



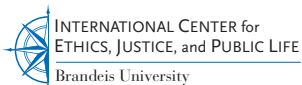
BUENOS AIRES 4 – 7 NOVIEMBRE de 2009

EL COLOQUIO JUDICIAL SURAMERICANO

*El Valor del Derecho Internacional
respecto de los Sistemas Legales
Nacionales*

ORGANIZADORES

- Ricardo LiRosi, Juez de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires y Vice-Presidente de la Academia Judicial Internacional
- René Blattmann, Juez de la Corte Penal Internacional
- Leigh Swigart, Directora de Programas en Justicia Internacional y Sociedad, Universidad de Brandeis
- James Apple, Presidente de la Academia Judicial Internacional



*El Coloquio Judicial Suramericano ha sido organizado
con el generoso apoyo de la Fundación MacArthur.*

MACARTHUR
The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation

Agradecemos a

Soledad Casazza
Eduardo Civitate
Santiago Fernandez
Germán Hiralde
Julián Herrera
Magdalena Julián
Cristian Varela
Mariela Oddi
Santiago Villagrán

quienes han trabajado en la elaboración del presente reporte.

Para enterarse más acerca de las instituciones que organizaron el Colloquio Judicial Suramericano, vea los siguientes enlaces:

Programas de Justicia Internacional y Sociedad, El Centro Internacional de Ética, Justicia y Vida Pública de la Universidad de Brandeis

<http://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/index.html>

Academia Judicial Internacional

<http://www.ijaworld.org/>

Índice de Materias

Introducción.....	p.3
Presentación Inaugural – DRA. ELENA INÉS HIGHTON.....	p.5
“Using International Law and Its Role in National Legal Systems” – DR. JAMES G. APPLE.....	p.6
“The International Judge: an Introduction to the Men and Women Who Decide the World’s Cases” – DRA. LEIGH SWIGART.....	p.11
“La Corte Penal Internacional y la Jurisdicción Doméstica” – DR. RENÉ BLATTMANN.....	p.18
“Problemas Relacionados con los Efectos de las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” – DR. ALBERTO FERNANDO GARAY.....	p.26
“Insolvencia en el Derecho Internacional” – DRA. MARÍA ELSA UZAL.....	p.32
“Cooperación Internacional en la Restitución de Niños y Niñas” – DRA. MARÍA SUSANA NAJURIETA.....	p.44
“Comentarios sobre la Aplicación de la Ciencia en Contextos Forenses: de la Teoría a la Práctica Cotidiana” – DRA. MERCEDES SALADO PUERTO.....	p.52
“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” – DR. ROLANDO GIALDINO.....	p.57
“Discriminación” – DR. GUSTAVO ALBERTO BOSSERT.....	p.66
Magistrados Participantes del Coloquio.....	p.74
Disertantes.....	p.75

COLOQUIO JUDICIAL SURAMERICANO

El Coloquio Judicial Suramericano tuvo lugar en Buenos Aires, del 4 al 7 de Noviembre de 2009. Dicho evento fue titulado “El Valor del Derecho Internacional respecto de los Sistemas Legales Nacionales” y fue el cuarto de una serie en curso de coloquios judiciales organizada por el Centro Internacional de Ética, Justicia y Vida Pública de la Universidad de Brandeis. La Academia Judicial Internacional, con sede en Washington DC y con una oficina regional en Argentina, fue la institución aliada para llevar a cabo el coloquio. Otros auspiciantes fueron La Federación Latinoamericana de Magistrados, La Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, La Asociación de Magistrados y Funcionarios y La Junta Federal de Cortes. El evento fue organizado gracias al generoso aporte de la Fundación MacArthur.

Los asistentes al evento fueron veinte jueces de ocho países Suramericanos: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. El objetivo del Programa de Coloquios Judiciales de Brandeis es congrega jueces nacionales y sus homólogos en la esfera internacional, para discutir la creciente interconexión que existe entre el derecho nacional y el derecho internacional.

La ceremonia de inauguración tuvo lugar en las instalaciones de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y fue presidida por el Dr. Ricardo Liroso, juez de la Corte de Apelaciones de Buenos Aires y Vicepresidente de la Academia Judicial Internacional. Otra de las organizadoras principales del Coloquio, la Dra. Leigh Swigart de la Universidad de Brandeis, dió la bienvenida a los participantes y

comentó cuán complacida se encontraba su institución por llevar a cabo el primer Coloquio Judicial en Suramérica. Dichas intervenciones fueron seguidas por las palabras de presentación, a cargo de la Jueza Elena Highton, Vicepresidenta de la Corte Suprema de Argentina, quien habló de cómo las cortes en Argentina se han ocupado del derecho y tratados internacionales en los últimos años.

Al día siguiente, fue iniciado el coloquio con una presentación del Dr. James Apple, Presidente de la Academia Judicial Internacional, sobre el tema: “Uso del Derecho Internacional y su rol en los Sistemas Legales Nacionales”.

A continuación la Dra. Leigh Swigart se refirió a su investigación y publicación sobre los jueces internacionales y las instituciones para las que trabajan. Esta presentación sirvió como contexto para las discusiones que tuvieron lugar a lo largo del evento acerca de las cortes internacionales y su impacto en los países representados.

Esa tarde, los presentes tuvieron la oportunidad de aprender directamente de las experiencias diarias de un juez internacional, cuando René Blattmann de la Corte Penal Internacional se refirió a los desafíos y éxitos en los primeros años de dicha institución, así como su primer juicio histórico, actualmente en proceso.

Este primer día del evento culminó con una interesante presentación del Dr. Alberto Garay, acerca de “Los Problemas relacionados con los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

El segundo día del coloquio continuó con una diversidad de temas relacionados a la

aplicación del derecho internacional en contextos nacionales. La Dra. María Elsa Uzal se refirió al tema de actualidad, la “Insolvencia en el Derecho Internacional”.

Los participantes del coloquio que trabajan en cortes relacionadas a los temas de familia estuvieron especialmente interesados en la siguiente sesión, acerca de “Cooperación Internacional en la Restitución de niños y niñas”, a cargo de la Dra. María Suzan Najurieta.

A continuación, el rol de la antropología forense en la investigación y juicio de violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad fue poderosamente descrito esa tarde por la Dra. Mercedes Salado Puerto, miembro de la reconocida organización Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF). La Dra. Salado, se refirió a la estrategia de EAAF de trabajar con la colaboración de los sistemas judiciales y las fuerzas policiales, así como con las familias de las víctimas, cuando son recuperados e identificados cuerpos de individuos que se sospecha fueron “desaparecidos” o asesinados por la fuerzas del estado.

El día terminó con una elocuente presentación por parte del Dr. Rolando Gialdino acerca de “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, quien utilizó varios casos argentinos para ilustrar su exposición.

En la mañana del tercer día, el Dr. Gustavo Bossert, académico del derecho argentino con gran reconocimiento internacional, expuso la última presentación formal del coloquio. El Dr. Bossert se refirió a la no discriminación hacia homosexuales y transexuales, un concepto poco familiar en la región suramericana, en comparación con los Estados Unidos y Europa.

Al finalizar el coloquio, los jueces de los ocho países representados tuvieron la oportunidad de compartir sus impresiones acerca del “estado de los derechos humanos” en sus respectivos países. Los desafíos resaltados por los participantes – como las amenazas a la independencia judicial, problemas presupuestarios, o dificultades en la aplicación de convenciones y tratados internacionales que los gobiernos han firmado y ratificado – destacaron la importancia de contar con individuos íntegros y valientes en las magistraturas suramericanas.

Los organizadores del coloquio salieron del evento con confianza en la habilidad de los participantes para establecer el estado de derecho en sus países y colaborar con sus colegas, a nivel nacional e internacional, en la implementación del derecho internacional y derechos humanos en la región suramericana.

Presentación Inaugural

DRA. ELENA INÉS HIGHTON

-Abogada, Procuradora, Escribana, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

-Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

-Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Especializaciones en postgrado -entre otras- en Escuela Judicial de la Universidad de Nevada y en la Universidad de Harvard, Estados Unidos.

Miembro de varias organizaciones de Jueces, entre ellas Miembro y fundadora de la Asociación de Mujeres Jueces Argentinas.

Disertante y participante en diversos foros nacionales e internacionales, y autora de varias obras.

La Dra. Elena Inés Highton inauguró en el Salón Directorio de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires el seminario de derecho internacional, organizado por la International Judicial Academy, en colaboración con la Universidad Brandeis de Massachusetts, Estados Unidos de América.

De modo preliminar, la Dra. Highton se refirió a la relación entre el derecho nacional y el internacional, haciendo hincapié en que en su origen reinaban los principios de soberanía territorial y de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados. En este período que se extiende

hasta la segunda guerra mundial, se aceptaban la colonización y la guerra; había pocos estados que se dividían el mundo.

La cuestión comienza a cambiar –indicó– en las postrimerías de la segunda guerra mundial; se advirtió que la paz era necesaria y que era necesario algo más que estados autónomos aniquilándose. Así comenzó a comprenderse que la comunidad internacional estaba integrada por:

- Estados
- otras organizaciones, como por ejemplo OEA
- ONGs
- pueblos
- individuos
- empresas multinacionales.

En este sentido recordó que la Carta de las Naciones Unidas importó cambios en el orden mundial al establecer un orden público mínimo. El jus cogens, derecho imperativo para todos los estados, aun los que no son parte del derecho internacional, con eficacia erga omnes. Entre otras cosas, contempla la prohibición del uso de la fuerza, la obligación de solucionar los conflictos y el respeto a los derechos humanos. Aparece así la idea de un derecho supranacional, distinto del derecho internacional, con supremacía sobre el derecho interno, que obliga a los estados y que además la propia comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, se debe ocupar de garantizar. Surge igualmente la necesidad de órganos supranacionales que tienen como fin reafirmar los derechos intrínsecos de los individuos de la comunidad internacional.

A continuación, detalló casos emblemáticos de nuestra C.S.J.N. en los que se debatieron cuestiones relativas a los derechos fundamentales plasmados en los tratados internacionales, que fueron posteriormente incorporados a la Carta Magna de la República Argentina a raíz de la reforma constitucional del año 1994, destacando el carácter operativo de los Derechos de Primera Generación allí consagrados. Entre ellos se refirió a los relativos a la desaparición forzada de personas y a torturas infligidas a

ciudadanos en centros clandestinos de detención, tema que ligó al rol de la La Corte Interamericana de Derechos Humanos específicamente en el caso “Expósito”.

“Using International Law and Its Role in National Legal Systems”

DR. JAMES G. APPLE

El Dr. Apple fundó la Academia Judicial Internacional en el año 1999 y es actualmente su Director General y Presidente. Con anterioridad a la creación de la Academia, el Dr. Apple se desempeñó como funcionario ejecutivo del Centro Judicial Federal, organismo de los Tribunales de los Estados Unidos responsable de las actividades de educación, entrenamiento e investigación.

En el Centro Judicial el Dr. Apple tenía a su cargo los programas internacionales del Centro y los asuntos judiciales estatales/federales. Condujo y co-condujo más de 50 seminarios y cientos de reportes para magistrados y oficiales de justicia pertenecientes a 152 países. Asimismo, planificó y condujo 4 seminarios sobre ciencias para magistrados estatales y federales, en el Laboratorio de Cold Spring Harbor de la ciudad de Nueva York.

Con anterioridad a formar parte del Centro Judicial, el Dr. Apple se desempeñó durante 25 años como abogado litigante, especializándose en litigios civiles en cortes estatales y federales. Es becario de la American College of Trial Lawyers (Escuela Norteamericana de Abogados Litigantes), detenta el cargo de Advocate en la American Board of Trial Lawyers (Consejo Norteamericano de Abogados Litigantes) y es miembro del American Law Institute (Instituto de Derecho Norteamericano). Obtuvo su título de grado en Filosofía, con honores, en la Universidad de Virginia, se recibió de abogado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia y realizó una maestría en Derecho Internacional y Derecho Comparado en la Universidad de Edimburgo, Gran Bretaña. Es coautor de la obra Manual del Sistema de Derecho Continental y del Manual para la Cooperación entre los Tribunales

Estadales y Federales, ambos publicados por el Centro Judicial Federal.-

PRESENTACIÓN

Comentarios personales sobre el derecho internacional y su relación con los diferentes Países del mundo:

La presentación del Dr. James Apple resultó ser la primera disertación, luego de la clase magistral de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la jornada inaugural del Seminario. En ella, el Dr. Apple intentó brindar un panorama del derecho internacional alrededor del mundo.

Empezó su discurso hablando de su país de origen, Estados Unidos de América. En tal sentido, indicó no tener buenas noticias para dar, pues en su país toda la idea del derecho internacional está en duda.

Existen diferentes opiniones al respecto. Hay un primer gran grupo de personas, “un movimiento”, que niega la existencia del derecho internacional en Estados Unidos.

Sin embargo, consideró que afortunadamente, no cree que ésta vaya a ser una situación duradera en su país. Pues se dio cuenta que, revisando la historia de Estados Unidos y de su fundación, el derecho internacional era una parte muy importante del clima jurídico en el que se fundó su país. En aquel entonces, siglo XVIII, el derecho internacional se llamaba el Derecho de las Naciones, así se hacía referencia a lo que hoy se conoce como . Si se tienen en cuenta algunos de los comentarios que llegaron a la declaración de la independencia, a la guerra de la revolución, a la creación de la constitución de los Estados Unidos, se verá que muchos de los fundadores de

dicha nación eran abogados, todos conocían esta idea del derecho de las naciones, hacían comentarios al respecto, escribían acerca de ese tema. Thomas Jefferson, era un académico jurídico, John Adams el segundo presidente de Estados Unidos, todos conocían muy bien el derecho de las naciones. Ello, indica la existencia de una cultura, una herencia, un legado muy rico en ese país en lo que respecta a este tema. Sin embargo, señaló que a principio del siglo XX, surge un movimiento negatorio de la existencia del derecho internacional. Afirmó que el nacimiento de ese movimiento no es una experiencia muy feliz para él, dado que el derecho internacional es uno de sus principales intereses y una de las razones por la cual se creó la Academia Judicial Internacional.

Acerca de la historia del derecho internacional:

Afirmó que después de la segunda guerra mundial, había pocas Cortes Internacionales y muy pocas ramas del derecho internacional. Estaba la Corte Internacional de Justicia en La Haya, que fue la sucesora de la Corte Permanente de Justicia que se creó después de la primera guerra mundial, mediante el tratado que le puso. Este Tribunal fue el brazo judicial de la liga de las naciones y continuó su existencia durante el periodo entre ambas guerras hasta el año 1945 con la creación de la Carta Orgánica de las Naciones Unidas y a partir de allí comenzó la existencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Otro tribunal para resolución de conflictos internacionales, fue el primero en el mundo, que fue el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya creado en el año 1899 como resultado de la primera conferencia sobre la paz en La Haya, como lo indica su

nombre se dedicó al arbitraje y a la resolución de conflictos entre naciones y entre naciones e individuos. También después de la Segunda Guerra se creó un Tribunal Militar específicamente creado para los juicios de Nuremberg, se juzgó allí a los líderes del régimen nazi. A los mismos fines y también luego de la segunda guerra mundial se creó una Corte en Japón. Es decir, se trató de dos esfuerzos de la posguerra para llevar a la justicia a los líderes de esos movimientos bélicos.

