

V. 5 N. 2

JULHO A DEZEMBRO DE 2017

ISSN (EISSN- 2359-0742).

REVISTA  
CIENTÍFICA  
SMG

I SIMPOSIO INTEGRACIÓN DE  
DERECHOS FUNDAMENTALES

UNIVERSIDAD DE  
**Belgrano**  
BUENOS AIRES - ARGENTINA

## APRESENTAÇÃO

Tomados de incomensurável satisfação, apresentamos aos leitores da Revista SMG, os frutos do “I Simpósio de Integración de Derechos Fundamentales”, realizado em Agosto de 2017 na arrebatadora cidade autônoma de Buenos Aires. O evento de grande relevância acadêmica foi organizado pela Universidad de Belgrano, sob coordenação do estimado Prof. Dr. Damián Rodrigo Pizarro e pela Faculdade Santa Maria da Glória, na pessoa do ilustre Prof. Me. Rodrigo Róger Saldanha.

Inúmeros debates sobre direitos fundamentais, em 6 mesas vinculadas a diferentes matérias jurídicas, foram travados por mais de 30 acadêmicos, pesquisadores e juristas da Argentina e do Brasil, atuantes em inúmeras instituições de ensino latino-americanas, que apresentaram pesquisas inéditas sobre o contexto dos direitos fundamentais na América Latina.

Além da extensa troca de experiências e aprendizado, o evento consolidou o convênio firmado entre a Universidade de Belgrano e a Faculdade Santa Maria da Glória que visa, em linha gerais, o estreitamento da produção científica, do processo de ensino integrado e consolidação da extensão universitária entre estudantes argentinos e brasileiros das referidas instituições.

Nesta edição, reuniram-se parte dos melhores trabalhos apresentados no “I Simpósio de Integración de Derechos Fundamentales”. Torna-se fulgente a integração entre os pesquisadores, uma vez que dentre as exposições, pode-se observar “O caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) c/ Estado do Brasil”, de autoria do pesquisador argentino, Ignacio Bertrand.

Somos brindados com a exposição do eminente Prof. Dr. Jorge Luis Villada, da Universidade Católica de Salta, sobre o tema “Derecho Penal y Política Criminal”. Na mesma senda de debates acerca da integração dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível a leitura do trabalho “Discapacidad en la jurisprudencia de la CIDH. Aportes de las Reglas de Brasilia”, de autoria do pesquisador argentino Marcos Daniel D’Loreto.

Por conseguinte, é indispensável a leitura da pesquisa produzida pela Dra. Sabrina Verónica Vázquez Páez, docente na Universidad Abierta Interamericana, sobre o tema “El vacío Legal frente a la gestación por sustitución.”

A acuidade com que se analisou algumas jurisprudências é impressionante, na exposição denominada de “Taller de Jurisprudencia Especializado”, pelo nobre Prof. Dr. Jeronimo Nicolas

Mario Serritella da Univesidad de Belgrano, torna-se leitura obrigatória para reflexão acerca do presente e futuro pertinente à atividade jurídica.

Por derradeiro, os sinceros relatos do eminente Prof. Dr. Damián Rodrigo Pizarro acerca da realização do “I Simpósio de Integración de Derechos Fundamentales”, no texto “LA IMPORTANCIA DE RE-ENCONTRARNOS”, revelam-se a inestimável contribuição acadêmica e científica do evento a todos que participaram, seja na qualidade de ouvinte, expositores, professores ou juristas.

Não poderíamos, portanto, deixar de reiterar a honra de participar deste evento e de fazer parte de uma importante parceria acadêmica firmada entre a Univesidad de Belgrano e Faculdade Santa Maria da Glória.

Imprescindível ainda, agradecer a Universidad de Belgrano e a Faculdade Santa Maria da Glória pela imaculada organização e coordenação do evento. Também externar os nossos sinceros agradecimentos à todos os participantes do evento: estudantes, juristas e professores, que contribuíram para o debate científico de alto nível. Ainda, agradecer o apoio e incentivo de outras instituições participantes como a Associação Brasileira de Advogados em Buenos Aires (ABA-BA), o Centro Colombiano de Estudios Constitucionales (C.C.E.C.) e a Universidad Católica de Salta (UCASAL).

Maringá, maio de 2018.

**Prof. Me. Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski**

*Coordenador científico do I Simpósio de Integración de Derechos Fundamentales*

LA IMPORTANCIA DE RE-ENCONTRARNOS. Por Damián Rodrigo Pizarro<sup>1</sup>

*“La unidad de nuestros pueblos no es simple quimera de los hombres  
sino inexorable decreto del destino”*

*Simón Bolívar*

## INTRODUCCIÓN.

Hace un poco más de un año nos convocaba otra actividad junto a los profesores Rodrigo Saldanha y Matheus Wolowski, y creímos que había algo más por hacer.

Durante este tiempo, entre idas y vueltas, además de mucho *portunhol*, analizamos los temas a tratar, cómo incluirlo en la mecánica de los cursos que se daban en nuestra Universidad de Belgrano y así amalgamar los ejes temáticos.

Lo cierto es que nuestra UB abrió sus puertas y nos mostró que podíamos contar con ella, dándonos un lugar de privilegio para nuestra actividad los días 10 y 11 de agosto del 2017.

## DESARROLLO DEL SIMPOSIO.

El Simposio estuvo organizado en seis mesas que pueden describirse como DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES CONTEMPORÁNEAS, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL, SALUD, IGUALDAD Y DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS FAMILIAS, REALIDAD PROFESIONAL ACTUAL y, a modo de cierre, un espacio de reflexión sobre los Derechos Humanos en la Jurisprudencia a cargo de alumnos de la Universidad de Belgrano denominado TALLER DE JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA.

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de Derecho Público. Director de la Asociación Brasileña de Abogados en Buenos Aires. Editor.

En estos espacios se trataron los ejes Derechos fundamentales, Garantías constitucionales, Derechos de las personas con discapacidad, Libertades contemporáneas, Integración regional, Mercosur, Derecho internacional, Derecho humanitario, Derechos de usuarios y consumidores, Derecho penal, y un sinnúmero más de temas muy importantes y que requerían un tratamiento regional. Hemos cumplido en gran parte con nuestro anhelo.

#### PALABRAS FINALES Y AGRADECIMIENTOS.

Como profesor Derechos Humanos de la UB ha sido un placer poder coordinar con mis colegas de Matheus y Rodrigo una actividad de este calibre, con treinta y cuatro expositores de ambos países, en dos jornadas muy dinámicas y concurridas, y donde los Derechos Humanos fueron el centro de la escena, para enseñar, difundir y replantear.

Por lo que no quedan más que palabras de agradecimiento tanto a los expositores que han actuado con sumo profesionalismo y dedicación, a los profesores que acompañaron este proyecto con estima y entrega, a las instituciones SMG y FAFIMAN, y a todos y cada uno de los presentes, quienes reforzaron con sus presencias, miradas, comentarios y preguntas, los verdaderos motivos por lo que ideamos esta actividad: difundir los derechos humanos y plantear interrogantes sobre su alcance.

No podemos olvidar de la ayuda que hemos recibido de nuestras familias, quienes nos apoyan día a día y nos permiten apartarnos un poco para dar estos aportes a la causa.

También agradecemos el especial apoyo de la Associação Brasileira de Advogados em Buenos Aires (ABA-BA), del Centro Colombiano de Estudios Constitucionales (C.C.E.C.) y de la Universidad Católica de Salta (UCASAL).

Muy especialmente, agradecemos a la Universidad de Belgrano y a sus autoridades y dependencias que han encauzado a que este evento académico argentino-brasileño, y viceversa, sea un sueño realizado, pero más bien un punto de partida.

Un cordial abrazo,

Damián R. Pizarro

[drpizarrodamian@gmail.com](mailto:drpizarrodamian@gmail.com)

## **Taller de Jurisprudencia Especializado**

### **I Simposio de Integración de Derechos Fundamentales en la Universidad de Belgrano (Argentina).**

A raíz de la invitación personal del Dr. Damián Pizarro, profesor de la asignatura Derechos Humanos en la Fundación Universidad de Belgrano, se me solicitó que integrara la mesa expositora de jurisprudencia especializada junto con otros compañeros de cursada a fin de disertar sobre fallos emblemáticos para la doctrina local.

