Contemporary Political Philosophy”, en *Canadian Journal of Philosophy*, N° 16, 1990.

_____, “¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades”, en NUSSBAUM, Martha y AMARTYA, Sen, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

CONSTANT, Benjamin, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos” (traducción de Carlos Patiño Gutiérrez), en *Libertades*, año 1, N° 3, 2013.

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009.

CORTE IDH, *Diálogo Jurisprudencial*, editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) desde 2006 y con seis números hasta la fecha.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

_____, *Virtud Soberana*, Barcelona, Paidós, 2003.

FALCON Y TELLA, M. José, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2005.

FAÚNDEZ-LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 1999.

_____, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; *Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21/05/2013. Serie C N° 261.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IIIJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Max Planck Institute, 2 tomos, 2010.

FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, con anotaciones de Constant, Benjamin, según la traducción castellana de la 3ª edición publicada en París por la Librería Española de Lecointe, 1836.

FISS, Owen, “Grupos y la Cláusula de Igual protección”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, “La teoría política de las acciones de clase”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, N°1, 1996.

FRASER, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 1997.

GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método II*, Salamanca, Sígueme, 1998.

GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

GONZÁLEZ, Felipe, “Surgimiento y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)”, en *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, N° 46, 2007.

GROSSMAN, Claudio, “Reflexiones sobre el SIDH de protección y promoción de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, CIDH, 1994.

GUIÑAZÚ, María Clelia, “Marxismo analítico y justicia ¿más allá de Rawls?”, en *Teoría y filosofía política: la tradición y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, CLACSO, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Barcelona, Trotta, 2005.

HOBBS, Thomas, *Leviatan*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.

KANT, Immanuel, *Acerca de la relación entre la teoría y la práctica en el derecho político (Hobbes)*, Buenos Aires, Nova, 1964.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

LAUDAN, Larry, “El contrato social y las reglas del juicio”, en SSRN. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1075403>

_____, *Verdad, error y proceso penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

LIPPMANN, Walter, *La Opinión Pública*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, S.A., 1949.

LIZÁRRAGA, Fernando, “G.A. Cohen, la igualdad voluntaria y el marxismo”, en SELEME, Hugo, *et al.*, *Temas de ética y filosofía política: I y II simposio de ética y filosofía política*, Córdoba, Grupo Editorial Foja Cero, 2012. Disponible en <http://cehepyc.uncoma.edu.ar/archivos/lizacohenvoluntaria.pdf>

_____, “Igualdad, respeto propio y ethos en la teoría de John Rawls”, en ROSSI, Miguel Ángel y LALEFF ILIEFF, Ricardo, *Disquisiciones sobre el (neo)liberalismo en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Teseopress, 2018.

_____, *La justicia en el pensamiento de Ernesto Che Guevara*, La Habana, Ed. de Ciencias Sociales, 2006.

MARTIN, Claudia, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencia”, en *De lo Internacional a lo Local*, Caracas, Ed. AB UCAB, 2016.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1821.

MOUFFE, Chantal, “El liberalismo norteamericano y sus críticos: Rawls, Taylor, Sandel, Walzer” (traducción de Nora Pasternac), en *Revista Esprit*, 1987.

NANZER, Alberto, “La regularidad como derecho individual, fundamentos para una teoría normativa del proceso penal”, Universidad de Buenos Aires, junio de 2017, tesis doctoral en prensa.

NASH, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007.

NIKKEN, Pedro, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH (San José de Costa Rica), 1989.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura, 1990.

NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura, 1998.

PALACIOS JARAMILLO, Diego, “El lenguaje de género, más que un reflejo de discriminación”, en AA.VV., *El Lenguaje: un elemento estratégico en la construcción de la igualdad*, Colombia, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial-UNFPA, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, 1981.

PETTIT, Phillippe, *Republicanism* (traducción de Toni Domènech), Barcelona, Paidós, 1999.

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín, COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, (comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

PIOVESAN, Flavia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 1, N° 1, 2004.

POSNER, Richard, “An economic approach to legal procedure and judicial administration”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, N° 2, 1973.

POUSADELA, Ines, “El contractualismo Hobbesiano”, en BORÓN, Atilio (comp.), *Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008.

RAWLS, John, *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

RIBOTTA, Silvina, *John Rawls sobre (des)igualdad y Justicia*, Madrid, Dykinson, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés, *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2015.

RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ, Joaquín (ed.), *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

_____, “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del SIDH”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, Año 1, N° 0.