Ahora bien, dentro del derecho internacional, destacó al derecho público internacional, que se aboca a las relaciones entre los Estados, y al derecho privado internacional, que nace a partir de conferencias en La Haya y se aboca a relaciones entre individuos, personas y organizaciones en lugar de Naciones o Estados.

También, existieron tribunales que se dedicaron a los temas relacionados con la Propiedad Intelectual.

Pero no obstante ello, recalcó que la situación del derecho internacional no era por entonces la mejor.

Empero, destacó que desde el final de la segunda guerra mundial hasta el presente, se produjo una explosión, un boom, de Cortes Internacionales y también regionales, que se abocan al derecho internacional. Hay una organización en Londres que lleva un registro de los nuevos tribunales internacionales y regionales que se van creando. Indicó el Dr. Apple que recibe una publicación en la cual se informa sobre estas nuevas Cortes o Tribunales y en la actualidad existen más de 40, muchas de ellas se han creado en Africa, allí hay muchos Tribunales regionales algunos de los cuales ya están funcionando y otros están en proceso de creación.

A partir de lo relatado, señaló que se ha pasado de tener tres Tribunales internacionales a más de 40 creados después de la segunda guerra mundial.

Otro acontecimiento a nivel mundial que destacó, es el desarrollo de distintos tipos de derecho internacional, no sólo propiedad intelectual, derecho de la naciones y arbitraje internacional, sino que hay muchas otras clases como ser los derechos humanos, los derechos de los mares, de hecho hay un tribunal en Hamburgo, Alemania que se dedica a tratar casos específicamente relacionados con el derecho marítimo. También, existe el derecho laboral internacional, el derecho económico internacional, las leyes comerciales internacionales que surgieron después de la segunda guerra mundial con la creación del Acuerdo General de Tarifas y Comercio que luego, en los 90', se transformó en la Organización General del Comercio. De ello se observa que existe todo un régimen de derecho comercial internacional. También destacó el derecho internacional de la finanzas. Además de los mencionados, también remarcó la existencia de tribunales penales internacionales, pudiendo seguir mencionando distintas clases de derecho internacional de cortes o tribunales internacionales.

Conjeturó que quizá se esté entrando en otra era de derecho internacional, con tribunales internacionales con diferente jurisdicción, con la creación de diferentes clases de derecho internacional como por ejemplo el Derecho Espacial Internacional, que se aboca a temas entre naciones y organismos y el espacio. Asimismo, han surgido iniciativas relacionadas con la creación de una Corte Internacional de Piratería, de una Corte Financiera Internacional y de una Corte

Internacional de Propiedad Intelectual. Ello, da una idea de cómo se está desarrollando el Derecho Internacional.

Analizando la situación específica de los Estados Unidos, destacó que los Jueces allí no conocen mucho acerca del Derecho Internacional y saben menos sobre los Tribunales internacionales, pero existen motivos para que ello ocurra. Uno de los motivos es que el Derecho Internacional no era una materia que se estudiara a menudo cuando estos jueces eran estudiantes en la universidad, porque no era una materia frecuente dentro la carrera de abogacía, prácticamente no se dictaban cursos relacionados a este tema. Y, según su opinión -la segunda razón- radica en que muchos jueces de los Estados Unidos están aislados de lo que sucede en el resto del mundo, sobre todo en los que respecta al Derecho Internacional, no están interesados en ello.

Más allá de lo expuesto, mencionó una experiencia positiva en relación a este tema. Hace cinco años, en Noviembre de 2.005, la organización que preside, la Academia Judicial Internacional y que fue formada en Washington D.C., organizó un seminario de Derecho Internacional en La Haya que recibió el nombre de “Sir Richard May”. Dicho seminario fue diseñado para jueces de los Estados Unidos y se desarrolló durante varios años, participando también varios jueces argentinos. Aseveró que esta experiencia ha sido sorprendente y muy gratificante, porque los Jueces de los Estados Unidos respondieron de una manera muy positiva frente a esta idea de ir a La Haya y tener cierta formación y familiarizarse con los fundamentos del Derecho Internacional, estaban deseosos de aprender sobre el tema. Ello ha reforzado sus afirmaciones acerca de que lo Jueces de los Estados Unidos saben muy poco sobre Derecho

Internacional y saben menos aún sobre Corte o Tribunales Internacionales. Esa experiencia fue muy exitosa y de esta manera se ha iniciado un proceso de formación y capacitación de los jueces en el Derecho Internacional a través de estos seminarios.

Luego, abordó otro tema de sumo interés, cual es la posición de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación al derecho internacional. Indicó que existe una gran controversia en orden a la importancia de las decisiones tomadas por Tribunales extranjeros y cuál es rol que deberían adoptar para interpretar la Constitución de los Estados Unidos frente al derecho extranjero, el uso de la ley internacional para decidir cuestiones constitucionales en su país.

Asimismo, realizó una mención respecto a la aceptación en general del Derecho Internacional en el Mundo.

A tal fin, realizó una referencia a un profesor de derecho de la Universidad de Nueva York, quien señaló que, al igual que todo sistema jurídico en madurez, el derecho internacional entra en su etapa posterior a su creación, en donde ya se sabe de la existencia del derecho internacional, pero la pregunta que cabe hacerse es: ¿puede llegar a graduarse para pasar a ser un órgano jurídico? Esto genera un desafío que debe ser sorteado. Esta es la otra cara de la moneda en Estados Unidos, en donde un académico, un profesor de derecho dice que esta idea debe ser defendida.

Señaló haber tenido el privilegio de viajar extensamente por muchos países del mundo, pudiendo dar su impresión acerca del estado del derecho internacional en muchas partes del mundo. En lo personal observó que el derecho internacional es muy bien aceptado en Europa, tanto en la Europa antigua como en la moderna.

También es aceptado y está bien establecido en Canadá y en Australia. Se acepta en muchos de los países Africanos. Por otro lado, manifestó tener la sensación de que el derecho internacional es prácticamente inexistente en el Sudeste Asiático.

Consideró que la responsabilidad de administrar justicia a nivel nacional y global aún le pertenece a los Tribunales y a las autoridades nacionales, y que como principio de derecho consuetudinario Internacional el acceso a los recursos jurídicos internacionales siempre se condiciona al agotamiento de los recursos legales nacionales. La jurisdicción internacional se permite únicamente donde no haya posibilidad de recurso legal en la jurisdicción doméstica, interna o nacional. Esto significa que la carga de hacer efectivo el cumplimiento del derecho internacional recae sobre los tribunales nacionales.

Por último, afirmó que la principal forma de hacer que el derecho Internacional sea reconocido a nivel mundial, es que los magistrados lo comiencen a utilizar.

Pero para que los jueces apliquen este derecho, lo tienen que conocer y eso se logra a través de programas de formación como el Seminario realizado, para que los jueces aprendan sobre el derecho internacional, esperando que la Academia Judicial Internacional que ya ha iniciado este proceso de formación judicial pueda seguir haciéndolo.

La conclusión final fue que para que el derecho internacional pase a formar parte de la jurisprudencia mundial, cada país tiene que aprender sobre él y aplicarlo.

“The International Judge: an Introduction to the Men and Women Who Decide the World’s Cases”

DRA. LEIGH SWIGART

La doctora Leigh Swigart es directora de Programas de Justicia Internacional y Sociedad en el Centro Internacional de Ética, Justicia y Vida Pública de la Universidad de Brandeis. Desde 2002, ha dirigido el Instituto Brandeis para Jueces Internacionales, un programa que reúne a los jueces que sirven en los tribunales con jurisdicciones regionales y mundiales. También dirige los coloquios judiciales Brandeis, en los que han participado jueces de muchas partes del mundo. Además, supervisa un proyecto denominado ¡Conozca sus derechos!, que tiene como objetivo difundir el contenido de las cartas y tratados de derechos humanos por medio de las lenguas indígenas en África.

Su trabajo académico y sus publicaciones se han centrado en el uso del lenguaje en el África post-colonial, la inmigración africana reciente, el reasentamiento de refugiados en los Estados Unidos, y la justicia internacional. Es coautora del libro recientemente publicado, *The International Judge: an Introduction to the Men and Women who Decide the World’s Cases* (con Daniel Terris y Cesare Romano, University Press of New England, 2007).

Obtuvo un doctorado en Antropología Cultural de la Universidad de Washington. Tiene una amplia experiencia en educación internacional, incluida la titularidad como directora de la West African Research Center, en Dakar, Senegal. Ella ha ganado dos veces el

programa de ayudas educacionales Fulbright Scholar, así como becas para investigación antropológica de la Fundación Wenner-Gren.

La Dra. Leigh Swigart, inició su disertación mencionando que en los Estados Unidos no se confiaba para nada en el derecho internacional y, coincidió con el Dr. Apple en que se está saliendo de un periodo de aislamiento con respecto al mundo jurídico internacional. Señaló que se aspira a que los jueces y los profesionales del derecho en Estados Unidos, comprendan el sistema jurídico internacional y sepan quiénes son las personas que trabajan en este sistema.

Explicó la expositora que desde la época del gobierno de Bush en Estados Unidos se preguntaba ¿quiénes son estas personas?, ¿quiénes son estos jueces penales internacionales?, ¿cómo los nominaron?, ¿a quién responden? ¿A quiénes rinden cuentas?. Entonces, a raíz de ello señaló que fue su intención explorar las instituciones y ver qué personas trabajan dentro de aquéllas, para poder entender quiénes son, cómo llegaron hasta allí, cómo piensan, cuales son los desafíos que enfrentan.

Indicó que estos Tribunales Internacionales son muy complejos, que todas las instituciones humanas lo son, pero que aquí existe un conjunto de personas que provienen de diferentes grupos religiosos, hablan distintos idiomas, vienen de diferentes países, por lo cual puede ser un desafío que funcionen sin problemas.

Así, sostuvo que la pregunta es: ¿por qué un estudio sobre los jueces internacionales?

Desde esta perspectiva indicó que hace un tiempo ya que tenemos Tribunales Internacionales, como la Corte Internacional de Justicia de 1948, la Corte Internacional de Derechos Humanos de la década del 50', pero en los últimos 15 o 20 años hubo una proliferación de nuevas cortes y Tribunales Internacionales y que es allí donde estos jueces se transforman en importantes actores en la esfera internacional, son los representantes del pensamiento de este nuevo orden jurídico.

Indicó que es interesante ver cómo funcionan, porque en cierta medida son como embajadores ya que son nombrados por sus países de origen, resuelven conflictos internacionales, pero también son jueces porque ejercen un rol jurídico deben arribar a un solución justa en un conflicto. Aunque sean nominados por sus países de origen no los representan. En ninguna Corte Internacional hay jueces que representen a sus estados de origen.

Afirmó que ésto suele confundir un poco a la gente, porque a menudo se dice por ejemplo, que existe un juez brasileño y otro norteamericano y que están allí para proteger los intereses de Brasil y los de Estados Unidos. Pero esto no es así, los jueces internacionales deben ser imparciales y a menudo también toman decisiones contrarias a los intereses de sus estados de origen. Las cortes internacionales no tienen el mismo nivel de respaldo que el resto de las cortes, no tienen un presupuesto ciento por ciento garantizado, solamente existen por el respaldo de las Naciones que son Estados miembros del sistema al que pertenecen y estos miembros pueden modificar la asignación de recursos monetarios.

Manifestó que otro de los problemas es que no siempre las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales van a ser implementadas automáticamente, con lo cual estos jueces tienen una única oportunidad de enfrentar desafíos.

Reiteró que las Cortes Internacionales son complejas porque son instituciones humanas; de allí su interés en hacer esta investigación para tener más información para que la gente comprenda cómo funcionan; así se dio cuenta de que a medida que uno conoce el tema empieza a confiar un poco más en los jueces internacionales, al saber un poco más sobre el tema se comienza a tener más confianza.

Mencionó que un aspecto único de este estudio es que fue hecho por tres personas con capacitación diferente, la propia disertante que es antropóloga, otra persona que es historiadora y la una profesor de derecho internacional, por lo que consideró que estas tres miradas distintas ayudaron en relación a la perspectiva sobre el derecho internacional.

El estudio en cuestión se concentró en las 13 cortes internacionales más influyentes.

Observó la expositora que cada una de esta de estas cortes tienen cinco características: son permanentes, independientes, han sido creada por un instrumento jurídico internacional, resuelven los casos en base al derecho internacional, toman decisiones en base a los precedentes de cada caso y emiten sentencias que son vinculantes para las partes del litigio.

Reiteró que hay muchas cortes internacionales; sobre todo en Africa, hay una serie de cortes regionales que aún no están funcionando algunas están en desuso y otras se encuentran funcionando pero no trabajan demasiado.

Por otro lado, destacó que hay cuatro clases principales de cortes internacionales: 1) cortes de resolución de conflictos entre estados; 2) las regionales, como la Corte Europea de Justicia, La Corte de Justicia del Caribe; 3) luego están aquellas que son más conocidas porque tienen que ver con los derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (que no está funcionando, no cuenta con un lugar físico para trabajar); 4) por último, los tribunales y cortes más renombrados. Todas estas cortes manifestaron que utilizan los tratados y convenciones de derecho internacional y también los antecedentes de otras cortes internacionales y organismos de derechos humanos como el Consejo de las Naciones Unidas.

Señaló que recién a partir del siglo XX, estas cortes adoptaron la idea de que tienen que ser organismos cuyas decisiones sean vinculantes para la humanidad. Por eso se ha creado una Corte Internacional de Derechos Humanos y el objetivo del derecho internacional es establecer el imperio de la ley, el estado de derechos y preservar los derechos y dignidad de los individuos.

La Dra. Swigart señaló que las 13 cortes internacionales más influyentes sobre las que se realizó el estudio fueron:

- Corte Internacional de Justicia - La Haya, Países Bajos (1946)
- Tribunal Internacional del Derecho del Mar - Hamburgo, Alemania (1996)
- Cámara de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio - Ginebra, Suiza (1995)
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- Luxemburgo (1952)
- Corte de Justicia del Área de Libre Comercio Europeo- Luxemburgo (1994)
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina - Quito, Ecuador (1984)
- Corte de Justicia del Caribe- Puerto España, Trinidad (2005)
- Corte Europea de Derechos Humanos- Strasbourg, Francia (1959)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos- San José, Costa Rica (1979).
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, La Haya, Países Bajos (1993)
- Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Arusha, Tanzania (1995)
- Corte Penal Internacional, La Haya, Países Bajos (2003)
- Tribunal Especial para Sierra Leona, Freetown, Sierra Leona (2003)

Advirtió que en lo que respecta a la metodología utilizada para el estudio, de las trece cortes objeto del estudio -que tienen entre 200 y 220 jueces- sólo se entrevistaron 32 de estos magistrados; fueron entrevistas extensas, con un protocolo en el que se les permitió a los jueces que hablaran acerca de los temas que consideraban más interesantes y también acerca de los Tribunales Internacionales y sobre el Derecho Internacional. Se hizo un historial detallado de cada uno de estos magistrados, para tener un panorama del perfil de cada uno.