Los temas que me fueron asignados han sido objeto de severas críticas y repudio por gran parte de la sociedad en consecuencia de lo dictado por los magistrados en los fallos de la Corte Suprema de la Nación en “Fontevicchia c/ Estado Nacional Argentino” y en “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/Recurso extraordinario”, más conocido como el polémico 2x1.

En primer término el fallo “Fontevicchia” lo que ha producido es una ruptura en la doctrina adoptada en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema de la Nación respecto de los pronunciamientos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos donde el Estado Nacional Argentino ha incurrido en responsabilidad internacional. Lo interesante de este fallo no es solo su polémico contenido, sino la decisión adoptada por el máximo tribunal Argentino respecto del decisorio determinado por la Corte IDH sobre una sentencia ya pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

En base a la denuncia de los periodistas Argentinos, Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico (Editorial Perfil S.A.) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos imputando al Estado Argentino en responsabilidad internacional por violar sus derechos (libertad de expresión – pensamiento), se emitió un dictamen dándole aceptación para su juzgamiento por parte de la Corte IDH. Pasados 10 años de la denuncia incoada por los periodistas, la Corte IDH emitió un dictamen, el cual fue remitido tanto a la CSJN y a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación Argentina, del cual su contenido adoptaba polémicas y trascendentales disposiciones a cumplir por parte del Estado Argentino en su conjunto.

En primer lugar la Corte IDH declaró que efectivamente el Estado Argentino había violado el derecho a la “libertad de expresión y de pensamiento” de los denunciantes, afirmando que la sentencia constituía una reparación per se además de la siguiente disposición; dejar sin efecto la condena civil y la atribución de responsabilidad de Fontevecchia y D’Amico, publicar la sentencia condenatoria en diarios de amplia circulación y en el portal judicial de la CSJN y en ultimo lugar, hacer entrega de las sumas de dinero que los denunciantes pagaron en concepto de reparación por los gastos asumidos (tramite de proceso interno-tramite de proceso internacional-costas-intereses-tasa de justicia). En una votación histórica luego de darle lugar al pronunciamiento por parte de la Procuraduría General de la Nación, en un voto en conjunto (4 – 1) se declino la sentencia de la Corte IDH aunque se dio cumplimiento a alguna de las disposiciones impuestas.

Sobre la sentencia de la Corte IDH, la CSJN dispuso en un de jure de soberanía interna emanada en la Constitución Nacional en el principio de derecho internacional público sobre la esfera de reserva del Estado Argentino, mas conocida como el “Margen de Apreciación Nacional” normado del Art. 27° de la Carta Magna para dejar sin efecto la misma. En los fundamentos vertidos por los magistrados para justificar dicha decisión en primer termino se trato de atacar y determinar que la Corte IDH no funciona como una 4° instancia revisora, sino que es un sistema de protección “*subsidiario*“ y de “*naturaleza complementaria y coadyuvante*”. La Corte IDH no tiene carácter de tribunal de apelación o casación de organismos jurisdiccionales nacionales (ya que solo pueden señalar violaciones procesales pero no poseen competencia para subsanar violaciones del ámbito interno); *Fallo Genie, Lacayo*. En mismo termino, haciendo anuencia sobre lo dicho previamente, el tribunal internacional no puede examinar errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido en instancias inferiores, los tribunales nacionales, ya que revocar las sentencias implicaría una violación a los principios estructurales del sistema interamericano de derechos humanos, como a su vez, violar la Carta Magna en sus artículos 27° - 108° en el cual, se determina que el máximo interprete de la Constitución y el derecho corresponde al Poder Judicial de la Nación siendo su órgano supremo la CSJN. De igual manera, citando a Joaquín V. González : “Un tratado no puede ni debe afectar ni alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar formas de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio, restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la CN a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir ni disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos“, se determina no revocar la sentencia pronunciada por el máximo tribunal Argentino.

Se hizo caso omiso a la petición de la Procuraduría General de la Nación en el cual se citaba y mencionada senda jurisprudencia de Corte en la cual, ya se habían revertido las sentencias o cesado los efectos que las mismas producían, ejemplos de estos son Fallo Derecho, René; Fallo Esposito; Fallo Bulacio vs. Argentina son solo algunos de los cuales, demuestran que la CSJN ha revertido sus pronunciamientos y ha cumplido con la manda internacional dispuesta por la Corte IDH. En conclusión no se ha revocado la sentencia ni se ha constituido reparación pecuniaria alguna a favor de los denunciantes, sin embargo, el único punto cumplido de la sentencia de la Corte IDH ha sido la publicación en el portal de información jurídica en la web (CIJ – CSJN Jurisprudencia) sobre la resolución determinada por el tribunal internacional. Lo que invocaron los jueces fue el *“correcto dialogo jurisprudencial que mantenga convergencia entre los distintos órganos dentro de sus esferas de competencia”*.

Lo interesante aquí es el voto en disidencia del Dr. Maqueda el cual ha hecho especial énfasis en el precepto *“Pacta Sunt Servanda”* de derecho internacional público, argumentando que el Estado Nacional Argentino no puede ni debe elegir en que ocasiones acogerse a los tratados ratificados por el Honorable Congreso de la Nación según su conveniencia y oportunidad, ya que si se determina responsabilidad internacional, no puede hacerse oídos sordos respecto de la culpabilidad del Estado Argentino. La decisión adoptada por el máximo tribunal Argentino servirá de caso testigo en el que se demuestra que la sentencia por un tribunal internacional ordenando la revocación de un pronunciamiento dictada por un tribunal interno no operara ni se realizará.

Sobre el Fallo “Bignone” más conocido como “Muiña” o “2x1” el pronunciamiento efectuado por el tribunal supremo ha sido objeto de numerosos debates, pedidos de juicio político, denuncias penales, marchas de repudio, indignación y consternación por parte de la sociedad Argentina, en un sentimiento de retroceso respecto de un elemento clave en el “Contrato Social” firmado por todos los habitantes a raíz de la vuelta de la democracia en 1983.

Bignone es un civil que ha sido detenido en 2007 y condenado en 2011 a una pena privativa de la libertad de 13 años de prisión efectiva por haber participado de un grupo paramilitar que torturaba y secuestraba personas durante la dictadura militar (1976-1983). El centro de la cuestión aquí, es que el condenado ha solicitado acogerse al beneficio del derecho penal conocido como “Ley Penal Más Benigna“, reconocido por el Estatuto de Roma y ratificado por el Estado Argentino a través de la ley nº 26.200, mediante el recurso de queja, ya que su recurso extra ordinario ha sido denegado por la instancia previa.



Haciendo una línea temporal para entender la discrepancia del pedido incoado por el condenado cabe destacar lo siguiente, en primer termino, los delitos que se le imputan y por los cuales se le condenaron ocurrieron a partir de 1976 (los delitos de lesa humanidad, por disposición doctrinaria de la CSJN han sido determinados como delitos de ejecución permanente), en 1994 se dicto la ley 24.390 (cuya finalidad era reducir la población carcelaria en prisión preventiva sin condena efectiva) con la cual, cada día posterior al segundo año de encarcelamiento preventivo valdría como 2 días de prisión efectiva. Posteriormente en Mayo de 2001 dicha ley se deroga con la 25.430 que dejaba sin efecto el Art. 7° (el cual invocaba en su pedido Muiña para justificar su pronta salida del establecimiento penitenciario). En 2007 se lo encarcela y en 2011 se lo condena.

El centro de la cuestión aquí es la “coexistencia de leyes” y no la sucesión de leyes tal como fundamento en su pedido el condenado además de determinar, bajo que régimen corresponde el computo de la pena para conceder o no el beneficio que el condenado solicita.