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, “Benjamin Constant: Estado liberal de Derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo III, Siglo XIX*, vol. II, Libro II, Madrid, Dykinson, 2007.

ROSSI, Miguel Ángel, “Aproximaciones al pensamiento político de Immanuel Kant”, en BORÓN, Atilio (comp.), *Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008.

SABA, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, en ALEGRO, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010.

SALVIOLI, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”; en AA. VV., *Defensa de la Constitución, garantías y controles: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, ed. Ediar, 2003.

SANCINETTI, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret*, Barcelona, 2013.

SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo* (traducción de Manuel Aragón), Madrid, Tecnos, 1990.

_____, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

SELEME, Hugo, *Neutralidad y Justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SIKKINK, Kathryn, *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018.

SINGER, André, “Maquiavelo y el liberalismo: la necesidad de la república”, en BORÓN, Atilio (comp.), *Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Ed. Luxemburg, 2008.

SKINNER, Quentin, *Libertad antes del liberalismo*, Madrid, Taurus, 2004.

TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, México, Fondo de Cultura, 1983.

USCATESCU BARRÓN, Jorge, “Acerca de un concepto romano de aequitas”, en *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos*, N° 5, Madrid, Ed. Complutense, 1993.

VAN PARIJS, Phillippe, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 1993.

VARGAS, Edmundo, “Las observaciones in loco practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, OEA, 1984.

WALZER, Michael, *Las esferas de la Justicia*, México, Fondo de Cultura, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, Buenos Aires, Altaya, 1994.

YOUNG, Iris Marion, “Vida Política y Diferencia de Grupo”, en CASTELLS, Carme (comp.), *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Madrid, Paidós, 1996.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Convención Americana de Derechos Humanos

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém Do Para”

CIDH, Reglamento

MESECVI, Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, OEA, 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.

Informe 54/01, Fondo, “Maria Da Penha Maia Fernández” (Brasil), 16 de abril de 2001.

Informe N° 121/18, José Isabel Salas Galindo y otros (“Invasión de Panamá”) (Estados Unidos), 5 de octubre de 2018.

Informe N° 50/13, Admisibilidad, Petición 1491-06, Familia Cruz Guzmán, México, 12 de julio de 2013.

Informe N° 11/07, Caso Interestatal N° 01/06, Nicaragua c. Costa Rica, 8 de marzo de 2007.

Informe N° 36/05, Inadmisibilidad, Fernando A. Colmenares Castillo (México), 9 de marzo de 2005.

Informe N° 5/05, Gustavo Sastoque Alfonso (Colombia), Admisibilidad, 22 de febrero de 2005.

Informe N°85/98, Admisibilidad, Gilbert Bernard Little (Costa Rica), Caso 11.472 28 de septiembre de 1998.

Informe N° 39/96, Inadmisibilidad, Marzioni (Argentina), Caso 11.673, 14 de marzo de 1997.

Decisión de la Comisión respecto a la admisibilidad en el caso de la Repatriación de haitianos (Estados Unidos), Caso N° 10.675, 11 de febrero de 1994.

Informe N° 27/93, Admisibilidad, Cheryl Monica Joseph (Canadá), Caso 11.092, 6 de octubre de 1993.

Informe N° 29/92, Hugo Leonardo de los Santos Mendoza y otros (Uruguay), Casos 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10374 y 10375, 2 de octubre de 1992.

Informe N° 28/92, Alicia Consuelo Herrera y otros (Argentina), Casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309, 2 de octubre de 1992.

Resolución N° 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828 (México), del 17 de mayo de 1990.

Informe N° 29/88, Clifton Wright (Jamaica), Caso 9.260, 16 de septiembre de 1988.

Corte IDH

Caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 16 de febrero de 2017. Serie C N° 333.

Caso “I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329.

Caso “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Serie C N° 307.

Caso “González Lluy y Otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 1° de septiembre de 2015. Serie C N° 298.

Caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Serie C N° 289.

Caso “Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 19 de mayo de 2014. Serie C N° 277.

Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257.

Caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C N° 252.

Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250.

Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.” Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C N° 245.

Caso “Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C N° 242.

Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.

Caso “Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.” Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.

Caso “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214.

Caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.

Caso “Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C N° 195.

Caso “Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C N° 194.

Caso “Castañeda Gutman c. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.

Caso “Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177.

Caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.

Caso “Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 169.

Caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160.

Caso “Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135.

Caso “Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C N° 127.

Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Excepciones Preliminares”. Sentencia del 7 de marzo de 2005. Serie C N° 122.

Caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119.

Caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones.” Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C N° 116.

Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.

Caso “Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100.

Caso “Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas”. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C N° 91.

Caso “La Última Tentación de Cristo vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

Caso “Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo”. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo”. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

Caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52.

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala). Fondo”. Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C N° 37.

Caso “Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo”. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C N° 33.

Caso “Genie Lacayo c. Nicaragua. Excepciones Preliminares”. Sentencia del 27 de enero de 1995. Serie C N° 21.

Caso “Fairén Garbi y Solís Corrales c. Honduras. Fondo”. Sentencia del 15 de marzo de 1989, Serie C N° 6.

Caso “Godínez Cruz c. Honduras. Fondo”. Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5.

Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fondo”. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.

Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2.

Asunto Integrantes de la Comunidad Indígena de Choréachi respecto de México. Solicitud de medidas provisionales. Resolución del 25 de marzo de 2017.

Caso “Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Rechazo de la Solicitud de Medidas Provisionales”. Sentencia del 4 de septiembre de 2013.

Caso “Natera Balboa respecto de Venezuela. Medidas Provisionales”. Resolución del 19 de agosto de 2013.

Caso “B. respecto de El Salvador. Medidas Provisionales.” Resolución del 29 de mayo de 2013.

Caso “Castro Rodríguez respecto de México”. Resolución del 13 de febrero de 2013.

Caso “Wong Ho Wing respecto de Perú. Medidas Provisionales.” Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte IDH, 6 de diciembre de 2012.

Caso “Cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros respecto de Panamá”, Resolución del 28 de mayo de 2010.

Caso “Carpio Nicolle y otros respecto de Guatemala. Medidas Provisionales”. Resolución del 6 de julio de 2009.

Caso “Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela. Medidas Provisionales”. Resolución del 2 de febrero de 2007.

Medidas Provisionales. Resolución del 24 de noviembre de 2000.

Caso “Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de República Dominicana. Medidas Provisionales.” Resolución del 18 de agosto de 2000.

Caso “James y otros respecto Trinidad y Tobago. Medidas Provisionales”. Resolución del 25 de mayo de 1999.

Caso “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) respecto de Guatemala. Medidas Provisionales”. Resolución del Presidente de la CorteIDH del 10 de febrero de 1998.

Caso “Caballero Delgado y Santana respecto de Colombia. Medidas Provisionales”. Resolución del 16 de abril de 1997.

Caso “Colotenango respecto de Guatemala. Medidas Provisionales”. Resolución del 22 de junio de 1994.

Caso “Chipoco respecto de Perú. Medidas Provisionales”. Resolución del Presidente de la CorteIDH del 14 de diciembre de 1992.

“Casos Penales Peruanos respecto de Perú. Medidas Provisionales”. Resolución del Presidente de la CorteIDH del 14 de diciembre de 1992.

Caso “Chunimá respecto de Guatemala. Medidas Provisionales”. Resolución del 1° de agosto de 1991.

Caso “Velásquez Rodríguez respecto de Honduras. Medidas Provisionales”. Resolución del 15 de enero de 1988.

Naciones Unidas

Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968, ONU Doc. A/CONF.32/41

Comité DESC

Observación General N° 3, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990.

Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto (19° período de sesiones, 1998)

Comité CEDAW

CEDAW, A/57/38, Estonia, 2002.

- CEDAW/C/THA/CO/6-7, Tailandia, 2017.
- CEDAW/C/NGA/CO/7-8, Nigeria, 2017.
- CEDAW/C/SWE/CO/8-9, Suecia, 2016.
- CEDAW/A/56/38, Vietnam, 2001.
- CEDAW/A/57/38, Bélgica, 2002.
- CEDAW/C/PHI/CO/6, Filipinas, 2006.
- CEDAW/A/54/38, España, 1999.
- CEDAW/A/55/38, Belarús, 2000.
- CEDAW/C/ROU/CO/7-8, Rumanía, 2017.
- CEDAW/C/URY/CO/8-9, Uruguay, 2016.
- CEDAW/A/57/38, Portugal, 2002.
- CEDAW/A/57/38, Trinidad y Tobago, 2002.
- CEDAW/A/54/38/Rev.1, Colombia, 1999.
- CEDAW/C/RWA/CO/7-9, Ruanda, 2017.
- CEDAW/C/LKA/CO/8, Sri Lanka, 2017.
- CEDAW/C/IND/CO/4-5, India, 2014.
- CEDAW/C/MLI/CO/6-7, Mali, 2016.
- CEDAW/C/BHI/CO/3, Bosnia y Herzegovina, 2006.
- CEDAW/C/MEX/CO/6, México, 2006.
- CEDAW/C/BGD/CO/8, Bangladesh, 2016.
- CEDAW/A/57/38, Suriname, 2008.
- CEDAW/C/ECU/CO/7, Ecuador, 2002.
- CEDAW/C/SWE/CO/8-9, Suecia, 2016.
- CEDAW/C/63/D/46/2012, dictamen aprobado el 22 de febrero de 2016.
- CEDAW/C/61/D/24/2009, dictamen aprobado el 13 de julio de 2015
- CEDAW/C/58/D/47/2012, dictamen aprobado el 16 de julio de 2014