Así, se obtuvieron 5 perfiles detallados:

Georges Abi Saab: es un jurista egipcio, que ha sido juez ad hoc en la Corte Internacional y fue magistrado en la primera Corte Internacional y

recientemente forma parte de la Organización Mundial de Comercio

Thomas Buergenthal: es juez norteamericano actualmente de la Corte Internacional de Justicia. Resulta interesante destacar que es el único juez norteamericano que es magistrado de una Corte Internacional de derechos humanos.

Cecilia Medina Quiroga: es Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estuvo en el Comité de Derechos Humanos de la ONU y actualmente es candidata a ser juez de la Corte Internacional.

Navanethem Pillay: es una magistrada africana y presidente del Tribunal Internacional para Ruanda. Fue magistrada de la Corte Internacional y actualmente es la Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

John Hedigan: es juez Irlandés y pertenece a la Corte Europea de Derechos Humanos.

Luego la disertante realizó una breve descripción de las distintas cortes internacionales.

1) Organización Mundial de Comercio. WTO Ginebra: Señaló que funciona desde 1995 y su antecesor fue el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT), que es el instrumento fundador, y tiene 150 miembros. Expuso que el cuerpo de apelación está compuesto por 7 jueces, pero se los conoce como miembros que emiten decisiones judiciales, que reciben el nombre de informes. Desde su creación se han pronunciado estos miembros, los que cuentan con 6 meses para pronunciar sus decisiones judiciales. De los 7 miembros, indicó que casi siempre existe alguno de Estados Unidos, Japón y la Unión Europea.

2) Corte Europea de Derechos Humanos ECHR Estrasburgo: destacó que funciona desde 1959 y cuenta con 47 jueces (cada uno es miembro del Consejo Europeo). El Consejo Europeo incluye a todos los países de la ex Unión Soviética. Indicó que estos jueces estudian las violaciones a los derechos humanos en base a la Convención Internacional de Derechos Humanos y tienen un registro de 100.000 casos.

3) La Corte Internacional de Justicia ICJ La Haya: mencionó que es la corte más antigua, funciona desde 1946 y es el órgano jurídico principal de las Naciones Unidas. Resuelve conflictos entre los estados miembro de las Naciones Unidas, es decir que se aboca a conflictos interestatales. Destacó que cuenta con 15 magistrados y es muy seria, en las audiencias públicas se usan las togas, las pelucas, son muy formales, muy rituales en la presentación de sus casos.

4) Tribunal Internacional del Derecho del Mar ITLOS Hamburgo: indicó la Dra. Swigart que opera desde el año 1996 y está compuesto por 21 magistrados, de los cuales solo uno de ellos trabaja tiempo completo, los demás se reúnen cuando se presentan casos. Resuelve conflictos entre las partes que tengan que ver con el derecho del mar y con la Convención Internacional de Derecho Marítimo. Señaló que el problema es que pueden pasar años sin que se les presente ningún caso y además compite con la Corte Internacional de Justicia porque también puede resolver cuestiones de derecho marítimo, con lo cual las partes pueden decidir a qué tribunal presentar su caso.

5) Tribunal Internacional Penal para Ruanda ICTR Arusha: señaló que este Tribunal se creó por resolución del Consejo después del genocidio de Ruanda en 1994 y opera desde 1995 y que no se lo

ubicó físicamente en Ruanda, ya que allí continuaba el conflicto. Entiende en crímenes de lesa humanidad y cuenta con 14 jueces de tiempo completo. Tiene una Cámara de Apelaciones que comparte con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Resaltó que cuenta con 11 jueces ad litem que trabajan en algún caso particular. Hacia el fin de su mandato, habrán tratado más de 70 casos. Manifestó que en algunos casos existen acusados a los que se les imputa una multiplicidad de crímenes al mismo tiempo.

6) Tribunal Especial para Sierra Leona SCSL Freetown: que fue creado en cooperación entre el gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas y que opera desde 2003. Es una corte híbrida que tiene un elemento internacional y otro nacional, y tiene jueces nacionales de Sierra Leona y también jueces internacionales. Se aboca a crímenes de Guerra y de lesa humanidad y cuenta con once magistrados entre primera instancia y apelación.

7) Corte de Justicia del Caribe CCJ Puerto España: indicó que fue creada en el año 2005 y que es la corte de la comunidad del Caribe. Cuenta con siete magistrados y quince estados miembros. También señaló que funciona como corte de apelación para siete de los estados miembros que carecen de la instancia de apelación dentro de sus propios países. Es financieramente independiente, no tiene que solicitar dinero ya que han creado un fondo y todo su presupuesto proviene de ese fondo.

Luego del estudio realizado por la disertante se hizo una radiografía de los jueces de estas trece cortes en enero de 2006, de la que extrajo los siguientes datos:

Los Jueces Internacionales: Distribución (Enero de 2006):

- 215 jueces en 13 cortes
- 86 países
- 63% Derecho civil, 14% Derecho común, 23% otros.

Demografía:

- El Reino Unido tiene el mayor número de nacionales en las magistraturas internacionales (9), seguido por Francia, Italia, y Alemania (7 cada uno), (EE.UU.: 3)
- 79% hombres, 21% mujeres.
- Por lo menos 18% con diplomas del Reino Unido, 13% de EE.UU.
- Experiencia diversa.

La Participación de los países sudamericanos:

- 11 son miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Todos son miembros de la Corte Penal Internacional.

Manifestó la Dra. Swigart que los resultados más importantes del estudio realizado fueron sobre el poder judicial internacional.

En primer lugar observó que hay una comunidad internacional global que está emergiendo, en forma lenta pero a paso firme. Hay ciertas preocupaciones entre los Estados Unidos y el poder judicial internacional, porque tienen distinta formación, cómo pueden existir una corte o tribunal unificado proviniendo de lugares tan distintos y pensamientos diversos. Cuando se piensa en el tema de la demografía, se advierte que, a pesar de su diversidad, muchos jueces

internacionales estudiaron en los mismos países y en las mismas instituciones; por lo que pueden llegar a tener muchos más puntos en común de lo que uno supone.

En cuanto a la formación y responsabilidad que implica ser un Juez Internacional señaló la expositora que la experiencia profesional diversa que pueden tener, puede ser muy fructífera ante los diferentes conflictos que se presentan y la forma de resolverlos y ayudan fortalecer el desarrollo del derecho internacional. Como dijo el presidente de la Corte Internacional Penal, los jueces nacionales, embajadores y profesores de derecho, fusionan sus puntos de vista, parece que van a explotar pero no explotan, se ponen de acuerdo, llegan a un acuerdo. Hay mayor diálogo a nivel internacional en la comunidad judicial en general con sus distintos aportes y distintas ideas. Ha descubierto que existen ciertos límites en la legislación judicial, entonces uno de los temores desde el punto de vista de los Estados Unidos es que estos jueces vayan a cambiar el derecho internacional. Se preguntan ¿quién es el que supervisa?, ¿quién tiene el control?, pero si se mira a través de los distintos casos que van resolviendo estos Tribunales, se comprueba que ha habido algunos desarrollos importantes y cambios; en cierta medida los jueces son renuentes a implementar estos cambios, ellos necesitan tener más trasfondo porque existen enormes brechas que deben llenarse en cuanto a los procedimientos y en particular en el derecho internacional penal. Entonces es necesario crear un nuevo derecho para llenar esas brechas y se requiere que los jueces internacionales se informen y sean más innovadores.

Finalmente, indicó que se ha descubierto que existen ciertas instituciones que son frágiles, vulnerables, hay ciertas

instituciones internacionales que tienen el apoyo del estado y tienen un apoyo financiero. También los jueces tienen que ser concientes del impacto que ellos generan porque necesitan del financiamiento y apoyo del estado para poder funcionar como tales. Entonces a veces no les permite llegar hasta donde deben llegar, les generan ciertos límites.

También observó que existe el aspecto humano, hay una fragilidad humana en estas Cortes Internacionales, porque son personas, son jueces muy serios muy dedicados que están bien capacitados, que toman su trabajo de manera muy seria, pero son humanos y por ende existen problemas y uno de ellos tienen que ver con la presión y con la prensa.

El Juez Thomas Buergental dijo “Los abogados estadounidenses de hoy en día ya no pueden permitirse el lujo de dejar los asuntos relacionados con el derecho y las relaciones internacionales en manos de los diplomáticos, politólogos o los políticos... Estados Unidos tiene mucho que dar al mundo y mucho que aprender de él, y los abogados tenemos un papel importante en el proceso. Es fundamental, por lo tanto, que los Estados Unidos no debiliten su compromiso con el imperio de la ley, con los derechos humanos, la democracia, la tolerancia y la compasión por el sufrimiento de los demás.”

Indicó que este juez es miembro de la Corte Internacional de Justicia, es un ciudadano Norteamericano actualmente pero nacido en Europa, ha sido uno de los pocos niños sobrevivientes del holocausto de Auschwitz y se fue a vivir a Estados Unidos con su madre; es una persona muy eminente, profesor de derechos humanos y por muchos años se desempeñó como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue su presidente y su posición en esa corte fue muy importante

para los EUA en general, pero luego dejó ese puesto. Era muy conciente de la necesidad de que los jueces, los abogados de los Estados Unidos conocieran el derecho internacional, que pensarán a nivel mundial, global, para crear un mundo mejor. Era una persona muy honesta en sus puntos de vista.

A continuación señaló que Sonia Sotomayor en el prólogo de *The International Judge* hizo estas preguntas:

- ¿Cuánto tenemos que aprender de la ley extranjera y de la comunidad internacional al interpretar nuestra constitución?
- ¿Cuánto tenemos que aprender de los tribunales internacionales, de sus juezas y jueces, sobre el proceso de juzgar y de los factores fuera de la ley que influyen en nuestras decisiones?

La Dra. Sonia Sotomayor, actual Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, fue quien escribió el prólogo del libro en el cual se volcó el estudio al que se refirió la disertante. Puede verse como ella fue moldeando el pensamiento de la Corte, en la primer audiencia que participó de la Corte formuló cuarenta y siete preguntas durante las primeras 2 horas.

Entonces, observó que más o menos hace doce o dieciocho meses que se vive una evolución de la posición de los Estados Unidos respecto al derecho internacional. Primero, dicho país acaba de firmar la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas. Los Estados Unidos nunca había sido firmante de la Convención sobre las diferentes formas de discriminación contra la mujer, pero ahora se está

teniendo en cuenta muy seriamente en el Congreso y existen altas probabilidades de que se firme.

A modo de conclusión señaló la Dra. Swigart que algo muy interesante ocurrió el verano pasado: la Secretaria de Estado Hillary Clinton dijo en Kenia que lamentaba muchísimo que los Estados Unidos no sea parte de la Corte Internacional Penal. Este comentario fue interpretado por la gente como una apertura hacia el derecho internacional, las instituciones y los jueces internacionales.

“La Corte Penal Internacional y la Jurisdicción Doméstica”

DR. RENÉ BLATTMANN

La relación entre la jurisdicción de la corte penal internacional y las jurisdicciones domésticas:

El Dr. Blattmann comenzó la disertación señalando que en el funcionamiento de la corte penal internacional resulta medular la relación existente entre las administraciones de las diferentes cortes supremas y tribunales superiores de los países que admiten su jurisdicción y el tribunal penal internacional.

Indicó que la Corte Penal Internacional ha sido creada para responder a una necesidad histórica. Fue creada mediante el denominado Tratado de Roma (Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional) y reseña la existencia histórica de atrocidades cometidas contra hombres, mujeres y niños por parte de sus gobiernos. Sostuvo que generalmente no se tiene noción de la cantidad de gente que ha sido atropellada ni ha sufrido menoscabo en sus derechos humanos mínimos, pero se calcula, por ejemplo, que desde la segunda guerra mundial hasta el presente ronda en 70 a 100 millones de personas que fueron víctimas de violaciones masivas a sus derechos humanos. De ahí la necesidad de un instrumento de marco internacional que brinde respuesta a esta problemática.

Refirió que la seguridad del respeto a los derechos humanos exige de un método suficiente para controlar su vigencia y de herramientas eficientes para juzgar a quienes las incumplen.

Por supuesto que la primera y principal responsabilidad se encuentra en cabeza de los tribunales nacionales de cada país, pero la historia demuestra que ante el colapso de los estados por causa de guerras y conflictos, la falla de los sistemas nacionales crea una laguna que hace necesario el surgimiento de los tribunales internacionales.

Contrariamente a lo que suele suponerse, manifestó que el origen de los tribunales internacionales presenta cierta antigüedad. Los primeros se formaron en el siglo XIII. El primero y más antiguo contaba con dieciocho jueces internacionales reunidos a los fines de juzgar los actos del rey de Sajonia, que fue acusado de crímenes de guerra.

Señaló que durante el S XV, se reunieron veintitres jueces que, conformando un tribunal internacional, procesaron a Pedro de Hagenbach a raíz de la rebelión que se produjo en el Alto Rin contra su tiranía. De allí en adelante se pierde el rastro de los tribunales internacionales, no habiendo registro de ellos hasta las guerras mundiales.

Sin embargo indicó que existe un antecedente a los tribunales de las guerras mundiales que tuvo lugar justamente en Latinoamérica. Entre 1817 y 1871 se crearon los primeros tribunales internacionales anti esclavitud, aunque sus antecedentes han sido poco difundidos.

Algunas de estas cortes operaron en América Latina, y es en estos países en los que se promueven con más frecuencia, a instancias de las grandes potencias europeas como Inglaterra, Francia u

Holanda. El primero de estos tribunales internacionales anti esclavitud tuvo lugar en Sierra Leona, el segundo en Río de Janeiro y el tercero en Cuba.

Refirió el expositor que estos tribunales consolidaron la idea de que los Estados debían intervenir y juzgar ese tipo de prácticas. Hubo un fuerte apoyo de la sociedad civil y de los Estados en tanto tuvieron un rol importante al liberar a 60.000 esclavos.

En lo que se refiere a la posición de los Estados Unidos al respecto, el disertante señaló que frente al movimiento principalmente promovido por la sociedad civil de crear mecanismos anti esclavitud, se mostraron iniciariamente ininteresados y hasta participaron en ellos; más cuando se consolidó la obligación de establecer estas cortes, se negaron a instalar una en Nueva York.

De allí, la reseña se extingue para reaparecer, luego, con los tribunales militares de Núremberg y de Tokyo, establecidos por los aliados en la Segunda Guerra Mundial para juzgar a los criminales de la guerra nazis.

Los siguientes se crearon 50 años después para juzgar los crímenes de genocidio cometidos en Ruanda, (otros mas), y finalmente los de Sierra Leona.

A modo de anécdota el Dr. Blattmann señaló que en una oportunidad se entrevistó con un funcionario que actuó como 2do. Fiscal en el caso de Núremberg, y le preguntó cuál había sido el criterio de selección para establecer los 24 jueces que llevaron adelante ese proceso. Y el fiscal respondió que los eligieron porque sólo tenían 24 sillas. Utilizaron el azar y no otros parámetros.