En un voto que se definió en (2 – 3) a favor del condenado los votos en disidencia, los magistrados hicieron énfasis especial en el texto normativo al cual hacia mención el condenado. “Cuando la norma no exige esfuerzo en su comprensión, la misma debe aplicarse directa y automáticamente prescindiendo de consideraciones ajenas al caso que contemple” por lo cual corresponde hacer a lugar al pedido que solicita el condenado. En cuestión, el Art. 2° del Código Penal Argentino versa de la siguiente manera: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.”

En los fundamentos a favor de Highton de Nolasco, Rossati y Rozenkrantz es repetida la frase justificativa de dicha decisión; “el adverbio siempre no deja lugar a dudas sobre extender la benignidad normativa para todos los supuestos en los que deba aplicarse”; haciendo mención sobre la impericia de los legisladores al no haber previsto un régimen diferenciado para los delitos de lesa humanidad, o haber previsto una excepción a la aplicación de dicho principio penal. Sin embargo, determinaron que no existen dudas respecto del tiempo intermedio entre la fecha de comisión de delitos y que dicha sentencia fue dispuesta en un momento donde la 24.390 no estaba vigente.

Al enfrentarse al dilema moral que le tocaba a los magistrados a la hora de emitir sentencia respecto de un tema tan delicado como lo son los “delitos de lesa humanidad”, demostrar que el estado de derecho funciona y extiende sus garantías para todas las personas por igual, inclusive para aquellos que han sido condenados por caer en la situación mas vejatoria e indigna en la que se puede caer, sustentan el apego a la ley y su estricto cumplimiento, motivo por el cual se entiende porque fallaron a favor del condenado.

Sobre los votos en disidencia efectuados por el Dr. Lorenzetti y del Dr. Maqueda, lo que se rescata es su fervor y su pasión para explicar y fundamentar porque no corresponde conceder dicho beneficio. En sus escritos afirman que el condenado ha cometido en mas de 5 oportunidades los delitos por los cuales ha sido condenado, y que el cumplimiento de la pena es una parte importantísima en la ejecución de la misma, por lo cual “la concesión de beneficios o indultos es incompatible con la obligación de la imposición de penas adecuadas” *Fallo Mazzeo*.

Si se diera lugar a la pretensión del recurrente, se aparejaría desnaturalizar una sanción que fue oportunamente fijada como adecuada y en la cual, se dictamino que el beneficio solicitado no correspondía al tiempo en el cual, el condenado, efectivamente estuvo restringido de su libertad con la prisión preventiva. Y en ultimo termino, haciendo alusión a lo manifestado por la sociedad, ir en contra del castigo y búsqueda de memoria y justicia respecto de los delitos de lesa humanidad implica una ruptura en el contrato social argentino, el cual ha sido de estricto cumplimiento a través de políticas de estado y derogación de leyes de indulto y de punto final, demostraría un severo retroceso que solo brindaría impunidad a los condenados.

Tal y como mencione precedentemente, dicho fallo ha provocado repugnancia en la sociedad, marchas de repudio frente a los tribunales, el dictado de una norma que excluye “taxativamente” el beneficio solicitado por el recurrente para los condenados a delitos de lesa humanidad, el pedido de renuncia del Director de Derechos Humanos Claudio Avruj, el pedido de juicio político de los jueces que fallaron a favor, como así también, la solicitud del beneficio por parte de 300 ex represores condenados.

En lo que a mi me concierne, el simposio ha sido lugar de debate para el tratamiento de estos tópicos, como así también de fundamental importancia para determinar que es lo que queremos para nuestro futuro como abogados y repudiar lo que no queremos que suceda nunca más.

JERONIMO NICOLAS MARIO SERRITELLA

Universidad de Belgrano

## **El vacío Legal frente a la gestación por sustitución.**

La sociedad actual se caracteriza, entre otras cosas, por su constante dinamismo; por un lado, la ciencia nos ha facilitado nuevas herramientas y técnicas que han despertado la esperanza en innumerables hombres y mujeres que hasta hace poco se sentían frustrados frente al derecho, deseo y sueño de procrear, por alguna imposibilidad médica, física o simplemente, por ejemplo, por formar parte de una pareja homosexual masculina, siendo la adopción su única opción para ser madre/ padre; por otro lado, la estructura de familia dejó de adquirir una sola forma, incorporando diversas modalidades y estructuras que fueron reclamando la aceptación social, luchando contra la discriminación y clamando por una nueva sociedad, más inclusiva, menos incorrectamente discriminatoria<sup>2</sup> y abierta a nuevos paradigmas que respondan a nuevas necesidades sociales.

En este contexto, en Argentina se sanciona en junio de 2013, la Ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" y en el año 2015 se unifica el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) en el que se incluye la regulación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”.

Si bien estas normas han facilitado el acceso a técnicas de reproducción humana asistida a un gran número de personas, se han dejado fuera del derecho a procrear a muchas otras, en cuanto se dejó fuera de la normativa precedentemente expuesta a la técnica de gestación por sustitución.

---

<sup>2</sup> La palabra “discriminar” tiene una doble acepción, según el Diccionario de la Real Academia Española:

1. tr. Seleccionar excluyendo.

2. tr. Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.

Considerando la primera acepción, es evidente que es posible “discriminar correctamente” a fin de seleccionar aquello que debe ser excluido para terminar “seleccionando lo mejor de acuerdo al propósito de la selección que se lleva a cabo”... Por ejemplo, si se seleccionan uvas para elaborar una determinada calidad de vino, no es posible “discriminar incorrectamente” sin afectar la calidad del vino, es decir, no es bueno ni útil “discriminar incorrectamente” para realizar una selección con noble o siquiera positivo propósito. Los estándares de “correcta discriminación” deben ser observados a fin de utilizarlos adecuadamente en función del propósito de la selección de que se trate. Es evidente entonces es disvalioso “discriminar incorrectamente” empero, en innumerables situaciones es bueno, útil y necesario “discriminar correctamente”.

Dicha técnica, está destinada a personas que padecen problemas médicos y/o estructurales que les impide llevar a cabo la gestación; algunas de estas patologías son causadas por malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita, hipoplasia uterina, entre otras; también está destinado a parejas conformadas por dos hombres.

La gestación por subrogación consiste en la fecundación de gametos in vitro o mediante otra técnica, que pueden ser aportados por uno o dos de los requirentes –en caso de parejas del mismo sexo, aporta uno de ellos y se recurre a un donante anónimo, para llevar a cabo la fecundación- y ser transferido a una tercera persona, quien será la mujer gestante.

Es menester destacar que la mujer gestante no tiene vínculo genético con el bebé que llevará en su vientre hasta finalizar el embarazo, por no aportar ella el óvulo. En cambio, si lo tendrá con uno o los dos integrantes de la pareja requirente, en cuanto sean los aportantes de gametos.

Algunos de los motivos por los cuales no se incluyó la técnica de gestación por sustitución, en la Ley 26.862 y en el CCCN, responden a fundamentos éticos, morales y religiosos, mas no todos. En algunos casos, la oposición a incluir en el CCCN estas técnicas de gestación por sustitución fueron apoyadas por argumentos estrictamente religiosos, lo cual no es ni bueno ni justo en una Sociedad que declama pluralismo y respeto de ideas diferentes. En este punto es imprescindible recordar que la ética, la moral y la ley, cumple cada una de ellas una función, de manera que no cabe confundirlas entre sí ni soslayar sus diferencias y alcances cuando se trata de establecer reglas para toda la comunidad, parte de la cual puede tener “ideas morales” distintas entre sí. Habrá que ver hasta qué punto es posible –y deseable- que algunas ideas morales de algunas religiones, por ejemplo, no se tengan en cuenta a la hora de legislar, en pro de la libertad de otras ideas que no se hallan limitadas por aquellas “pautas morales” que sólo son enarboladas y respetadas por alguna o algunas religiones mas no por todas ellas. En esta cuestión, del debate se vuelve filosófico y, por ende, será desde la Filosofía del Derecho que cabrá discernir la cuestión con más cuidado y precisión que los que se necesitan para legislar en cuestiones no tan complejas. Nótese que con argumentos que no se apoyan en perjuicios físicos o psicológicos, o en la vulneración de derechos fundamentales, pueden “fundarse” oposiciones a legislar aquello que a otros grupos de la misma Sociedad lo conciencian como útil y hasta necesario para que todos los integrantes de la misma Sociedad hallen su remedio a necesidades

básicas y nobles como es la de adoptar el rol de padre/madre; en definitiva dichas “oposiciones” que podríamos calificar de “indeseables” e “injustas” dejan sin tratamiento a una técnica que actualmente es practicada en nuestro país sin ninguna garantía y resguardo legal para todas las partes que intervienen en el proceso y vulnerando los derechos del niño, antes y después de su nacimiento.