CEDAW/C/52/D/32/2011, dictamen aprobado el 23 de julio de 2012
CEDAW/C/49/D/20/2008, dictamen aprobado el 25 de julio de 2011.
CEDAW/C/46/D/18/2008, dictamen aprobado el 16 de julio de 2010.
CEDAW/C/39/D/5/2005, dictamen aprobado el 6 de agosto de 2007.
CEDAW/C/67/D/75/2014, dictamen adoptado el 21 de julio de 2017.
CEDAW/C/36/D/4/2004, dictamen aprobado el 14 de agosto de 2006.
CEDAW/C/49/D/23/2009, dictamen aprobado el 25 de julio de 2011.
CEDAW/C/51/D/19/2008, dictamen aprobado el 28 de febrero de 2012.

CEDAW/C/53/D/31/2011, dictamen aprobado el 12 de octubre de 2012.

CEDAW/C/57/D/34/2011, dictamen aprobado el 21 de febrero de 2014.

CEDAW/C/61/D/45/2012, dictamen aprobado el 13 de julio de 2015.

CEDAW/C/66/D/58/2013, dictamen aprobado el 28 de febrero de 2017.

CEDAW/C/GC/35, Recomendación General N° 35 sobre La violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, 26 de julio de 2017.

Recomendación General N° 19 sobre La violencia contra la mujer, 29 de enero de 1992.

Comité de Derechos Humanos (CDH)

CCPR/CO/77/MLI, Mali, 2003.

CCPR/CO/79/LKA, Sri Lanka, 2003.

CCPR/CO/83/GRC, Grecia, 2005.

CCPR/CO/74/SWE, Suecia, 2002.

CCPR/C/79/Add.120, Mongolia, 2000.

CCPR/CO/80/LTU, Lituania, 2004.

CCPR/C/MDG/CO/3, Madagascar, 2007.

CCPR/C/BGD/CO/1, Bangladesh, 2017.

CCPR/C/SVK/CO/4, Eslovaquia, 2016.

CCPR/C/BFA/CO/1, Burkina Faso, 2016.

CCPR/C/MAR/CO/6, Marruecos, 2016.

CCPR/CO/84/SYR, Siria, 2005.

CCPR/CO/84/YEM, Yemen, 2005.

CCPR/C/119/D/2245/2013, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017.

CCPR/C/102/D/1610/2007, dictamen aprobado el 18 de julio de 2011.

Observación General N° 6 sobre Derecho a la vida (1982).

Observación General N° 19 sobre La Familia (1990).

Observación General N° 20 sobre Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 1992.

Observación General N° 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida (2018).

Comité contra la Tortura (CAT)

CAT/C/GHA/CO/1, Ghana, 2011.

CAT/C/IRQ/CO/1, Irak, 2015.

CAT/C/USA/CO/2, Estados Unidos de América, 2006.

CAT/C/USA/CO/3-5, Estados Unidos de América, 2014.

CAT/C/CR/33/1, Argentina, 2004.

CAT/C/COL/CO/5, Colombia, 2015.

CAT/C/IRQ/CO/1, Irak, 2015.

CAT/C/LKA/CO/3-4, Sri Lanka, 2011.

CAT/C/GBR/QPR/6, Reino Unido, 2016.

CAT/C/QAT/CO/3, Qatar, 2018.

CAT/C/JOR/CO/3, Jordania, 2016.

CAT/C/PAK/CO/1, Pakistán, 2017.

CAT/C/16/D/41/1996, dictamen aprobado el 8 de mayo de 1996.

CAT/C/20/D/83/1997, dictamen aprobado el 15 de mayo de 1998.

CAT/C/24/D/143/1999, dictamen aprobado el 10 de mayo de 2000.

CAT/C/60/D/579/2013, dictamen aprobado el 1 de mayo de 2017.