Tribunales especiales ad hoc:

Sostuvo que los tribunales especiales, o ad hoc, fueron pioneros en llevar justicia a las víctimas de situaciones completas. Dentro de sus principales logros se destaca que hicieron que, por primera vez, la justicia internacional funcionara y significase un instrumento eficaz para el derecho internacional. Su principal limitación consiste en que se restringen a un lugar específico, son temporales, se refieren al pasado -ex post- y tienen una competencia limitada al caso por el que se los convocó.

Indicó que a partir de tal carencia surge la necesidad de establecer una institución continua, que ofrezca a todos los países la posibilidad y la seguridad de tener un tribunal permanente.

Ante esto, durante cincuenta años circuló en la ONU un proyecto para crear el Tribunal Penal Internacional, sin poder concretarse ninguna propuesta.

Pues bien, en 1989 Trinidad y Tobago se encontraba representada ante la ONU por el embajador Arthur N.R. Robinson, que posteriormente fue presidente de su país, y puso como proyecto crear un tribunal para juzgar los casos de terrorismo, narcotráfico y piratería. Como la iniciativa del diplomático se acogió con entusiasmo, se incluyó entonces a otro tipo de delitos.

Así, señaló que en la conferencia de Roma de 1998 se conceptúan estos tres delitos internacionales. De ella tomaron parte ciento sesenta estados y centenares de organizaciones internacionales. Es por ello que la corte penal internacional se apoya en un tratado que tiene un consenso internacional sin precedentes.

El 17 de julio de 1998 se aprueba Estatuto de Roma, con votos positivos de veinte países y siete en contra; y entra en vigencia el 1 de julio de 2002, cuando fue ratificado por 60 estados.

Fue una ratificación extremadamente rápida porque en sólo 10 años se adhirieron 110 países - el último fue Chile- y de América del Sur sólo falta por adherirse a Surinam.

Recalcó que el objetivo principal de la Conferencia ha sido consignado en su preámbulo.

En primer lugar se encuentra poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes internacionales más graves, pero también constituye su finalidad la contribución a la prevención de crímenes y asegurar que la justicia internacional sea respetada.

Este es el primer tribunal internacional permanente que existe en la historia, su competencia es prospectiva y no tiene límites impuestos como los de los tribunales ad hoc.

Las facultades del tribunal se encuentran enmarcadas dentro de dos principios fundamentales: la competencia y su admisibilidad.

En este sentido indicó que la competencia se centra en el tratamiento de crímenes cometidos en uno de los estados partes respecto de sus habitantes, y siempre que existan uno o más crímenes reitidos por el consejo de seguridad de la ONU.

La jurisdicción de la corte no actúa retroactivamente, sólo tiene competencia por hechos ocurridos desde el 1/7/2002 o desde la ratificación por parte del estado de que se trata.

El objeto de los crímenes tratados por el tribunal se limita a los de genocidio, crímenes de lesa humanidad y al delito de agresión. Salvo en lo que respecta al último, se han descrito decenas de tipos penales vinculados con estas categorías; pero en lo que hace al delito de agresión se manifestó una férrea oposición por

parte de diversos estados a la ratificación del Estatuto de Roma, al tratar de incluirlo.

Se presentó entonces un cierto riesgo de que se pierda la oportunidad de formar la conferencia y perder el alto grado histórico de legitimación internacional existente en ese momento.

Manifestó entonces que fue necesario adoptar medidas destinadas a evitar el disenso. La solución -notablemente interesante- que se encontró fue de tipo diplomático, a partir de la utilización de las llamadas “ambigüedades creativas”. Se abrió la competencia de la Corte para el delito de agresión pero se dejó establecido que ésta tendría lugar una vez que exista consenso respecto del contenido del mismo y sobre su definición. Sólo en la oportunidad en la que se encuentre definitivamente establecido qué habrá de entenderse por agresión habrá de incluirse activamente en la competencia de la corte. Es que, justamente, el cargo más importante imputado a los criminales de Nüremberg fue el delito de agresión, aunque comúnmente se piensa que fue el de genocidio.

Ahora bien, el hecho de que la Corte tenga competencia para entender en cierto asunto no significa que necesariamente haya de encargarse de su juzgamiento, pues no tiene una obligación ineludible de actuar. La Conferencia de Roma especifica que la competencia originaria compete a la jurisdicción nacional de cada uno de los países, y aún cuando resulte apriorísticamente competente la Corte existen determinados requisitos que se deben cumplir para que ésta proceda, y que se encuentran establecidos en el artículo 17.

Principio de complementariedad. Es la jurisdicción nacional la que tiene originalmente la competencia para

entender en los crímenes acaecidos en cada Estado, y la competencia que la Conferencia reconoce a la Corte tendrá lugar sólo cuando el sistema nacional de cada país no pueda no desear entender en la materia.

En el preámbulo de la Conferencia se afirma que “los crímenes más graves deben ser castigados y, a tal fin, se deben adoptar medidas en el plano nacional e internacional para que sean sometidas a la justicia. Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción y la Corte es complementaria de la jurisdicción nacional”.

Resaltó que estas características son la piedra angular del Estatuto de Roma, por eso la Corte opera como tribunal de último recurso, cuando de lo contrario no habría perspectivas de justicia porque el órgano nacional no puede o no está dispuesto a enjuiciar a los autores de los crímenes. La Corte, desde que decide la oportunidad en la que habrá de intervenir y si participará o no en el juzgamiento de los casos que son llevados ante ella, establece su propia competencia.

La Corte no tiene, al respecto, criterios en abstracto, sino que la procedencia de su jurisdicción se juzga en cada caso en concreto. El principio de la complementariedad asegura la soberanía de los Estados, pues la Corte reconoce que el primer derecho a juzgar se encuentra en cabeza de los tribunales de cada uno de los países

Afirmó el expositor que hay ocasiones en las que el sistema judicial de un estado colapsa o deja de funcionar, o no existen en él los resortes adecuados para proceder con el juicio contra los autores de ciertos crímenes. Por ejemplo, puede ocurrir que el gobierno sea partícipe de las atrocidades y, por eso, no garantice un mecanismo de justicia independiente. Por

eso el art. 1 de la conferencia establece cuales son los criterios para caso por caso en concreto.

Así estableció que en principio debe considerarse que un caso será inadmisibile cuando sea objeto de investigación en el Estado en que tiene lugar el; sin embargo el asunto puede volverse admisible si el Estado de repente no puede hacerlo o su gobierno o autoridades no están dispuestos a llevar adelante una investigación.

En el caso Ruanda, se creó un tribunal ad hoc pues a causa de la guerra no existía un poder judicial en el país que pudiera entender en los crímenes que allí habían acontecido. El Estado, en ese caso, no pudo juzgar por carecer directamente de un poder judicial organizado.

Otro clásico ejemplo que nombró fue el de Yugoslavia, donde existía un mecanismo judicial pero no había voluntad política de juzgar a los criminales de guerra, particularmente contra Milosevic.

Por eso indicó que las experiencias de Ruanda y Yugoslavia llevaron a plasmar un texto que fue objeto de reciente tratamiento por parte de su Cámara de Apelaciones, sobre materia de competencia y el principio de complementariedad.

Se pregunta el Tribunal en que momento deben juzgarse los hechos cuando acontecen de esta forma. En principio, el caso se configura cuando el estado no actúa o no practica una investigación. Allí el caso es admisible, sea porque existe una incapacidad para poder juzgar o cuando ello acontece por falta de decisión. Alcanza, para que el caso sea admisible, que la jurisdicción domestica se muestre inactiva.

Por otra parte, indicó que cuando el caso haya sido objeto de investigaciones pero se haya decidido no incoar acción penal, dicha decisión resulta equiparable a la de no perseguir.

En verdad, recalcó que parte de la doctrina sostiene que ambas circunstancias no resultan equiparables, pero lo cierto es que muchos países no siguieron adelante con las investigaciones y remitieron el caso a la Corte.

Afirmó que existen pautas para establecer que un estado no está dispuesto a someter a la justicia al autor de cierto hecho, siempre que en los Estados nacionales acontezca uno de los siguientes casos:

- 1) Que el procedimiento haya tenido como finalidad sustraer al acusado de su culpabilidad penal (shild, parodia).
- 2) Cuando se configuro una demora injustificada del juicio, que resulte compatible con una verdadera falta de juzgamiento, o cuando el acusado no comparezca a ser juzgado.
- 3) Si el proceso no está siendo sustanciado en forma independiente e imparcial, sino en forma incompatible con que pueda hacerse comparecer al imputado ante la justicia.

Es importante, en todos los casos, preservar el derecho del acusado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Esa falta de disposición se sustancia con la falta de intención del Estado de iniciar el proceso contra el acusado. El juicio de admisibilidad de cada caso se hace, entonces, ponderando las particularidades de cada asunto, a la luz del régimen nacional, de los tratados internacionales y de las leyes y demás actores empíricos de cada caso.

El hecho de que uno de los Estados no pueda llevar adelante la investigación de

cierto crimen no se aprecia con carácter subjetivo, sino que objetivamente se evalúa si es un caso en el que se constata que hay imposibilidad de llevar a comparecer al acusado o hacer la investigación. En ese caso puede ser que el Estado no pueda cumplir sus deberes conforme al Estatuto de Roma, por eso es importante que los estados parte incorporen esos delitos a sus legislaciones, para poder juzgarlos.

Indicó que el ejemplo del genocidio ruandés se comprobó un colapso total, cuantitativamente no había la necesaria cantidad de jueces para juzgar la crisis; y cualitativamente tampoco había sujetos que pudieran abordarla.

En síntesis, enfatizó que los dos pilares que juegan para que proceda la competencia de la Corte Internacional son la imposibilidad y la falta de voluntad de juzgar los hechos.

Requisitos de admisibilidad:

El disertante indicó que como el Estatuto nació de negociaciones diplomáticas y jurídicas, se exige que la Corte se conforme por jueces y magistrados de distintos sistemas jurídicos, a los fines de interpretar las declaraciones creadas con esa “ambigüedad creativa” típica de los acuerdos diplomáticos.

La conformación de la Corte, entonces, no corresponde a ninguno de los sistemas jurídicos puros, no es íntegramente románico—germánico ni del common law—ni tampoco de ninguno de los otros, pues hay en el mundo cinco sistemas diferentes—.

De todas formas, precisó que en el juzgamiento de esta clase de crímenes se enfrenta el problema de la cantidad de víctimas, de su seguridad, del

cumplimiento de los requisitos de la ONU, entre otros. Por ello esto es para los jueces un campo nuevo. Es por ello que cuando se elige a los jueces se tiene cuidado en elegir, buscando una especial proporción respecto del género, de la especialidad, y los miembros elegidos son personas que deben reunir los requisitos necesarios para ser elegidos jueces de Corte Suprema en sus respectivos países. Dichas condiciones están enumeradas en la Conferencia.

Los estados partes deben respetar las siguientes normas:

- i) El Estatuto,
- ii) El Reglamento,
- iii) Principios generales del derecho internacional,
- iv) Prácticas de los estados partes,
- v) Derecho vigente en las naciones.

Señaló que el primer caso en el que entendió la Corte fue el del Señor de la Guerra (Lord of War), un acusado de crímenes de guerra consistentes en el alistamiento y conscripción de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, pues adoctrinaba a niños de 12 o 13 años para matar. Cuando el caso se remite a la Corte, el presidente de Congo, Joseph Kabila, declara que debido a la particular situación de su país, las autoridades competentes no podían realizar el juicio, por lo que solicitaba el enjuiciamiento de los crímenes a la Corte.

El régimen fue minuciosamente analizado por una comisión Preliminar, encontrándose el imputado detenido en Kinshasa por los crímenes imputados.

La Sala dijo que para que un asunto sea inadmisibile era necesario que dicha inadmisibilidat se refiera tanto a la

persona como a los hechos. Y como no había identidad declaro admisible la causa. Porque eran otros crímenes, no los que habían sido imputados en su país. En Congo había sido enjuiciado por otros crímenes de guerra pero no por alistar a los menores.

Otro caso que reseñó fue el de Uganda que también fue remitido por su gobierno en enero de 2002, por una causa contra miembros de Ejército de Resistencia del Señor, que eran acusados de prostitución, ataques contra civiles y niños soldados. Uganda, al igual que Congo, presentó a la Corte una carta de jurisdicción. No habían podido detener a los acusados de esos crímenes, y por eso se tornó imposible hacerlos comparecer. Este caso también se declaró admisible.

El caso de Sudán el expediente abierto contra Bashir fue remitido por el Consejo de Seguridad de la ONU, como consecuencia de una investigación que la Organización llevó adelante y en la cual se demostró que se habían cometido, en ese país, crímenes de lesa humanidad. El informe preliminar estableció que la respuesta normal para esta clase de crímenes debe efectuarse en el propio país, pero ante las deficiencias del sistema penal de Sudán –que dio lugar a la impugnatión—, la Comisión consideró que los imputados no estaban en condiciones de ser juzgados en el propio Estado. Se trata de un caso en el que el país no tiene voluntad de juzgar, además de no poder hacerlo, por lo que se dan ambas circunstancias que permiten que la Corte entienda en el caso.

Este año [2009] dictó la Corte la orden de detención del presidente en ejercicio de Sudán por crímenes de guerra y lesa humanidad.

De ahí como la Corte ha ejercido el sistema de procedencia de su

competencia. La complementariedad repercute en las administraciones de justicia y en las leyes internas de cada Estado, pues muchos países adecuaron sus leyes a los lineamientos generados en la Corte. El Estatuto, justamente, da facultades a los Estados para la investigación y procura de que esos crímenes sean previstos en las legislaciones.

Explicó que algunos Estados reconocieron esa necesidad inmediatamente, por ejemplo España, pues para que un Estado parte pueda invocar con éxito ese principio es preciso que se asegure que su legislación prevea estos crímenes y sus tribunales tengan competencia para juzgarlos.

Así, en Alemania se dictaron dos leyes, una sobre crímenes de lesa humanidad y otra sobre la aplicación del Estatuto de Roma; en Australia se sancionó una ley sobre la Corte Penal Internacional que la adapta a su derecho interno.

La administración, en consecuencia, quedó fortalecida al sancionarse cambios que incorporan al Estatuto de Roma al derecho interno.

Sostuvo que la relación positiva entre la Corte Penal Internacional y las administraciones nacionales es recíproca, porque estas últimas han facilitado también la participación de la Corte. La Corte se apoya en los Estados porque para encarcelar a los imputados y para poder coleccionar pruebas le es necesaria la colaboración de la administración interna.

El apartado A, párrafo 4, del art. 70 obliga a los Estados a castigar delitos contra la administración de justicia, tales como el falso testimonio o el imposibilitar la declaración de los testigos. Por otra parte, indicó que se encuentra en cabeza de los Estados la tipificación de los delitos.

De modo que el objeto de la Corte Penal Internacional consiste en complementar a las administraciones nacionales y no sustituirlas. El principio de complementariedad asegura la soberanía y también que se impida que se evadan los criminales, creando un efecto positivo en el derecho penal interno.