En este orden, consideramos que no regular la técnica de gestación por sustitución, no sólo deja la resolución de los casos, en los cuales se lleve a cabo la técnica, en el poder discrecional de los jueces, sino que genera un vacío legal que deja al descubierto la vulneración de derechos fundamentales y la ausencia del Estado para garantizar los mismos, sin que por supuesto quepa endilgarles a los jueces la consecuencia disvaliosa del vacío legal que aquí se señala.

En igual sentido, la omisión del Estado ante la tratativa de la regulación de la técnica en cuestión, excluye a parte de la Sociedad del derecho al acceso a la salud y a procrear, sin importar qué porcentaje sea, el derecho a la salud debe incluirnos a todos, cuando se trata de un Estado de Derecho.

La ciencia nos ha facilitado esta maravillosa técnica que amplía derechos y posibilidades; la sociedad en constante dinamismo fue ampliando el concepto de familia, cambiando paradigmas, aceptando al “otro diferente a mí”, en pos de una sociedad más inclusiva y menos discriminatoria, y siguiendo este mismo lineamiento; en búsqueda de una sociedad que evoluciona, acepta, crece, incluye y protege a quienes lo integran.

De esta manera, siguiendo un mismo orden, la ciencia del derecho debe acompañar el avance científico y responder a las nuevas necesidades sociales generadas a raíz de las nuevas herramientas que la ciencia nos brinda para la resolución de problemas médicos; pues no se puede disociar el derecho de la realidad social.

Brasil, a diferencia de Argentina, carece de legislación que regule y acepte el matrimonio civil igualitario; no obstante ello, el pleno del Supremo Tribunal Federal, en la sesión de juicio del 5 de mayo de 2011, reconoció y calificó como entidad familiar la unión estable homoafectiva. (ADI 4.277 y ADPF 132).

Así es, como el La **Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015**, adopta determinadas normas éticas para la ejecución de la técnica de reproducción por subrogación de vientres, incluyendo a las parejas homosexuales para este procedimiento u otro que requieran, en pos de garantizar el derecho a la salud y a la procreación, a saber:

- ✓ La gestante debe someterse al proceso de forma altruista, es decir, que la donación temporal del útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial.
- ✓ La donante temporal del útero debe pertenecer a la familia de uno de los requirentes en parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado (primer grado -madre, segundo grado -hermana / abuela, tercer grado -tía, cuarto grado -prima). Los demás casos están sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.
- ✓ Las excepciones al límite de 50 años para la participación del procedimiento serán determinadas, con fundamentos técnicos y científicos, por el médico responsable y después de aclaración en cuanto a los riesgos involucrados.
- ✓ La madre requirente debe tener un problema médico que impida o contraindiquen la gestación de forma natural.
- ✓ Se permite el uso de las técnicas para relaciones homoafectivas y personas solteras, respetando el derecho a la prevención de la conciencia por parte del médico.

Si bien Brasil, a diferencia de la Argentina, ha logrado regular la técnica de gestación por sustitución, condiciona el procedimiento a un vínculo intrafamiliar entre las partes y con una finalidad altruista.

Consideramos que imponer las limitaciones antedichas, sigue excluyendo del derecho a la salud y al acceso a la técnica de gestación por sustitución, a un grupo de personas, que como ya hemos advertido anteriormente, no importa el número ni porcentaje que representen, pues cuando se trata de un Estado de Derecho, éste debe garantizar los derechos de cada integrante de la sociedad.

Dra. Sabrina Verónica Vázquez Páez  
Abogada  
U.A.I. – U.M.S.A.

## I SIMPOSIO

### INTEGRACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### UNIVERSIDAD DE BELGRANO

**Mesa III: Salud, igualdad y derechos humanos - Dres. Rodrigo Saldanha, Marcos D' Loreto y Damián R. Pizarro.**

**"Discapacidad en la jurisprudencia de la CIDH.**

**Aportes de las Reglas de Brasilia"**

Marcos Daniel D' Loreto<sup>3</sup>

Email: [dloretomarcos@gmail.com](mailto:dloretomarcos@gmail.com)

Los conceptos de salud, igualdad y Derechos humanos están muy presentes e intrínsecamente ligados con el concepto de discapacidad, puesto que como bien lo manifiesta la Convención sobre los derechos de la personas con discapacidad en su artículo 1, la discapacidad no hace eje en las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sino que estas son un elemento que conforma dicho concepto, puesto que la persona que posee estas deficiencias, estarían en el colectivo de persona con discapacidad cuando al querer participar en la vida social en igualdad de condiciones con aquel que no posee dichas deficiencia, se ve impedido de hacerlo.

Aquí es donde aparecen las barreas que restringen el ejercicio de derechos fundamentales, como ser la igualdad, los derechos humanos y el derecho a la salud.

Ahora bien, los Estados son aquello que deben velar por garantizar y hacer respetar a toda su población el ejercicio de estos derechos fundamentales, pero lamentablemente, la realidad demuestra que los propios Estados en más de una oportunidad son los incumplidores, y para exponer esta situación me voy a remitir a dos fallos de la Corte Interamericana de derechos Humanos, en los cuales se plantea la responsabilidad estatal frente a dos personas que requerían la actividad del sus correspondientes Estados a fin de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales.

En primer lugar me voy a remitir al Caso Sebastián Furlan y Familiares contra Argentina. A fin de esgrimir una breve reseña, el 21/12/1988, Sebastián, un niño de 14 años de edad, ingresa a un predio del Ejército Argentino, allí se desprende un bloque de material de 40/50

---

<sup>3</sup> -. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 2016.

-. Ayudante del curso de CPO "Discapacidad y Derechos" del Dr. Juan Antonio Seda.

-. Suboficial de la Policía Federal Argentina.

kilogramos y le golpea la cabeza. El diagnóstico médico brindado en ese momento arrojaba un 70 % de discapacidad mental.

A raíz de ello, se inicia en Argentina un proceso judicial, en el cual se manejaron los siguientes plazos: el 18/12/1990 se interpone demanda, el 07/09/2000 fallo de primera instancia; el 23/11/2000 fallo segunda instancia. En ambas instancias se determinó la concurrencia de responsabilidad en un 30% por parte de Sebastián y en un 70% del Estado Nacional Argentino.

Se indemnizó a Sebastián, ya con 26 años de edad, con un importe de \$130.000, que se vieron afectados por la Ley 23.982 de 1991, la cual estructura las obligaciones vencidas de causa o título anterior al 1/04/1991. Por ello, el 12/03/2003 el Estado entregó 165.803 bonos al beneficiario, que restando las costas del proceso, le quedarían 116.063 bonos, que al venderlos por necesitar el dinero le quedaron \$38.300. Como efectos colaterales y en consecuencia a su discapacidad mental, intentó suicidarse en dos ocasiones y también golpeó a su abuela, dando origen esto último a una causa penal en su contra.

Habiendo llegado hasta esta instancia, y no encontrando resolución favorable por parte de la justicia argentina, no quedó alternativa que recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacer valer los derechos no reconocidos en Argentina. Luego de evaluar la CIDH cuestiones de competencia y admisión, se comenzó el análisis de fondo, en el cual se plantearon los derechos vulnerados por parte del Estado nacional argentino, como ser, los derechos de niños, niñas y las personas con discapacidad, el plazo razonable para un decisorio de estas características, la protección judicial y el derecho a la propiedad, el derecho a ser oído por parte de Sebastián, la no participación del asesor de menores en el proceso civil, el derecho a la integridad personal y el acceso a la justicia.