Finalmente, resaltó que la creación de la Corte es un logro histórico que se la calificó como el segundo hecho en importancia para el derecho internacional, luego de la creación de la ONU. Es sólo una etapa en el inicio de un largo camino que se pudo hacer sólo por un efectivo trabajo de los Estados parte y de las sociedades civiles, verdaderamente parecido al que hubo con la creación de las cortes anti esclavos.

APUNTES, COMENTARIOS Y PREGUNTAS:

Dra. Patricia Castro:

1) Requiere la opinión del Dr. Blattmann, sobre si en un procedimiento de justicia transnacional con ciertas condiciones a grupos armados, si se puede aplicar la complementariedad si las penas no se comparan con la gravedad de los delitos

2) Pregunta además si una legislación no tiene tipificadas las 3 conductas pero si se encuentran éstas categorizadas por el derecho subyacente, si no se está complementando una falta normativa.

El Dr. Blattmann dijo que no puede adelantar criterio. Piensa que el régimen de la complementariedad es poco efectivo y sería bueno que los Estados incorporen esas normas.

Dr. Diez Ojeda: (Corte de Casación)

1) Pregunta si la Corte sólo accede a la noticia *cirminis* por vía de la ONU o hay otro camino.

2) Si hay dos etapas en el proceso, instrucción y juicio, si los propios estados no tiene voluntad o media para colaborar cual es la espada de la justicia?

El expositor señaló que un caso llega por vía de la ONU como excepción, porque el que da jurisdicción es el propio estado. En un sólo caso se uso eso, es paradigmático porque marcó un cambio en la relación de CPI con los EUA. Ahora los EUA tienen una política más aceptativa hacia la Corte. Cuando llegó el tema al Consejo de Seguridad todos pensaban que iba a ser vetado por EUA, y era un caso muy importante que EUA no vetó. Fue un cambio de actitud. El caso fue el no ejercicio del veto por parte de EUA y China, cuando se pensaba que lo iban a vetar. Indicó que esa fue señal clara del cambio de actitud. Está hablando del caso de Sudán. Fue el único caso enviado por el Consejo de Seguridad. Hasta hubo declaraciones de Condoleza Rice respecto de que ir contra la Corte es como pegarse un escopetazo en una pierna. Hay muchas señales que indican un cambio. Ahora creen que el próximo país que se va a sumar a la Corte es China. Más en una ocasión le preguntaron a Mao Tse Tung sobre lo que opinaba respecto de la revolución francesa y dijo que era un caso muy cercano para poder expresarse en forma definitiva.

Manifestó que el camino menos frecuente es el del Consejo de Seguridad, otros mecanismos son más comunes, como las denuncias efectuadas por el Fiscal de motu proprio a partir de denuncias que recibe, por ej. de ong. El fiscal Granillo

Ocampo recibió alrededor de 2500 denuncias. A la fecha hay cerca de 5000. Ante una denuncia hay mecanismos investigativos, y si hay casos que señalan la posible comisión de un delito a someter a la Corte, ésta tiene investigadores en los países en cuestión, que son jóvenes profesionales que, de todas formas, enfrentan graves problemas de seguridad, no sólo para ellos mismos sino también para los testigos.

Así, afirmó que otra forma común es la de un Estado que remite una causa de otro Estado.

Y un caso que no estaba previsto en la creación ambigua de los diplomáticos, que fue aceptada por analogía, es una especie de *self receive* –auto envío- cuando un Estado se denuncia a sí mismo. Nadie pensó que iba a haber un país que diga que él no está capacitado para juzgar los crímenes, pero como es un Estado que denuncia es más fácil conseguir pruebas.

Señaló que otro mecanismo para conseguir pruebas en la ONU, pues la Corte tiene un acuerdo con la ONU para conseguir pruebas, que trajo problemas. Cree Blattmann que el hecho de que se comenten las decisiones de la Corte es importante.

En el *common law* existe un instituto llamado *redactions*: si un sujeto es testigo y no quiere que se sepa su identidad se genera un problema. Y como en la Corte el juicio es público no se podía ocultar el nombre del testigo. Los franceses tradujeron el término de levantar las *redactions* como divulgación. Prueba: en el caso de Uganda poco antes de empezar el juicio, ya había una decisión de llevar adelante el juicio, lo primero que hacen es tratar de encontrar un acuerdo –típico de *common law*- vieron que había unos 4000 documentos que la ONU no quería hacer accesibles a los jueces por causas de

seguridad. Era el problema de la independencia judicial y la injerencia política. Si fuera una corte de la ONU debería ir en esa línea, pero ellos no son de la ONU. El fiscal hizo esfuerzo para levantar redactions, para que la vean los jueces y la defensa. La ONU se negó en un principio y dijo que sólo aceptaría que los vean los jueces, sin sus asistentes, y sin poder tomar notas de lo observado.

Finalmente sostuvo que ente tal circunstancia los jueces de la Corte se

negaron a ese juego político y prefirieron irse a casa habiendo defendido la independencia de la jurisdicción, pero finalmente la ONU aceptó que los jueces observaran los documentos bajo las condiciones que ellos pedían; esto es acceso a todos los documentos, tachando los nombres que pudieran afectar la seguridad de las personas. El documento no tenía redactions entera sino solamente de algunas personas.

“Problemas Relacionados con los Efectos de las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

DR. ALBERTO FERNANDO GARAY

Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires (1981).

Magistri in Legibus, Universidad de Columbia, New York (1990).

Visiting Scholar, Universidad de Columbia, New York (1993).

Profesor de la Escuela de Derecho Universidad Torcuato Di Tella (2001-2009).

Director y Profesor del Programa de Actualización en Derecho Constitucional, Departamento de Posgrado, Universidad de Buenos Aires (1996-2004).

Profesor de *Latin American Institutions*, *Southwestern University School of Law* (1996-1997).

Secretario de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) desde el año 2001.

Ha sido asesor de la Comisión de Comunicaciones del Senado de la Nación y consultor de *Agency for International Development* (A.I.D. - U.S.A.) en proyectos de Reforma Judicial en El Salvador y en la República de Honduras, y de *Public Administration Service* (Washington, U.S.A.) en el Programa de Reforma de la Administración de Justicia, República del Perú.

Autor de numerosas obras jurídicas publicadas en revistas especializadas argentinas e internacionales. Entre ellas, se destacan los libros “La igualdad ante la ley” (1989), “La Jurisdicción Per Saltum de la Corte Suprema” (1991) en co-autoría con Alejandro Carrió, y “Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia” (1992) en co-autoría (Premio Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires Año 1990).

Ha dictado numerosos seminarios y cursos de posgrado sobre temas de derecho constitucional en Argentina y en el exterior.

El disertante partió de considerar que existen en Hispanoamérica postulados previos que parecen comunes a los diferentes pueblos que la componen, pero no lo son. En principio, por ser todos latinos, del civil law, tenemos una raíz jurídica y lingüística común. Pero señaló que existen, por ejemplo, problemas lingüísticos de interpretación de los términos. Una cosa en común, de la que no nos enorgullecemos, se concentra en una tradición en el incumplimiento de la ley. Existe también una fuerte tradición de incumplimiento de derechos fundamentales básicos. En los países latinoamericanos, en lo que a nuestras poblaciones se refiere, normalmente no hemos sabido respetar seriamente los derechos fundamentales.

Sostuvo que estamos en deuda con nosotros mismos y con nuestros pueblos y sociedades, no sólo por este pasado reciente bastante tenebroso en materia de violación de derechos humanos, sino además en lo que hace a esa noción del cumplimiento de la ley. No tenemos una noción fuerte del cumplimiento de la ley.

Mencionó que presencié juicios orales en varios países latinoamericanos, posteriores a las guerrillas. En tal marco, recuerda haber ido a audiencias y no encontrar al imputado. No estaba el imputado a pesar de que lo estaban juzgando. La excusa era que no había medio de transporte para trasladarlo, pero lo cierto es que no estaba allí y de todas formas se desarrollaba el juicio con el expediente de la instrucción, sin que vengan los testigos.

Postuló que en el área de los derechos humanos, primero deben difundirse los convenios que los Estados tienen sobre los tratados de derechos básicos. Ello así porque al momento de resolver se los debe tener presente. Debemos hacer un esfuerzo para difundir el contenido de los tratados sobre derechos humanos fundamentales básicos, y tenerlos presentes porque al momento de resolver.

Indicó que las condenas pueden, en ocasiones, diferir entre un país y otro, porque los jueces piensan distinto por las diferentes formas de interpretar el derecho. Un ejemplo es el de los *remedies* del derecho anglosajón, que traducimos al español como remedios. En el derecho civil siempre manejamos remedios, que están en los códigos. Los remedios aparecen al momento del incumplimiento de la obligación. Si se incumple una obligación se debe condenar al incumplidor a cumplir con la prestación de dar, hacer o no hacer. Es decir, el contenido de la obligación, la prestación, eso que debe uno a otro es el remedio. En el derecho anglosajón eso no viene hecho directamente en la ley, hay que construirlo, y construir ese derecho es complicado en situaciones.

Afirmó que a personas que fueron educadas jurídicamente bajo las reglas del Common Law, nuestros razonamientos abstractos les pueden resultar chocantes. Por ejemplo, en el Common Law no se deben intereses automáticamente como en nuestros ordenamientos. Así, para alguien educado dentro del common law, los principios que establece el pacto de San José de Costa Rica que pueden resultar muy generales, no son novedad. En parte esos principios están en las constituciones federales o de los estados. En Argentina también. En algunos casos son cuestiones meramente legales. Eso

pasa, por ejemplo, con la doble instancia en sede penal, que en nuestros países se prevé por ley y en los Estados Unidos no existe. Por ejemplo, señaló que el art. 8 A del Pacto de San José establece que debe haber un traductor gratuito si el imputado no entiende el idioma. Nosotros lo entendemos pero hay quien puede pensar otras aristas, como por ejemplo, en que momento se usa el traductor, como se financia si es gratuito, si está previsto para todos los casos penales, etcétera. Y cuando uno empieza este tipo de detalle advierte que nosotros, los latinoamericanos, estamos acostumbrados a razonar los problemas de una manera y los sajonos de otra.

Concluyó así que existen, efectivamente, diferentes formas de tratar un mismo tema por disimiles raciocinios. Hay muchas formas y métodos a través de los que se le puede dar significado a una norma. De ahí que a pesar de tener una lengua común y un tronco común, como es el derecho romano, están hablando idiomas diferentes.

Y este punto señaló el Dr. Garay es muy importante porque cuando uno lee las decisiones de la Corte Interamericana, el tipo de interpretación que usan es demasiado generoso.

Ello recuerda a las discusiones que hay en los países sobre materia constitucional. Pero, ante quienes responden los jueces de la Corte Interamericana? Los jueces de los países responden ante sus respectivos pueblos, enfrentan el juicio político, etcétera, en cambio, estos jueces no responden ante nadie.

Recordó que en Argentina, los tratados internacionales integran la constitución, luego de la reforma del año 1994. Con un agravante, que es que las decisiones de la Corte Interamericana modifican las decisiones de la Corte Suprema del país,

con lo cual existe la dificultad de que aquella pueda modificar algo en lo que intervino la corte nacional. En materia penal y no penal hay casos que la Corte Interamericana falla en contra de lo que falló la Corte Argentina. Un ejemplo fue el caso Bulacio. Era un joven que fue detenido a la salida de un club bailable, junto con otras personas, por la policía. No se avisó a su familia que había sido detenido –que es la primer obligación cuando se detiene a un menor— y aunque fueron liberando a todos y dicen que lo liberan a Bulacio, éste finalmente amanece muerto en un descampado. Se hace un juicio. Se investiga la muerte y se termina absolviendo al comisario encargado de la seccional. La familia lleva el caso a la Corte Interamericana. En la Corte Interamericana el Estado Argentino llega a un acuerdo con la familia Bulacio en el que hace una serie de reconocimientos, asumiendo su responsabilidad en cuestiones pecuniarias. Pero quedaba el tema del comisario, que era el responsable de la muerte. El comisario había demorado lo suficiente el caso para que prescribiera la causa, declarándose su prescripción. Llega el asunto a la CSJN y juzgan operada la prescripción, más cuando el caso va a la Corte Interamericana resuelve que debe llevarse adelante el proceso contra el acusado.

Como la acción prescribió por los planteos dilatorios del imputado, sostiene la Corte Interamericana que esa forma de ejercer los derechos fue mal administrada por los jueces, a la luz del derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo ocurrido. El derecho a la tutela definitiva exige a los jueces que no frustren el ejercicio de los derechos humanos.

Refirió los comentarios que esta decisión motivó. Refirió que varios penalistas han sostenido que si la demora fue causada por el aparato del poder judicial en llegar a la resolución del tema no corresponde hacer cargar con las consecuencias de esa demora al procesado.

Los que ponen el acento sobre el derecho de las víctimas sostienen que debe pagar el Estado.

Y por su parte que varios profesores criticaron las decisiones de la Corte Interamericana y de la Argentina, porque la Corte Interamericana tiene dicho que las sentencias judiciales de los estados que van en contra de la convención son ineficaces, nulos y se los debe de tomar por tales. Para la Corte Interamericana una sentencia así es nula, y si la Corte Nacional no lo ve así hace incurrir al Estado Argentino en responsabilidad. La CSJN, no por unanimidad, decidió acatar la decisión de la Corte Interamericana.

Otro caso que recordó es el de “Cantos”, un sujeto condenado en la Corte Suprema a pagar honorarios muy importantes a abogados, y la tasa de justicia. Cantos se va a Costa Rica y obtiene de la comisión, no de la Corte, un pronunciamiento que recomienda a la Argentina una serie de medidas, entre ellas eximirlo del pago de esos honorarios, eximirlo del de la tasa de justicia, y nuevamente llega esa decisión al Poder Ejecutivo, que lo presenta ante la CSJN que había dictado la sentencia. La Corte la analiza y resuelve no cumplir con esa decisión, porque para cumplir con la convención no puede violar la convención. Y si ella cumpliera con el no pago estaría castigando a los abogados sin haber sido parte en el proceso. Lo interesante del caso es lo que hace una Corte Nacional cuando se considera que lo que hace la Corte Interamericana es inmanejable.

Citó también otro caso relativo a un despido de un contador por parte de un municipio, el caso “Narciso Palacios c/ República Argentina”. Palacios había iniciado una demandada administrativa contra la municipalidad que lo despidió, en cumplimiento del reclamo administrativo previo; y como es rechazado plantea su caso ante la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Pero mientras tramita el reclamo cambia el criterio de la jurisprudencia de la Corte, que hasta ese momento admitía esos reclamos. Como rechazan su reclamo, el actor llega a la Corte Suprema Nacional, que rechazó el recurso. Sigue el tema en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lo toma y hace lugar al reclamo diciendo que un cambio de jurisprudencia con efecto retroactivo atenta contra el debido desarrollo de la tutela judicial efectiva.

Quizás para nosotros -afirmó- eso no es extraño, pero para otras personas que están acostumbradas a redacciones más precisas y a tener otros estándares puede resultar llamativo y preguntarse cuál es el estándar. En el art. 2-8 se establece la tutela judicial efectiva, pero ¿cuál es el estándar? ¿Cantos, Bulacio o Palacio? ¿Cuáles son los criterios a tener en cuenta para interpretar una conducta a casos futuros?.

No quiero infligir el tratado pero dame pautas para manejarlo. Las pautas de la Comisión son muy pobres. La Comisión no está de acuerdo con el efecto retroactivo de cambio de jurisprudencia.. tema que se ha discutido mucho en Argentina y en Estados Unidos, donde se habla de diferentes efectos, retroactivo, prospectivo y retroprospectivo.

Otro caso importante que reseñó es el caso de “Almonacid Avellano c/ Chile”. Se trató de un fusilamiento de gente que

había quedado impune, y la Corte Interamericana dijo que es consciente que los jueces internos están sometidos a la ley. Pero lo que pasó en este caso es que los militares tenían una ley por la que se auto-administraban. Pero cuando un Estado ratifica un tratado como la Convención los jueces también están sometidos a ella, y se tienen que preocupar por no avalar leyes que van en contra de lo que dice el tratado. Por ello el juez debe hacer un control de convencionalidad entre las normas internas que aplican en casos concretos y lo que dice la convención. Teniendo en cuenta no sólo lo que dice el tratado sino también lo decidido por la Corte Interamericana, último interprete de la misma.

Sostiene entonces la Corte Interamericana la obligatoriedad de sus decisiones. La fortaleza de la Corte surge de sostener el imperio de la regulación convencional sobre todo, aun sobre el cumplimiento de las leyes nacionales por parte de los jueces. Y si no la aplican su estado va a incurrir en responsabilidad ante la Corte Interamericana. Corresponde aplicar de oficio las decisiones de la Corte Interamericana.

El problema a juicio del disertante es abrir el abanico de la agenda de la Corte Interamericana, pues si va a entender en toda clase de juicios no va a tener tiempo. Cuando se generalice el tratamiento de los tratados va a tener miles de causas, por la litigiosidad que se va a generar. ¿Corresponde entonces que la Corte trate cuestiones tan baladíes como la irretroactividad de un impuesto?.

Ya hoy las demoras son muy importantes, pues se demora mucho en salir una sentencia, entre 7 u 8 años. De una denuncia a pedir información se demora 4 años. Si se arroga una competencia muy

grande parece que pierde fuerza por una mayor cantidad de trabajo y le hará falta incorporar trabajadores. Pero igual la demora será terrible. Lo que tiene que hacer la Corte Interamericana es concentrarse en las violaciones graves de los derechos humanos y en problemas de menor entidad argüir que no fue creada para ello.

Interpretar la Convención sin carácter restrictivo le quita imperio propia Convención y también a la Corte.

Por eso recalcó que habría que resolver cuáles son sus principios, sus postulados, y cuáles van a ser las posturas al resolver temas graves. Lo mismo con la jurisprudencia de la Comisión, pues debe evitarse generar interpretaciones demasiado extensas que desprestigien el tratado y no lo jerarquicen.

PREGUNTAS Y POSTULACIONES:

La Dra. Castro señaló que coincide con los conceptos del Dr. Garay. Los dos casos que comenta de la Corte que son paradigmáticos. El primero, la interpretación derogatoria de la Corte sobre las disposiciones de la Convención. Caso Guatemala, caso Ríos–Month. La Convención dice que el derecho activo al sufragio puede ser limitado por ciertas razones. Guatemala establece que no se puede ser candidato a presidente si se fue funcionario de gobierno militar. Ríos Month fue y por eso fue a la Corte, que legitimó la cláusula, por lo que muchos piensan que se interpretó mal.

El otro es un caso argentino, sobre protección de datos de menores. Una supuesta hija de un futbolista, se limitó la publicidad de los datos de la causa de filiación. La libertad de prensa no se ve

restringida si se excluía la identificación de la persona de que se trata. Uno de los votos de la Corte Suprema, Petracchi, dijo, por art. 13 de la Convención, que era una interpretación de la Convención. Sin embargo, hace dos años la Corte Interamericana resolvió igual que la mayoría y ponderó los derechos de la niñez que son superiores a la libertad de prensa. Por eso ella piensa que la Corte hace interpretaciones muy finitas de algunos casos.

El Dr. Li Rosi sostuvo que hay que repensar la función de las Cortes Supremas Nacionales ante el rol de los nuevos tribunales internacionales. Va a haber que redefinirlo, porque las cortes internacionales tienen que redefinirse, y terminan descolocando a las cortes supremas nacionales que respetan a la corte internacional.

Otro de los distinguidos participantes del Seminario tomó como principio tribunales de comunidades europeas. Por ello parece que delega en ellos la aplicación de la norma. Es como un dique de contención para que no llegue a ellos el tratamiento de la norma. Si los jueces usan un propio filtro en la jurisdicción pueden contener el caudal de juicios que llega a ellos.

El Dr. Garay respondió que ve al problema desde su visión del derecho constitucional argentino, derecho que hasta el día de hoy no admitió la invocación de oficio de las cuestiones de constitucionalidad. De ahí que él lo ve desde ese lugar, que la parte puede decidir que se trate o no el caso. Es cierto que el principio *iura novit curia* permitiría hacerlo de oficio, pero se usa muy ampliamente. El otro problema que hay es la necesidad de admitir que existe el principio de *iura novit curia*, pero es para el derecho privado, no para el derecho constitucional o convencional. Entonces

hay que hacer una evaluación de por qué sería conveniente extender eso a otras áreas del derecho.

Eso sirve como freno, porque si la Corte Interamericana no manifiesta que casos tomará y ve que temas manejará y que no, le va a pasar como a la Corte Argentina admitió competencias que no tendría que haber admitido y ahora adolece de mucha demora.

“Insolvencia en el Derecho Internacional”

DRA. MARÍA ELSA UZAL

Escribana y abogada graduada con diploma de honor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Doctora en Derecho graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Profesora titular de Derecho Internacional Privado (1992/6) y Profesora Asociada de la misma materia (1984/1991) en la Universidad del Salvador. Profesora Adjunta en la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesora a cargo de la Cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica Argentina (1992/1996). Profesora de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y otras universidades nacionales. Ha realizado y dictado numerosos cursos de postgrado en el país y en el exterior.

Autora de las obras: “Procesos de insolvencia en el Derecho Internacional Privado”, “Soluciones de controversia en el Derecho Comercial”, “El Mercosur en el Camino de la Integración Regional”, “Relaciones de Consumo Derecho y Economía. I Serie. Ciencia Técnica y Poder Judicial (IJA) Academia Judicial Internacional. Coordinadora de la obra y coautora Módulo VI “La Protección al Consumidor en el Ámbito Internacional: la ley Aplicable y la Jurisdicción Competente” y de más de cincuenta artículos de su especialidad.

La Dra. Uzal comenzó su exposición resaltando que existen algunos temas centrales del ámbito del derecho privado donde hay mucho que trabajar para introducir realmente una cooperación y una integración entre nuestros países que ayude a superar uno de los grandes problemas que tiene los casos multinacionalizados que es el del fraccionamiento, el tratamiento aislado o la partición del caso entre los distintos estados nacionales en los cuales puede ser llevado o planteado el tema.

Destacó el buen criterio de la Academia al elegir dos temas: uno del derecho civil -refiriendo a la conferencia de la Dra. Najurieta- y otro comercial, para abordar las nuevas líneas en orden a lograr la cooperación internacional, un mejor auxilio procesal internacional, la obtención de manera más satisfactoria de una solución justa de los casos iusprivatistas multinacionales, o sea los casos internacionales en los cuales están involucrados derechos de los particulares que de alguna manera respeten la extranjería del caso pero también permita una solución asequible. Indicó que iba tratar algunos aspectos sobre la problemática de la insolvencia internacional.

Desde esta perspectiva, señaló que en general el tratamiento clásico que se le dispensa a esta materia es abordar la quiebra -la figura liquidativa-, y que hoy en día el enfoque que plantea el desafío internacional transita por un ensanchamiento del concepto, en el sentido que no sólo se califica o define el problema de la quiebra y se trata de

encontrar una solución desde el punto de vista del derecho internacional, sino que el concepto se ensancha hacia una ampliación de la categoría, de la definición del problema, abarcando más comprensivamente el fenómeno de la insolvencia.

Sostuvo que el fenómeno de la insolvencia no sólo contempla la fórmula liquidativa sino también aquellas formas preventivas de solución del problema de la insuficiencia patrimonial del deudor -la del concurso preventivo o figuras similares- para hacer frente a sus obligaciones a través de reorganizaciones societarias, a través de acuerdos parajudiciales, que en las fórmulas adquiridas en los distintos sistemas jurídicos de muchos países adquieren una suerte de carta de ciudadanía, de presentación en estrados judiciales y se adjudican efectos parecidos a los concursales, aunque su trámite es extrajudicial.

Así, mencionó que esta categorización más amplia permite incluir esas figuras preventivas que acompañan el fenómeno de la globalización de las relaciones empresariales y que tienden a paliar la crisis que al globalizarse las relaciones y al multinacionalizarse las relaciones privadas trascienden las fronteras de un Estado Nacional con esas distintas formas de integración horizontales, verticales, etc. que advertimos en la creación del fenómeno de grupos.

Señaló que estas fórmulas de insolvencia deberían encontrar alguna solución global al fenómeno de una crisis empresarial que se extienda más allá de las fronteras de un determinado estado nacional. Por ello, precisó que, terminológicamente hablamos de insolvencia internacional y no solo de quiebras, no sólo de concursos. Pero con estas referencias se excluyen

todas las figuras que en el derecho comparado funcionalmente -utilizando la idea de equivalente funcional- se utilizan o las fórmulas diferenciales que tienen los distintos estados naturales para solucionar el problema de la insuficiencia patrimonial del deudor para afrontar sus obligaciones.

Resaltó que hoy en día estamos en esta calificación ensanchada de esta idea de que trasciende la idea de la quiebra tradicional.

Explicó la expositora que otra advertencia que es propia de este tipo de problemas es la relación de estrecha importancia que tiene asociar dos aspectos de esta problemática que son radicalmente distintos en su naturaleza pero que transitan paralelamente y uno condiciona al otro. Esto es la relación entre el *ius* o sea el derecho aplicable y el *forum*, la jurisdicción competente.

Destacó que cualquier caso internacional debe ser apreciado dentro de su contexto jurisdiccional, esto quiere decir que no se puede predicar sobre la solución de un problema internacional cualquiera y de quiebras en particular si no se encuadra el problema a partir de una jurisdicción dada. El contexto jurisdiccional donde se plantea el conflicto o se efectúe la pretensión de auxilio procesal internacional o pedido de cooperación va a condicionar el tratamiento en punto al derecho de fondo que se le va dispensar, porque cada juez aplica su propio derecho internacional privado de fuente convencional de fuente internacional o de fuente comunitario o de fuente interna. Entonces, continuó diciendo, esa relación entre el *ius-forum*, entre derecho aplicable y juez competente partiendo de esta premisa que cada juez aplica su propio derecho internacional privado y le dispensa el tratamiento que corresponde al

caso, es una especie de principio general del cual no se puede sustraer.

Observó que en el problema de la insolvencia en el dinamismo propio de las relaciones comerciales internacionales, uno de los principios a priorizar es la seguridad jurídica, la previsibilidad de las soluciones, tener reglas claras. Saber como obrar, señaló, es uno de los paradigmas de la seguridad jurídica.

Advirtió que en todo tema -y dentro de esta problemática en particular- en el derecho comparado hay tensión entre dos grandes ideas que polarizan las soluciones.

1) La primer idea importa considerar el fenómeno de la insolvencia como una derivación de la quiebra, del concurso o de las formulas preventivas como una consecuencia de un avatar propio del deudor. O sea desde el ángulo del estatuto personal, quien cae en quiebra, en concurso o necesita de una solución de reorganización es la persona del deudor. Así, explicó que si el deudor es uno, pues entonces su patrimonio también es uno y afronta la totalidad de su patrimonio la totalidad de sus obligaciones. Y si pensamos en el tema así -idea que tiene por ejemplo muy claro el Código de Bustamante- el proceso de insolvencia también debe ser uno, y debe alcanzar la totalidad de su patrimonio cualquiera sea el país donde sus bienes se encuentren. Entonces existe un proceso único en estado puro regido por una ley única, un único derecho, un único proceso, una idea de unidad, una idea por ende y por necesidad de extraterritorialización de los efectos de la quiebra, pues si el patrimonio es uno y ha de regirse por un sola nación en todo el proceso cualquiera sea el país donde los bienes se encuentran, necesariamente la idea de unidad va unida a la idea de universalidad y a la idea de

extraterritorialidad. Esto sería -concluyó- una concepción pura de esta mirada.

2) Desde otro ángulo, señaló que un proceso de insolvencia o un proceso liquidativo de quiebra o de concurso es un reparto de los bienes del deudor para satisfacer los intereses de sus acreedores, o una manera como el deudor compone los intereses de sus acreedores en el país en donde sus bienes se encuentran considerando que el acreedor ha contratado con el deudor teniendo en cuenta el patrimonio del deudor en ese país. Se enfoca el problema como una visión territorialista, cada estado se preocupa de los intereses de sus acreedores, hay una tensión entre la satisfacción de la solución de este problema de la quiebra con la satisfacción de los acreedores locales con una visión preferente. Indicó que con este criterio más restringido del fenómeno de la insolvencia estaremos en la idea de la pluralidad de quiebras tantos procesos o procesos de insolvencia como países donde bienes de deudor haya, tantos sistemas jurídicos aplicables como países donde bienes de deudor haya y por ende una visión pluralista: pluralidad de proceso de quiebra, pluralidad de leyes aplicables al fenómeno de la quiebra, territorialidad en sus aspectos, o sea fraccionamiento de la solución, fraccionamiento, territorialidad, soluciones acotadas a satisfacer los intereses de los acreedores locales. Pluralidad de quiebras en consecuencia.

3) En el medio de estos dos enfoques polarizados la Dra. Uzal diferenció soluciones eclécticas o intermedias que combinan elementos de unos y otros. La idea de unidad del proceso, de unidad de ley aplicable al fenómeno de la quiebra podría coincidir con pluralidad de proceso. Un proceso madre con procesos

subordinados reconocidos en distintos estados nacionales o secundarios relacionados con un proceso de quiebra principal o sea que podrían darse las formulas intermedias, que combinen - incluso respeten- soluciones de derechos locales atendiendo diversas particularidades de la situación del deudor.

Destacó que el fraccionamiento puro, la idea del territorialismo es seductora y acotada y, es una idea de que protege de ciertos intereses de soberanía y de protección de los intereses locales. Es una formula ampliamente discutida en formulas mixtas principalmente, que también posibilita aquello que los alemanes llaman el raubsystem o el sistema de pillaje, en el cual se permite que del punto de vista del acreedor y del deudor se puedan obtener ventajas de este diverso tratamiento de un deudor que es concursado preventivamente en un país podría ser fallido en otro o estar in bonis en un tercero con estatus diferentes en los distintos estados. Entonces el acreedor podría obtener beneficios de distintas masas o bien podría beneficiarse de ese diverso tratamiento no exteriorizando el crédito de igual manera como para un tratamiento uniforme.