En torno a ello la CIDH decidió el 31 de agosto de 2012 que el Estado nacional argentino es responsable por el incumplimiento de la vulneración de derechos esgrimidos anteriormente, por lo cual dispuso que Argentina revirtiera esta situación, tanto en el caso concreto de Sebastián Furlan, como así también adoptar las medidas necesarias para que no se repitieran estos casos.

Puedo concluir que la violación de derechos fundamentales por parte del estado es de tal magnitud, que la dignidad de la persona se encuentra degradada al punto que llevar adelante un proyecto de vida en estas condiciones se torna imposible.

Y aquí es importante destacar, como así también lo mantuvo la CIDH, la condición de vulnerabilidad de Sebastián, como ser la discapacidad y la pobreza, que nunca se tuvo en cuenta al momento de llevar adelante el proceso judicial.

Un segundo caso que llegó a la CIDH y al cual haré referencia es el de Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. En este caso la violación de derechos por parte de la República de Ecuador también fue tal, que dejaron desprotegida a una persona niña con VIH.



El presente caso hace referencia a Talía Gabriela Gonzales Lluy y su familia. Talía nació el 8 de enero de 1995 en el cantón de Cuenca, provincia del Azuay, Ecuador. Cuando tenía tres años de edad, fue contagiada con el virus del VIH al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un Banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica de salud privada.

A raíz de ello se vieron violentados sus derechos básicos, como ser el derecho a una vida digna, el derecho a la integridad personal y el derecho a la educación, todos como consecuencia de la discriminación sufrida por parte de Lluy y su grupo familiar.

Ahora bien, en este caso voy a ser crítico con algunas consideraciones esgrimidas por parte de CIDH, en materia de discapacidad. En el acápite que refiere a los alcances del derecho a la educación, la CIDH hace referencia a la evolución del concepto de discapacidad manifestando: “Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con la barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”.

Hasta aquí se condice con lo establecido por la Convención sobre los derechos de la personas con discapacidad, pero luego refiere “...en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrenta una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales.” En este punto es en el cual no coincido con el concepto de discapacidad establecido, puesto que si bien esta CIDH habla de una evolución de este concepto, el mismo lo estaría retrotrayendo al considerar que la base de la discapacidad es una enfermedad. Por otro lado, el concepto de discapacidad, si bien refiere a las barreras que impiden la participación en igualdad de condiciones, si o si debe existir la deficiencia física, intelectual, mental o sensorial, circunstancia que no se da en una persona con VIH.

Con ello no quiero dar a entender que la persona no padezca discriminación por su condición, ni que se le presenten barreras para participar en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás, pero no considero saludable rotular a una persona que convive con VIH, de Persona con Discapacidad, puesto que a la par se estaría desvirtuando este último término, y comenzaríamos a considerar persona con discapacidad a toda aquella persona que se le presentan barreras sin que posean las deficiencias referidas por la convención..

Aclarado este mi punto de vista, la condición de vulnerabilidad por parte de Lluy existe, y padece discriminación como consecuencia de ello, por lo cual se le debe garantizar el acceso a los derechos fundamentales que petitionó ante la CIDH.

Aporte de las Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

Un punto en común en ambos casos es la condición de vulnerabilidad tanto de Sebastián y como de Lluys, y cómo le fue dificultoso el acceso a la justicia, al punto de tener que recurrir a la CIDH para tener una adecuada solución al problema que estaban padeciendo.

Ahora bien, en lo que respecta al acceso a la Justicia, en marzo de 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se elaboraron las Cien Reglas de Brasilia, las cuales “... tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad...”<sup>4</sup>

El acceso a la justicia es un derecho intrínseco a todas las personas, sin distinción de su condición particular, sea cual fuere, y por ello el Estado debe garantizar el efectivo acceso a la justicia a todas las personas que se encuentren en condición de vulnerabilidad. Pero entiendo que el derecho a dicho acceso no se inicia cuando el magistrado judicial toma contacto con el caso concreto, sino que ese derecho comienza desde el momento que se encuentra lesionado el interés particular, que en la mayoría de los casos, no coincide con el efectivo contacto con el sistema judicial.

También es preciso destacar la importancia de una justicia que actúe en forma expeditiva, puesto que cuando en un caso concreto se debe llegar a los tribunales internacionales, muchas veces los derechos afectados no podrán ser reparados, como en el caso de Sebastián Furlan, que si hubiese recibido el tratamiento médico adecuado en el momento oportuno, las secuelas del accidente sufrido hubieran sido mucho menores.

### Conclusión

A modo de conclusión del presente artículo, no quisiera dejar de llevar a la reflexión que muchos son los tratados internacionales, las leyes y los mecanismos que prevén una adecuada solución de los conflictos para con estas personas que se encuentran altamente vulnerables, y que por esta su condición se ven absolutamente impedidas de conocer y comprender que existen estas redes de protección.

Por lo cual, cuando alguien se encuentra en condición de vulnerabilidad, ya sea por ser una persona con discapacidad, por edad, por género, o por pobreza, y no comprende que se están violentando sus derechos fundamentales, necesita que alguien vaya en su defensa.

Aquí es donde se debe hacer presente el Estado para informar a la sociedad, difundir y allanar el acceso a la justicia, y de esta forma evitar que se sigan sucediendo casos similares a los relatados en el presente escrito, donde personas en alta situación de vulnerabilidad, para acceder a una justa solución de sus conflictos, debieron acudir a un organismo internacional.

---

<sup>4</sup> Sección 1º, puntos 1 de las “Reglas de acceso a la justicia de las personas vulnerables”

## PONENCIA<sup>5</sup>

### “DERECHO PENAL y POLÍTICA CRIMINAL”

- **Derecho y Política Criminal.**
- **Menores.**

#### DERECHO PENAL POLÍTICA CRIMINAL

##### 1. VINCULACIONES E INTRODUCCIÓN A AMBAS CIENCIAS

a) **Consideraciones iniciales.** Hasta mediados del S XX, las escuelas penales consideraban a la Dogmática Penal como el *núcleo duro* de las Ciencias Penales y a la Política Criminal una disciplina como “auxiliar o subsidiaria” del Derecho Penal, por ser diferentes en su naturaleza y metodología para abordar los estudios o conocimientos penales y por ende autónomas. Pero en lo que se llamó “Enciclopedia de las Ciencias Penales”, tal autonomía no existe y más bien tienen carácter complementario.

El tiempo y los nuevos horizontes de estudio, como las especializaciones fueron interrelacionándolas, entrelazando conceptos y terminologías en forma inevitable, al punto que en algunas cuestiones no se puede prescindir de dicha vinculación para interpretar la Ley Penal, los Sistemas Penales y su aplicación.

Roxin advertía hace décadas, que “la dogmática jurídico-penal alemana, pasaba por una crisis, entre otros muchos factores causado por la polémica (hoy superada según Nova Monreal<sup>6</sup>) entre causalistas y finalistas, cuyos frutos pueden verse en la dogmática, dentro de los estrechos límites que el positivismo jurídico impuso a la *ciencia del derecho penal*, según la cual la única tarea del jurista consistía en interpretar el derecho positivo vigente, desarrollando un sistema cerrado y conforme a principios lógico-deductivos y preceptos concretos de la ley, ascendiendo hasta los principios y conceptos superiores, comunes a toda la ciencia penal. Así, la “elaboración

---

<sup>5</sup> **Jorge Luis Villada.** Director de Investigaciones de la Carrera de Ciencias Jurídicas de la UCaSal. Director de Extensión universitaria de la Carrera de Ciencias Jurídicas de la UCaSal. Profesor de Derecho Penal Parte General (Cát. 3) y Penal especial (Cát. 2).