Manifestó que en el derecho comparado ha habido un esfuerzo por tratar de superar el fraccionamiento a través de tratados y convenciones en el marco de algunas organizaciones internacionales especialmente significativas como por ejemplo la “Conferencia de la Haya”, que -desde un punto de vista del derecho internacional privado- permitiera encontrar una fórmula convencional reconocida por todos los estados partes que superara el fraccionamiento.

Señaló que en el siglo XIX la “Conferencia de la Haya” dedicó las cinco

primeras conferencias, para tratar de encontrar una formula en materia de quiebras internacionales, y que no se logró un fondo común de principios, ya que como este juicio universal toca intereses muy sensibles a nivel local impidió lograr ese fondo común de principios que es necesario para uniformar soluciones.

En el marco del “Consejo de Europa” y de las Comunidades Europeas -continuó- se trabajó mucho con diversos proyectos de convención que nunca conseguían lograr una solución internacional.

Con el advenimiento de la Unión Europea, después de haber fracasado -por la falta de adhesión de un país- la última convención europea donde se había planteado la posibilidad de arribar a una formula uniforme con soluciones, se utilizó una técnica propia de la regulación comunitaria europea que es la formula del reglamento para tomar un tema que es de relaciones propiamente del derecho internacional privado y elevarlo a la jerarquía de un reglamento comunitario que sea impuesto entre todos los países europeos para -desde la autoridad de la unión europea- encontrar un mecanismo de solución uniforme. Y este es el Reglamento 1346 que logró realizar dentro de la Unión Europea esta unidad que de otra manera no se podía lograr por vía convencional.

Señaló la expositora que el Reglamento 1346 entró a regir el 31/5/2002 y gobierna las relaciones entre los países integrantes de la Unión Europea, pero no así las relaciones de los países de la Unión Europea con otros estados. Sean relaciones en el proceso de insolvencia donde se vinculen países europeos con países no europeos en cuyo caso se siguen transitando las reglas del derecho internacional privado. Por lo cual vemos que algunos países europeos van a adoptar

otras formas de las que luego vamos a hablar.

Explicó que este sistema armoniza la idea del conocimiento de un proceso principal con un proceso secundario que se vinculan procesalmente mediante reglas de reconocimiento de ejecución para posibilitar soluciones uniformes.

Precisó la expositora que en el campo de otras fórmulas de solución a nivel internacional tenemos dos grandes esfuerzos, muy trascendentes por la época; así los países latinoamericanos y centroamericanos trabajaron por la tarea de la uniformidad en dos obras señeras que son los Tratados de Interior 1889–1940 en la zona del Río de la Plata -Perú, Bolivia, y Colombia-; en algunos tratados Argentina, Paraguay y Uruguay. Y por otro lado, el Código de Bustamante en 1928, el Código de la Habana. Señaló que también se han regulado en dos tratados en el Código de Bustamante y en el Tratado de Montevideo integralmente todas las materias o la mayor parte de los temas del derecho internacional privado y también los procesos de quiebra e insolvencia y con fórmulas que respeten la idea de la unidad con algunas formulaciones mixtas. O sea que nosotros hemos logrado en nuestro ámbitos latinoamericanos un avance hacia la unidad que a los europeos les costó casi 100 años más conseguir.

Puntualizó que en el marco de los trabajos de las organizaciones internacionales que buscan uniformar soluciones hay que destacar especialmente el esfuerzo realizado desde la Comisión Nacional de Naciones Unidas para la Unificación del Comercio Internacional que en el año 1997 advirtiendo estas dificultades que había para encontrar el fondo común de principios para soluciones internacionales

uniformes elaboró -utilizó para el tema de la insolvencia transfronteriza- una técnica que se conoce en derecho internacional como la de la ley modelo.

Explicó que esto consistió en que este órgano de Naciones Unidas propuso a los países parte de ONU una ley modelo con fórmulas de cooperación e integración internacional en materia de insolvencia, pero que no es un tratado internaciones sino que se propuso para que estas leyes modelos fueran incorporadas por los estados partes a sus legislaciones con las modificaciones y las adecuaciones que exigieran los ordenamientos locales y con debidos resguardos.

Afirmó que este esfuerzo de uniformidad sobre todo tiende a una cooperación a nivel del reconocimiento y ejecución de sentencias y a efectivizar los tramites de procedimientos nacionales en territorios de otros estados donde requieren actos de auxilio procesal internacional ya sea en orden a medidas cautelares, a obtener administración de bienes, liquidación de bienes, con reconocimientos de la figuras de los síndicos del administrados en los procesos de insolvencia de los otros estados con la debida salvaguarda de los derechos locales y con la reserva de orden publico fundamentalmente.

Con esto la CNUDMI consiguió imponer la ley modelo en 18 países: Australia, Colombia en -2006-, Eslovenia, USA -2005-, Gran Bretaña -2006-, Japón -2000-, Mauricio, México, Polonia, Montenegro, Nueva Zelanda, Corea, Rumania, Serbia, Sudáfrica, en los territorios de ultramar de Reino Unido, o sea, las islas Británicas, con lo cual los países que podemos estar vinculados aquí, Colombia, Estados Unidos, México han sido países donde se han implantado a través de la incorporación al derecho interno al derecho internacional privado fuente

interna estas leyes modelos con un tratamiento, permitiría un tratamiento a través de reglas de cooperación internacional de reconocimiento de ejecución de sentencias un tratamiento abarcativo del problema de la insolvencia internacional.

Destacó la expositora que hay un esfuerzo en tratar de difundir esta idea en la Argentina donde tuvo estado parlamentario y se han hecho esfuerzos por tratar de incorporar aún sin éxito la ley modelo de Uncitral.

Luego, la Dra. Uzal explicó como son en el derecho comparado las vinculaciones con los países con los cuales no hay un tratado internacional o no han incorporado la ley modelo en el derecho interno.

Señaló que pocos países de latinoamérica se encuentran vinculados entre sí, algunos mediante el Tratado de Bustamante, otros por los Tratados de Montevideo, pero no todos estamos vinculados entre nosotros como deberíamos a través de una fuente internacional.

Sostuvo que las soluciones son según el punto de vista que el derecho internacional de fuente interna les vaya dispensando a estos problemas. Y cada país entonces ha tenido que posicionarse frente a estas posiciones de unidad, territorialidad o con algunas formulas eclécticas o mixtas.

Algunos países han desarrollado con éxito técnicas de incorporación de fórmulas de cooperación a nivel internacional. Por ejemplo los países anglosajones tienen protocolos de integración del gobierno y la administración de masas internacionales, internacionalizadas y coordinando los órganos de administración han encontrado a través de los protocols ...(ingles) y otras fórmulas, formas de llevar adelante liquidaciones coordinadas exitosas desde el caso

“Maxwell” allá en los años `90 a numerosas experiencias de protocolos de administración y liquidación.

Experiencias donde generalmente son parte Estado Unidos, Canadá, Reino Unido, y también Israel, algunos otros países han tenido experiencias rápidas de liquidación por acuerdos interjurisdiccionales sobre la forma de llevar adelante la liquidación de los bienes.

Mencionó también que hay países que han hecho una transición importante, por ejemplo Japón que ha pasado de un crudo territorialismo a tomar la ley modelo. Y países como Argentina que todavía tiene - cuando tratamos de enfocar el problema de la solución internacional de la insolvencia- una posición marcadamente territorialista.

Argentina salvo con aquellos países con los cuales se encuentra vinculado por los Tratados de Montevideo en su derecho internacional privado de fuente interna tiene una postura que es contraria al enfoque general que tiene de la insolvencia en su derecho interno. En su derecho interno el Art. 1 de la Ley de Concursos y Quiebras en su Segundo Subtitulo tiene un encabezado que dice “Universalidad”, que señala que “el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”. Y entre estas exclusiones legalmente establecidas se encuentra justamente el tratamiento de la quiebra internacional. Entonces el tratamiento local, en realidad, es un tratamiento territorialista, aunque con ciertas concesiones que reconocen subyacente la unidad del fenómeno del concurso. Señaló que esto trae algunas dificultades porque si tomando como idea el sistema argentino recordamos aquel

paralelismo que hicimos entre el ius y el forum y nos fijamos como un deudor domiciliado en el extranjero podría ser objeto de un proceso concursal en la Argentina, tendríamos que plantearnos cual es la jurisdicción competente para poder liquidar en la Argentina bienes de un deudor domiciliado en el extranjero. Señaló que en primer lugar habría que preguntarse si esto es posible, y e indicó que lo es en virtud de lo prescripto por el Art.2 de la Ley de Concursos que dice que son sujetos comprendidos que pueden ser declarados en concurso o quiebra las personas física o jurídicas y los deudor domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el países (limitación territorial). Esta limitación territorial es para la asunción de la jurisdicción de parte del tribunal. Si bien ha habido algunos casos como el caso del “American” o “Troveran” en los cuales nuestro jueces han declarado en quiebra a deudores domiciliados en el extranjero que no tenían bienes en el país focalizando como justificación la posibilidad de obtener la recomposición del patrimonio, aunque no tenían bienes tenían acreedores en el país. El fundamento fue la posibilidad de realizar acciones de recomposición patrimonial aunque no hubiera bienes concretamente localizados.

Expuso que respecto del tribunal competente el art.3, inc. 5 de la misma ley proporciona una regla que no es de jurisdicción internacional porque como tenemos un enfoque territorialista nosotros no asumimos jurisdicción en procesos multinacionales si en realidad tampoco pretendemos la multinacionalización de nuestros procesos, en principio como vocación legal. Aunque en muchas oportunidades los síndicos y los tenedores argentinos han obtenido auxilio procesal internacional, y

han obtenido la cooperación de tribunales internacionales para la recuperación de bienes, para la traba de medidas cautelares, por cierto, beneficio que proviene de las legislaciones de los otros estados que brindan amplitud en cuanto a la cooperación del auxilio procesal internacional. Esta norma interna de jurisdicción internacional señala que tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez competente es el del lugar de la administración en el país; a falta de éste el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal según es caso. Si un deudor no está domiciliado en el territorio argentino o no tiene una explotación acá, el lugar del establecimiento de los bienes crearía por vía de un fuero de patrimonio el tribunal competente. Pero con esta limitación, la existencia de bienes en el país (bienes materiales, bienes inmateriales, propiedad intelectual, buques aeronaves, participaciones accionarias en sociedades locales). De esta forma, un deudor domiciliado en el extranjero puede ser parte en un proceso local.

Respecto del tratamiento y la relación con el proceso concursal o judicial abierto en el extranjero, destacó que el art.4 establece la relación de la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero en el país con formulas más que nada materiales, son soluciones de fondo, no de conflicto. Pero la primer parte de esa norma reconoce un sustrato en la idea de unidad del fenómeno de la insolvencia porque dice que “la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura de concurso en el país”. Reconoce una unidad de fenómenos subyacente de la insolvencia desde que al proceso extranjero le reconocemos aptitud para causar una declaración de concurso local.

Sin embargo, señaló que no estamos ejecutando la sentencia extranjera de quiebra o de concurso, no estamos reconociendo el proceso extranjero de insolvencia para ejecutarlo en nuestro país en un reconocimiento de un mismo proceso por un trámite de reconocimiento y ejecución de sentencia, sino que se le reconoce al proceso extranjero aptitud para causar un proceso local distinto del que se decreta por los tribunales locales, que en realidad es un proceso derivado del proceso extranjero de quiebra.

Desde esta perspectiva afirmó que este procedimiento derivado reconoce la unidad, o sea que hay un reconocimiento subyacente de la unidad del fenómeno de la insolvencia.

Exceptuando este efecto causal, indicó que la declaración extranjera de concurso o quiebra es inoponible frente a los acreedores locales, de manera de poder invocar esa declaración extranjera de quiebra por ejemplo para invalidar actos celebrados por el deudor con los acreedores locales pretextando que han sido hechos en periodo de sospecha o en fraude a los acreedores extranjeros o de cualquier modo tratar de invalidar las relaciones del deudor con acreedores locales cuyos objeto tengan que ser pagados en la Argentina para disputarles derechos o anular actos que estos derechos sobre los bienes locales o actos que hayan celebrados estos acreedores con el deudor concursado. Esto marca una inoponibilidad del concurso extranjero frente a los acreedores locales y la posibilidad únicamente de abrir un concurso local.

Señaló que este artículo tuvo una larga evolución que por cuestión de tiempo no pudo desarrollar, pero dijo que la legislación se hace cargo de una hipótesis que recibe un tratamiento diferenciado. Es

el caso de pluralidad de concursos, es decir cuando existiendo un concurso en el extranjero también se decreta la quiebra en el país y hay coincidencia o coexistencia de un concurso extranjero con un concurso local. En ese caso afirmó que esta coexistencia determina una preferencia de los acreedores locales frente a los acreedores que pertenezcan al concurso foráneo o procedimiento extranjero. Pero la preferencia será únicamente respecto de los acreedores que pertenecen al concurso extranjero, es decir, acreedores que ya participan de un proceso extranjero de liquidación o de composición de intereses con el deudor. Esos acreedores son postergados en un proceso local frente a los acreedores locales. La ley no se dice que tratamiento se les va a dar, pero se sobreentiende que podrían verificarse en el proceso local, podrían verificarse posiblemente a través de sus síndicos o representantes del proceso extranjero que, si es una quiebra por ejemplo defendiendo los intereses de los créditos insolutos de la masa foránea, podría venir el síndico y verificar la totalidad de los de las acreencias de los acreedores extranjeros. También podrían designarse individualmente lo que marca ahora la fórmula de la ley es que pueden participar en una masa postergada en una situación de postergación del eventual remanente del excedente que existiera de la liquidación de los bienes del deudor en el país designados a satisfacer a los acreedores verificados en el concurso local.

En conclusión señaló que ellos -los acreedores- que han participado en el concurso extranjero podrían cobrar del remanente, del saldo del sobrante. La idea de remanente es la idea de lo que se devuelve al deudor cuando el proceso ha concluido. Se admite -no expresamente- pero en la doctrina es conteste, que

podrían esos acreedores extranjeros aun pertenecientes a la masa foránea verificarse y cobrar dentro del mismo proceso concursal sin que este se cierre.

Se preguntó asimismo, que ocurre con aquellos acreedores extranjeros que no son parte de un proceso extranjero de liquidación o de concurso o de alguna formula de recomposición patrimonial, para luego señalar que esos acreedores pueden verificarse y cobrar de la quiebra local junto con los acreedores locales. En realidad antes de la reforma del '72 dichos acreedores podían verificarse y cobrar palpasso con los acreedores locales (ley Castillo 1933, y la ley 11719).