<sup>6</sup> “Causalismo y Finalismo”. Chile.

del sistema” era la misión fundamental del Derecho penal, *desterrando toda* consideración de índole criminológica o político-criminal, que debían constituir el objeto de otras ciencias”<sup>7</sup>

Entre las explicaciones para esta evolución doctrinaria y científica, que confundió en el principio, porque los fundamentos de muchos fallos europeos (particularmente en Alemania) y latinoamericanos (especialmente en Argentina y Paraguay) de las últimas dos décadas, parecían más basados en la Política Criminal que en la Dogmática Pura (como tradicionalmente ocurría)<sup>8</sup>.

**b) Cambios paradigmáticos, convergencias y dicotomías.** Al mismo tiempo, la legislación procesal comenzó a “ocuparse” cada vez más profundamente de la Víctima (no solo de la persona física, sino de las colectivas o grupos), lo que comenzó a provocar una visión ampliada del “fenómeno criminal”. Roxin que rescata la siguiente idea de Von Liszt: “la característica del D.P., por un lado es la de Ciencia Social y por otro la de Ciencia Jurídica. La Política Criminal incluye métodos adecuados en sentido social, para luchar contra el delito. Es decir, la llamada “misión social” del D. Penal; mientras que en el sentido jurídico (dogmático) de la palabra, corresponde a la función liberal del Estado de Derecho, asegurando la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan”, del estado”<sup>9</sup>.

**Hitos producidos en el primer cuarto del S XXI**, modificaron el panorama al que veníamos acostumbrados: **1)** Es innegable la interacción entre D.P. y Política Criminal se hallaban desde siempre en los mismos Código de Fondo, con la redacción de “eximentes de pena” o “excusas absolutorias”, bajo el fundamento de “razones de política criminal”, cuyo análisis tomaba a cargo la dogmática, sin notar su influencia creciente<sup>10</sup>. **2)** Jakobs (que revive mucho de la idea hegeliana) dispara uno de los primeros debates, al justificar la *máxima intervención estatal* (con la consiguiente “expansión o inflación normativo-punitiva”), basada en: a) la necesidad de tutelar todas las instituciones sociales, b) evitar el daño social (al igual que lo pensaba Amelung), y c) contrarrestar una conducta socialmente lesiva relevante, ***cuando es peligrosa para la capacidad permanente del sistema jurídico, de dar respuesta al fenómeno social***. El orden jurídico “debe resolver por sí mismo” los problemas de su supervivencia. Esta

---

<sup>7</sup> “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, traducido por F. Muñoz Conde – Ed. Hammurabi; 2da. edición, 2da. reimpresión. Bs. As. 2006.

<sup>8</sup> Un buen ejemplo lo constituyen algunas decisiones del STJ de Córdoba y de la CNCP (hoy CFCP), que son tribunales de los más emblemáticos del País ya que su doctrina de fallos viene siendo citada desde siempre.

<sup>9</sup> Op. cit., pág. 80.

<sup>10</sup> Tal es el caso de las eximentes de pena de los arts. 185 del C-P- argentino (para “Delitos contra la propiedad”) que parcialmente ha sido declarado inconstitucional por la CSJN, o el último párrafo del art. 88 del mismo código referido a la “Tentativa de Aborto de la madre” (impune).

opinión es difícil de refutar si el político criminal atiende la demanda social actual (respecto a su “supervivencia”), sin dejar de entender que cuando Jakobs, coloca *la vigencia del orden jurídico protegido como esencial objeto de protección de la política criminal*, aparentemente coloca en segundo lugar *al bien jurídicamente protegido*. Pero dentro del mismo funcionalismo Roxin (desde una posición más moderada), corrige y mejora esta inicial postura doctrinaria anterior al basar la legitimidad del ordenamiento normativo *en la protección de bienes jurídicos relevantes e indispensables* (de carácter personal o social), cuestión que resulta más tarde o más temprano, ineludible. **3) Principio de Lesividad y bienes jurídicos protegidos:** ¿Política Criminal o Dogmática o Victimología? ¿Qué vinculación subyacente existe respecto al “principio de lesividad” (tanto en la postura de Jakob como de Roxin) y conduce de manera ineludible a convocar a la Victimología? La respuesta es sencilla: la “lesividad” esencialmente *refiere a la afectación que causa la “agresión delictiva” al bien jurídico protegido “en forma efectiva” (ataque a la víctima individual o social o a sus derechos)*, y aun cuando se considere que el delito afecta el orden jurídico únicamente (con independencia de los bienes jurídicos Jakobs/Hegel), ese orden jurídico está sosteniendo la vigencia de valores esenciales para la sociedad (lesividad), lo cual lo legitima como orden punitivo. Así el “principio de lesividad” es una nueva forma de explicar que el límite “racional” al poder punitivo del Estado, ya no radica sólo en la función de amparar la indemnidad del orden jurídico<sup>11</sup>. Ahora hay una interinfluencia innegable: El *mandato de racionalidad punitivo* basado en el principio de “lesividad” (daño o peligro real), *está dirigido al legislador cuando crea delitos y penas*. No es función judicial invalidar la aplicación de la ley penal desde su mera subjetividad (como ocurre peligrosamente al aplicarse el “*principio de insignificancia*”) que también debe ser *legalmente regulado*, no debiendo quedar librado nunca al arbitrio del juzgador<sup>12</sup>. Al margen de las críticas de Stratenwerth, Hirsch y hasta Jakobs (que le restan valor superior a los bienes jurídicos), Hassemer y Shünemann por el contrario llegan a sostener en pocas palabras, que *“la prohibición de una conducta (o su penalización) que no pueda vincularse con un bien jurídico, constituiría ‘terror estatal’...la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido”*. Pero no puede olvidarse otra frase contundente de Roxin (en “Política criminal y sistemas penales”): “El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal” según Franz Von Liszt.<sup>13</sup> **4) En**

---

<sup>11</sup> Günther Jakobs. “Tratado de Derecho Penal – Parte General”.

<sup>12</sup> Como lo hacemos en nuestro Anteproyecto de Reformas al C.P. de la Nación argentina.

<sup>13</sup> “Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge”, 1905. T.II, p. 80.

otro extremo (que algunos creen opuesto al del Funcionalismo) aparecen las ideas de Ferrajoli, quien se plantea entre otros interrogantes de Política Criminal: ¿Para qué el derecho penal?; ¿Para qué sirve y qué lo justifica?; ¿Cuál es su fundamento axiológico? Para responder, distingue la protección de lo que llama “las personas de carne y hueso” de “sus derechos subjetivos” o de “los bienes empíricos ajenos al orden jurídico” (y aquí obliga a recurrir a la criminología). Estos valores (dice) son diversos de lo que es “la protección de la sociedad” o “de los bienes definidos desde dentro del orden jurídico”. Su posición conduce a la mínima intervención del Estado, limitada escasa y necesariamente para proteger esos bienes (escasos, porque además la Legislación Penal no selecciona demasiados BJP), para lo cual exige que el hecho sea de tal envergadura que las consecuencias y repercusiones dañosas sean socialmente relevantes y que se proyecten en la sociedad”. Según este *principio de “mínima intervención”*, el Derecho Penal debe tener carácter de *“última ratio”* por parte de un Estado, para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves<sup>14</sup>. Así, el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario del mismo) y *sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona* (naturaleza subsidiaria), de “ultima ratio”. Lo “último”, presupone que hubo un antes (o varias instancias previas). Así Luigi F., concluye que la *legitimidad del sistema penal reposa en la necesidad de garantizar la seguridad* (jurídica y general), la paz, la tranquilidad de las personas y hemos desarrollado la consecuente necesidad especialísima de proteger bienes jurídicamente valiosos para el individuo y la sociedad. La opinión de Ferrajoli, casi que “enamora” a más de un estudioso argentino (del D. Penal), porque es muy difícil ceder ante la seducción de toda expresión que refiera a “idea libertaria y garantista” (lo cual compartimos). Pero lo que no mencionan o a lo que no prestan suficiente atención los estudiosos y/o jueces que siguen esta teoría (que para Argentina es casi suicidio), es el alcance exacto que Ferrajoli da a sus palabras. En efecto, habla de *“ultima ratio, cuando los demás sistemas menos gravosos han fracasado”*.

---

<sup>14</sup> A nuestro modo de ver, “graves” son los ataques individuales a la persona humana en su vida, integridad física, psíquica y sexual, su libertad, su dignidad (incluye trata de personas) y ataques sociales que puedan afectar gravemente a la persona humana (atentados contra el orden constitucional, seguridad común (incluye terrorismo y contrabando de armas), salud pública (incluye narcotráfico) y medioambiente. Con ello, la posición de Ferrajoli, para nada se contradice con lo que pensamos, ni con lo que postula Jakobs. Pero mucho menos con la de Roxin y Stratenwerth, quienes coinciden absolutamente en la penalización de conductas que afecten a los animales y al medioambiente o a las condiciones que hacen posible la vida humana para las generaciones futuras (Roxin, Op. Cit. pág. 137).

En Argentina (como enseñamos hasta el cansancio en nuestras clases y cursos de Derecho Penal, parte general), ***“no hay sistemas intermedios menos gravosos que se apliquen”*** (ya que a pesar de existir derecho penal contravencional o administrativo y disciplinario, los mismos casi no han sido desarrollado ni se aplican efectivamente como debieran). Seamos serios, en Argentina, *entre la libertad y la cárcel no hay ningún sistema ni valla que interrumpa o desaliente la escalada delictiva*. Los sistemas penales intermedios menores (tanto el derecho contravencional, el disciplinario y el administrativo) debieran ser abarcativos de la más amplia gama de penas diversas, para una gran franja de infracciones (y hasta delitos menores). Así, juzgando y castigando infracciones menores ***en todo el territorio nacional***, con un sistema de penas menores, de carácter más bien disuasorio y aleccionador, pero aplicables de modo efectivo y contundente por parte de jueces propios de esa Competencia (contravencional o administrativo o disciplinaria), que se hallaren establecidos seriamente en todo el País tendríamos un sistema normativo o “de control social” eficaz, que contribuiría fuertemente junto con una eficaz educación y contención familiar o social, al “control social necesario”.

Es totalmente entendible la postura de Ferrajoli, en cuanto que un derecho penal razonable y civilizado, solo interviene (racionalmente) como *“última ratio”*, para las conductas o ataques más graves. Pero reiteramos. Las *infracciones previas al delito*, en Argentina *se descuidan de manera absoluta* (cosa que no ocurre en los países europeos y hasta en muchos de Latinoamérica). Se las descalifica y minimiza despreciando su enorme necesidad, utilidad y validez. Tanto es así, que en la mayoría de nuestro País: a) Los *procesos contravencionales* siguen en manos de la policía (en lugar de jueces de Paz dependientes del Poder Judicial, como ocurre en Chaco); b) Los procesos *disciplinarios o administrativos* se hallan en manos de la propia Administración (lo cual es un verdadero despropósito), ya que el sujeto secundariamente ofendido, resulta ser el juez (o sea: juez y parte); y para que el caso llegue al Poder Judicial (que también debiera estar en manos de Jueces Administrativos dependientes del Poder Judicial), hay que “agotar” el tortuoso, lento e ineficaz proceso administrativo de forma previa e ineludible; c) Los colegios profesionales, establecimientos deportivos, o de educación (universidades, escuelas, clubes y colegios de carácter privado) *no tienen poder sancionatorio, resocializador y reeducativo*. Y las entidades públicas que tienen esas facultades casi no las aplican. En la teoría liberal de Ferrajoli es real; *pero no debe hacerse decir a este querido maestro “lo que en verdad no dice”*. No es un abolicionista como algunos pregonan (ni ninguna clase de “ista”).

Efectúa un planteo serio, que algunos no han logrado entender cabalmente. Muy por el contrario, Roxin lo parafrasea (desde el Funcionalismo moderado, racional), cuando sostiene “el derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos la existencia pacífica, libre, socialmente segura, *en la medida que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos*” (clarísimo concepto de “ultima ratio”). Y agrega con magistral sarcasmo: “Entiendo que esta descripción de “fines” se corresponde con la auto-comprensión actual de todas las democracias parlamentarias, de modo que no precisa una divagante justificación teórica<sup>15</sup>. Es fácil legitimar la teoría esbozada, acudiendo al pensamiento jurídico-racionalista de la Ilustración, base de la forma democrática del estado, según la cual en virtud del contrato social, los ciudadanos ceden al legislador (Estado) solo aquellas facultades penales necesarias para garantizar la convivencia libre y pacífica y solo en la medida que este fin no pueda conseguirse por medio más suaves”<sup>16</sup>. El “paralelismo del pensamiento con Hobbes, Rousseau, Montesquieu y Beccaría es indiscutible; especialmente si se repasan los conceptos del marqués, en “De los delitos y de las Penas”. 5) Para la doctrina clásica con raigambre constitucional (a la que adherimos plenamente y viene siendo sostenida desde su creación por la escuela Toscana), en consonancia con lo hasta aquí expresado por los anteriores autores, la legitimidad de todo sistema penal, reposa en la necesidad de proteger la seguridad, la paz, la tranquilidad y la seguridad (valores de gran trascendencia, no menores), de las personas y la sociedad que se traducen en el C.P. de fondo, imponiendo la consecuente necesidad especialísima de proteger *bienes jurídicamente valiosos para el individuo y la sociedad*. Nada obsta que haya otro sistema infraccional intermedio que se ocupe de evitar que la agresión punible se produzca. Como el norte de la protección (y legitimación de la existencia del Derecho Penal), es la protección del amparo de las víctimas (individuales y sociales), lo que incluye el estudio de la Victimología como disciplina preponderante<sup>17</sup>.

Por lo expresado, y no pudiendo ya incluirlo fácilmente en las legislación de fondo, se terminó incluyendo la “paridad entre víctimas y victimarios” en los modernos códigos procesales.

---

<sup>15</sup> “Llamo bienes jurídicos a todos los objetos legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. No son como muchas veces se supone, sustratos de sentido ideal, sino entidades reales como la vida, la integridad física, el poder de disposición sobre bienes materiales (patrimoniales), la libertad de actuación, los derechos humanos, el libre desarrollo de la personalidad, de conciencia, ideas o culto, etc.: **Claus Roxin** en “*Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*”. P. 123/4; Hammurabi. Bs. As.; 2008.

<sup>16</sup> Op. Cit, p. 122.

<sup>17</sup> La protección y sistema de garantías que rodean al imputado e igualmente a las víctimas y la sociedad, se halla vertebrado por las garantías constitucionales, los tratados internacionales y en particular en los códigos procesales, a los que haremos sin duda una referencia obligada en su momento.



Los llamados “*derechos de las víctimas*” (casi vergonzoso), regulan su derecho o posibilidad de intervenir activamente en los procesos penales, llegando a la sanción de la “Ley de Víctimas”, que consagra todos los derechos otorgados no solamente por nuestra Constitución desde 1853, sino además por todo el plexo de Tratados Internacionales con rango constitucional que viene suscribiendo (o adhiriendo) casi “a ciegas” nuestro País y los estudios victimológicos que se vienen produciendo desde fines del Siglo XX. 6) Pero (según los autores citados), la labor de “protección de personas y colectividad”, requiere de leyes claras, precisas, razonables e *idóneas*, que determinen cuáles los bienes jurídicos a proteger y el modo racional de hacerlo. Acto seguido debe diseñar conductas o delitos (que son las formas de ataque a los bienes jurídicamente reconocidos), que también adecuada (especialmente a la Constitución y al propio sistema normativo) y razonablemente, protejan dichos valores individuales y generales, “desalentando a la vez toda inclinación a conductas delictivas”. Por ello no podemos compartir ligeramente la idea de que el delito es un conflicto social interpartes (víctima y victimario) y ***ha dejado de ser una conducta antisocial que repugna a la convivencia pacífica de la sociedad***, en virtud de la cual el delincuente es un marginal o parte residual de la colectividad general que trabaja y vive honestamente cada día. En cambio con la primera de las posturas, el delito pasa a ser “*un conflicto social entre víctima y victimario*” (ya el concepto es antitético; porque un conflicto entre dos partes, no puede tener “carácter social” y si es de interés social le corresponde perseguirlo y castigarlo al Estado, “para evitar que los particulares hagan justicia por propia mano”). Esta “parificación interpartes. Esta “reconversión” del concepto del delito, autodenominada “progresista”, permite reconvertir la “persecución pública en privada”, lo que en realidad termina por abolir la persecución e imposición estatal de las penas, vaciando de contenido al derecho penal, como rama punitiva del orden jurídico. Tal postura, atenta contra uno de los fines esenciales de Estado (otorgar Seguridad), porque particularizando o transfiriendo a víctimas y victimarios el drama penal, lo “desresponsabiliza” de la persecución y castigo del crimen. En efecto, se transfiere inconstitucionalmente, a la víctima o al querellante la función represiva (“*Ius puniendi*” que siempre fue y debe seguir siendo patrimonio exclusivo y excluyente del Estado)<sup>18</sup>. Esto es retroceder o retrogradar dos mil años en materia penal, y devolvemos a las épocas de la venganza privada (pero “reglada por un Código Procesal”). Sin

---

<sup>18</sup> Esto no debe confundirse con “borrar” a la víctima del proceso. Debe y tiene que estar incluida “en igualdad de condiciones que el imputado”, para colaborar con el estado en la labor anti-delictiva y no como protagonista y responsable de esa lucha. En ese sentido, la reforma del art. 71 del C.P., es una “**canallada legislativa**”.

embargo, quienes tienen una mínima experiencia penal, saben que la *víctima nunca tendrá los elementos que tiene el Estado para perseguir y castigar*. Resulta casi una *canallada* de Política criminal actual, transferir el mal llamado “conflicto penal” a la persecución victimal, aunque como se ve -por otra parte-, “pareciera” que la Política Procesal Criminal avanza cada vez más a la protección de la Víctima; poniendo allí su mayor atención, con lo que la influencia dogmática-jurídico-penal es inevitable.

**En conclusión:** Se necesita del poder estatal, reglando y protegiendo las situaciones personales o sociales en riesgo. Política Criminal, es sinónimo de “Poder estatal al servicio del ciudadano” (en el ámbito penal o criminal). Debe otorgar “criterios ciertos, precisos y razonables” para apreciar el derecho vigente revelando qué debe regir y entenderlo a la luz de sus fines, generando leyes que se integren sin dificultad al sistema jurídico que conforman. Por lo dicho, no debe ser una “labor intuitiva del legislador” ni tampoco debe responder al “clamor social” que se enardece por algún hecho puntual que exagera a la comunidad, corriendo el riesgo de legislarse en modo desproporcionado. Aunque sea muy difícil, la ley debe “anticiparse” al conflicto delictivo y a situaciones o circunstancias indeseables futuras que se desencadenen en una sociedad que constantemente muta y evoluciona en uno u otro sentido. La P.C. no puede si debe ser llevada de las “narices” o de “la mano” por la realidad social demandante, aplastante o indetenible en su clamor general. Para ello se requiere de conocimiento científico profundo, tanto criminológico, como dogmático, victimológico y en definitiva “una certera lectura del legislador”, sobre cuál es la mejor norma integrable al Sistema Penal, para la defensa de los bienes jurídicos implicados, so pena de estar divorciado de la realidad.

**Jorge Luis Villada**

Ignácio Bertrano

**CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) c/  
ESTADO DO BRASIL**

Durante el I SIMPOSIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES tuvimos como ponentes la posibilidad de aprender e interiorizarnos respecto de un fallo que en materia de derechos humanos resultó importante dar a conocer.

El fallo GOMES LUND, más conocido como “CASO GUERRILHA DO ARAGUAIA” sentó un precedente sobre responsabilidad internacional por violación a los derechos fundamentales a nivel regional.

Pues a raíz de las desapariciones forzadas de los miembros de la *Guerrilha de Araguaia* ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos, y el resguardo secreto de esa información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tuvo más opción que reconocer la falta aplicación de los preceptos fundamentales a los que se había adherido el gobierno brasileño, y por los que se declaró su responsabilidad.

La *Guerrilha do Araguaia* fue un movimiento de resistencia al régimen militar integrado por algunos miembros del nuevo Partido Comunista de Brasil.

Todo comenzó en abril de 1964 cuando un golpe de Estado derrocó al gobierno del Presidente João Goulart. Entre abril de 1972 y enero de 1975, las Fuerzas Armadas brasileñas emprendieron una campaña de represión contra los miembros de la *Guerrilha do Araguaia*, que *acabó con la vida de muchos ciudadanos brasileños cuyo paradero al día de hoy se desconoce*.

En 1979 el Congreso brasileño dictó una ley de amnistía para todos aquellos funcionarios que tuvieron participación directa o indirecta en calidad de agentes estatales, durante ese régimen militar. Con amparo de esa norma, hasta la fecha, la Justicia brasileña no ha investigado aun, ni sancionado penal o civilmente a ningún responsable por las violaciones a esos derechos humanos que tuvieron lugar durante dicho gobierno de facto.

Ahora bien, la pregunta es: ¿cuáles fueron los argumentos de las partes en éste fallo? El Estado de Brasil alegó en su momento la incompetencia de la C.I.D.H. para examinar dichas violaciones a los derechos fundamentales que habían ocurrido previo (1972-1975) al reconocimiento de la competencia del tribunal, -que en sí tuvo lugar el día 10 de diciembre de 1998-.

Por el contrario, la C.I.D.H. constante en su opinión, sostuvo que los “actos de carácter continuo o permanente”, como es el caso de los delitos de lesa humanidad, -específicamente la desaparición forzada de personas y la omisión por parte del Estado de investigar conductas ilícitas de esa naturaleza-, son pasibles de responsabilidad internacional; ya que el mismo Estado, como conjunto de instituciones creadas en post de la búsqueda del bien común de todos los que habitan su territorio, es siempre aquel que primero debe garantizar el acceso a la justicia, y el respeto a los derechos fundamentales de quienes habitan dicho territorio, por cierto adherido a la Convención.

Por lo tanto, la C.I.D.H. pese a la opinión de los magistrados brasileños, mantuvo “incólume” su decisión de analizar la controversia a partir del reconocimiento de su competencia contenciosa efectuado por Brasil el 10 de diciembre de 1998, más allá de que ése reconocimiento haya o no sido posterior al acto que había dado origen a esas desapariciones. Es decir, entre 1972 y 1975.

Durante la ponencia intentamos como expositores, dejar en claro que este tipo de actos afectan el derecho a la libertad de pensamiento, de acceso a la justicia, y el cuidado de nuestros intereses como latinoamericanos por parte del Estado: sea brasileño, argentino, o del país que fuere.

Es que al no existir protección judicial por parte del Estado, como ciudadanos nos vemos desamparados por las mismas instituciones, o peor aún, por las de otro país, que de repente se torna ajeno a la hora de garantizarnos el cumplimiento y protección de nuestros derechos, nuestra integridad física, y nuestras ideas.

Al reconocer como válida la aplicación del instituto de amnistía para casos en los que existió una clara violación a los derechos humanos, o sea, a los derechos que todas las personas tienen por el solo hecho de ser personas, el Estado de Brasil o del país que sea, reconoció

tácitamente que tanto ayer, como hoy, o inclusive mañana, accionares desplegados por fuerzas de seguridad estatales, podrían ser admitidos tanto jurídica como éticamente. En otras palabras, legítimos.

Un Estado de derecho debe conducir eficazmente ante la jurisdicción federal, la investigación penal de los hechos como fueron los del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades, y aplicar sin ruedos las sanciones que la ley prevé.

Pero más importante aún, debe realizar todos los esfuerzos para determinar el paradero de las víctimas desaparecidas y, en su caso, identificar, y entregar los restos mortales a sus familiares. Porque esa es la meta de de un Estado: proteger a sus ciudadanos cuando no hay otro que lo haga.