Después indicó que pasamos por etapas de absoluta postergación de todo acreedor extranjero perteneciente o no a una masa extranjera (fórmula de la ley 19551) y actualmente estamos en que los postergados son aquellos acreedores que participan de un proceso en el extranjero pero que el resto de los acreedores extranjeros que no participan de la liquidación de otros procedimiento o de los beneficios de otros procedimientos pueden verificarse y cobrar pero con una solución que desde el punto de vista del derecho internacional es menos valiosa que la de la Ley Castillo, no en igualdad de condiciones con los acreedores locales sino que tienen que acreditar la reciprocidad, en los términos que un proceso, un crédito paralelo a la Argentina podría ser reconocido, verificarse, y cobrar en igualdad de condiciones en un proceso abierto en el país en donde ese crédito es paralelo, o sea, la reciprocidad se da con el tratamiento del lugar del crédito, no con la persona del deudor. Dice: “la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior está condicionada a que se

demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en que aquel crédito es pagadero”. Por supuesto que de la regla de reciprocidad se excluye a los acreedores privilegiados, sólo los acreedores quirografarios estarían en esta situación. Esta exigencia de la reciprocidad tiene bastantes resistencias y críticas, sobre todo respecto del tema de quien prueba la reciprocidad. Sostuvo que algunos han pretendido que tiene que acreditarlo el síndico. En realidad la Cámara comercial en “Carcashe”, “Sher”, todos los casos ha dicho que ‘el interés es la medida de las acciones’, que el que lo tiene que acreditar es el acreedor que tiene que verificar su crédito, en general se prueba a través de dictámenes de profesionales habilitados para decir el derecho del país donde el crédito procede y en general hasta se han usando dentro de un mismo proceso la prueba de reciprocidad respecto de algunos créditos para brindarle reconocimiento y admitir a otros incluso sin prueba de reciprocidad. También puede el juez de oficio proveer la prueba necesaria.

Mencionó la expositora que otra previsión que introduce la ley, que también implica un reconocimiento de la subyacencia de este fenómeno único es que el reconocimiento de los acreedores locales, aun en masa postergada, implica que hay un fenómeno de insolvencia generalizado que se reconoce.

Expuso que otro aspecto es respecto de las reglas de la paridad en los dividendos que también se introduce en la ley en la última reforma. Esto es, si este acreedor que ha verificado en el país, después de verificado, cobró del deudor en el extranjero, porque este deudor le ha

pagado -por el motivo que fuere- como no se puede declarar -por el territorialismo que tenemos- la invalidez de aquel acto celebrado en el extranjero, lo que hacemos es que postergamos a este acreedor en la percepción de los dividendos locales, producto de las distribuciones locales, hasta el momento en que haya compensado totalmente lo que ha percibido en el extranjero.

Respecto de los Tratados de Montevideo sintéticamente señaló que hay una idea de unidad, el lugar del domicilio del deudor la formula es bastante clara, arts. 35 a 48 del tratado del 1889, art.40 a 53 de tratado de 40 "los jueces competentes para entender en los juicios de quiebra son los del domicilio comercial del deudor aun cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra nación, mantenga en ella agencias, sucursales, qué obren por cuenta y obra o responsabilidad de la casa principal. Pero se admite que si el fallido tiene dos explotaciones independientes aunque pertenezcan a la misma persona desde el punto de vista económico son competentes para conocer en su juicio de quiebra los jueces del domicilio de los domicilios de los respectivos domicilios. La misma regla tiene Bustamante que tiene una clara manifestación a favor de la universalidad.

Sin embargo señaló que hay otra alternativa, que tiene Montevideo pero no Bustamante y es que publicada la declaración que quiebra en uno de los países parte en los otros países parte, publicidad, traba de medidas cautelares, publicidad por 60 o 30 días -según el tratado del '89 o del '40- dentro de los 30 días siguientes los acreedores locales pueden pedir la formación de un concurso local. Entonces, explicó que prescindiendo de aquel concurso del lugar

del domicilio del deudor -principio de unidad- los acreedores pueden pedir la formación de una masa local para liquidar los bienes en su beneficio y luego transferir los remanentes. Y que de no ejercer los acreedores esta facultad el resto de los acreedores deben concurrir al proceso principal.

Observó la Dra. Uzal que en el Tratado de 1889 todos los acreedores concurrían en igualdad de condiciones, en el tratado del '40 se establece el principio de la preferencia de los acreedores locales para cobrar sobre los bienes abiertos ubicados en cada uno de los países parte. Las masas se comunican y los jueces de algún modo -la ley no dice expresamente como es- pero establecen contacto entre los jueces locales para transferirse los remanentes y han sido desinteresados los acreedores locales. El reconocimiento del privilegio y de la preferencia de los créditos con garantías reales -prenda o hipoteca- y hay un tratamiento uniforme sobre la temática de la rehabilitación.

Señaló que antes se exigía para la rehabilitación que estuviese habilitado en todos los estados partes (Tratado del '89) pero en el Tratado del '40, los efectos personales y de rehabilitación son llevados a cabo por los tribunales del lugar del domicilio del deudor.

A modo de conclusión la expositora señaló que la propuesta o aspiración es que no se debe obviar la posibilidad de generar una vía de transposición procesal en aquellos países que existan bienes del deudor, que existan mecanismos de transposición procesal que armonicen mediante reconocimiento reglas de reconocimiento y de cooperación internacional la posibilidad de prestar el auxilio procesal internacional necesario para realizar actos de administración y cooperación de traba de medidas

cautelares. Señaló que sería un primer paso a dar en la línea de la unidad, pero que una unidad de soluciones de fondo por la aplicación del mínimo derecho no se avizora por el momento factible, pero sí la admisión de un mecanismo de transposición procesal a través de cooperación internacional de armonización de soluciones a través del auxilio procesal internacional del tipo de las que propone la ley modelo de la Uncitral podría perfectamente permitir el acercamiento en el tratamiento por vía del reconocimiento de ejecución de sentencia.

En una segunda línea, propuso una apertura a la generación entre los operadores del derecho de un enfoque a favor de la unidad, tratar de buscar la cooperación y la armonización. Cambiar la mente de la concepción territorialista a una concepción abierta a la cooperación internacional. Pensar en unidad. Quizás llegar a la elaboración de ciertos principios de primera generación, de coincidencia no por vía legislativa sino por ejemplo en los ámbitos de organizaciones internacionales como podría ser el MERCOSUR, que vayan creando un fondo común de principios de primera generación que permitan coincidir en los criterios para solucionar determinados tipos de problemas, una apertura conceptual.

Y en orden a buscar una aproximación a la unidad hacia el derecho de fondo, si nosotros reconocemos la *lex concursus*, es decir este territorialismo que campea la mayoría de los sistemas, reconocemos como derecho aplicable al proceso la ley del concurso que lo ha decretado, y respetamos la *lex concursus* y armonizamos reconocimiento y ejecución de sentencias respetando la ley del país que ha decretado la medida sin pretender imponer las nuestras pero conservando la

lex concursus para los procesos locales con un mecanismo de reconocimiento de ejecución de sentencia cree la expositora que podríamos acercarnos efectivamente hacia la idea de la unidad ya que considera que la idea de la unidad es la mejor solución, pero la más difícil de conseguir.

Finalizada la exposición el Dr. Li Rosi consultó a los participantes si desean realizar a la Dra. Uzal alguna observación, comentario o pregunta.

El delegado de la República de Chile consultó acerca de la posibilidad de que en la República Argentina iniciar en proceso en el extranjero un proceso aquí también. Revisando la norma concursal en Chile le surgió la duda porque los requisitos para iniciar la quiebra son bastante simples y basta con una o dos obligaciones que no sean cumplidas para que se declare todo el proceso concursal. Lo que me generaba duda es si eso no podía generar un problema por ejemplo en Europa que Ud. tiene filiales muy potentes que podrían desencadenar quiebras por ejemplo lo que pasó en Chile con una filial que era muy potente y no había necesidad de someterla al proceso concursal porque en Chile era una empresa robusta.

La Dra. Uzal respondió señalando que lo que sucede es que en Argentina no brindamos reconocimiento a los procesos extranjeros, y que la filial local se supone que es una sociedad local, pero en el caso de la sucursal extranjera, una matriz, aquí seguiría estando *in bonis*. Hizo alusión a un caso en donde se brindó reconocimiento de ejecución a un proceso extranjero, un caso de los años 70, el caso “Panair do Brasil SA”, que lo sintetizo así pero aca la postergación del proceso extranjero se produce cuando hay acreedores locales pero si hay bienes del

deudor en el país y un proceso declarado en el extranjero apetece liquidar los bienes locales del deudor y aca no hay un proceso de concurso o quiebra lo que hay que hacer es saber si hay acreedores locales que aspiren a la liquidación de esos bienes. Destacó que esto no está previsto en la legislación, pero que en ese caso el juez al que se lo plantearon abrió un proceso informativo ad hoc para determinar si había acreedores locales e incluso nombró un síndico ad hoc, porque el síndico de Brasil –era una quiebra brasileña- quiso ser el síndico pero no se le reconoció la calidad de tal porque estaba fuera del Tratado de Montevideo y no había extraterritorialización –dijo la Corte- del proceso extranjero de quiebra. Se nombró entonces un síndico ad hoc y apareció un acreedor y como aca el deudor estaba in bonis porque no había sido declarado en quiebra, lo desinteresó el administrador de la quiebra brasileña. Pero estaba in bonis aca, le pagó, lo desinteresó y se liquidaron los bienes en beneficio de los acreedores locales (extranjeros?). En ese caso, sí habría posibilidad de liquidar en la Argentina bienes en beneficio de un proceso extranjero con un proceso de liquidación, un tratamiento que no está establecido. De cualquier manera, concluyó está admitido por la doctrina que podríamos ahí darle extraterritorialidad a un proceso extranjero. Ese proceso extranjero si aca el deudor está in bonis si el deudor no tiene acreedores y la quiebra extranjera no viene a pretender la liquidación del proceso de los bienes locales entiende que está a salvo. No así si hay acreedores locales no va a ser oponible el proceso extranjero, pero si no hubiera acreedores locales y hubiera una quiebra extranjera de esa empresa aca floreciente, entendió que ese proceso extranjero podría llegar a obtener en esa hipótesis reconocimiento

en la Argentina. En general el que está operando aca algún acreedor tiene y alguna posibilidad de invocar la inoponibilidad del proceso extranjero frente a los acreedores locales pero podría llegar a ocurrir, que es el caso de esta hipótesis: que no hubiera acreedores locales y que los acreedores de una quiebra extranjera quisieran liquidar estos bienes de esta floreciente sucursal en la Argentina.

“Cooperación Internacional en la Restitución de Niños y Niñas”

DRA. MARÍA SUSANA NAJURIETA

El Vicepresidente de la Internacional Judicial Academy, Dr. Ricardo Li Rosi, presentó unas breves palabras introductorias mediante las cuales resumió la prolífica actividad académica de la Dra. Maria Susana Najurieta y, en especial, destacó la calidad humana de la disertante.

La profesora Najurieta comenzó su disertación vinculando la temática de la cooperación jurisdiccional internacional en materia de desplazamientos ilícitos de niños, niñas y adolescentes con los temas que se venían discutiendo en el panel anterior del coloquio, teniendo en consideración que se trata de temas de relaciones privadas en el fenómeno internacional. Reseñó que la situación sobre los niños y niñas de América Latina es un tema sensible y que la respuesta a estos conflictos debe buscarse desde un enfoque nuevo del derecho internacional privado que es la cooperación internacional entre autoridades competentes. Destacó que en materia de niños las autoridades competentes en nuestros países son los jueces, y que hay una trama de convenciones internacionales que están vigentes en los Estados cuyos jueces se encontraban presentes en el Seminario. De manera que, según enfatizó la disertante, todo aquello que se pueda profundizar en la comprensión, en la interpretación armoniosa y en ver cómo resolver los desafíos que se presentan en estos temas, responde a los objetivos del coloquio.

Sostuvo la distinguida jurista que el punto de partida para abordar la temática debe

encontrarse en las normas contempladas en la Convención de los Derechos del Niño, ya que la cooperación jurisdiccional de estos temas nunca es neutra, siempre procura una mayor tutela a los derechos fundamentales de los niños y las niñas. En tal sentido, citó el primer párrafo del art. 9 párrafo de la Convención de los Derechos del Niño en el cual establece que los Estados parte respetarán los derechos del niño que esté separados de uno o ambos de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, salvo que la separación sea necesaria en interés superior del niño.

Relató que el flagelo de desplazamientos ilícitos a nivel internacional se observa desde principios de la década del sesenta en adelante y que, curiosamente, fue Canadá el primer país en presentarlo en foros internacionales como ocurrió en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado mientras se preparaba la que luego fue la Convención de 1961 sobre Protección Internacional de los Menores. Si bien en ese momento el tema no fue tratado porque no era un fenómeno muy expandido, años más tarde fue nuevamente expuesto en la Conferencia de la Haya. De este modo, se fue trabajando la temática entre los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya hasta que se plasmó en el primer convenio multilateral que se dio a luz el 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del Convenio de La Haya. Enseñó la Dra. Najurieta que este convenio se gestó en forma paralela al que estaban elaborando los mismos delegados

de los Estados junto a los de otros Estados más en la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social en Ginebra, que bastantes años más tarde se conoció como la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, el espíritu de tomar el interés superior del niño como la configuración primordial que aparece tan claramente plasmado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño es un principio que inspira e informa totalmente el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Mencionó la Prof. Najurieta que tomamos como punto de partida el art. 9 del Convenio sobre los Derechos del Niño porque el fenómeno aparece frente a la tentación de uno de los progenitores o de parientes muy cercanos del niño que ejercen el derecho que se puede llamar, de manera general, derecho de custodia. Aclaró que se trata de la tentación de uno de los progenitores de excluir a otro progenitor de la vida del niño, es decir, desarraigar al niño de sus lazos afectivos, de su centro de vida y llevarlo a un país extranjero con el objetivo fundamental de cortar la relación con el otro progenitor. El flagelo aparece por esa necesidad de respetar el derecho del niño a construir su personalidad a través de los lazos afectivos regulares con ambos progenitores. De allí, que el enfoque del Convenio no es desde los adultos, no se califica la conducta ilícita del adulto con el propósito de sancionar la conducta del adulto, sino que el enfoque es desde la mirada del niño. El niño necesita que esa conducta sorpresiva en su vida tenga fin rápidamente, que el niño regrese a su centro de vida, a sus lazos familiares y sociales para que el Juez competente resuelva el derecho de fondo que se da en relación a la custodia del niño. Sostuvo la disertante que el flagelo se da porque la

conducta siempre se presenta en forma emocionalmente violenta para el niño, produciendo una ruptura en su modo habitual de vida, en el lazo regular y continuo con ambos progenitores. Concluyó en este aspecto, que es por ello que el punto de partida es el derecho humano del niño a tener, recomponer y reconstruir su relación con ambos progenitores.

El art. 10 párrafo 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño -manifestó la Dra. Najurieta- también enfoca este punto al establecer que los Estados parte respetaran el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluso del propio, y a estar en otros a efectos de gozar de continuidad en las relaciones personales. Y, a su vez, en el artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño se establece la obligación de los Estados Parte del Convenio de adoptar medidas para luchar contra los desplazamientos ilícitos y las retenciones ilícitas, y a promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes para solucionar este flagelo.

Subrayó la disertante que frente a esta realidad la gran novedad ha sido en 1980 el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Indicó la Prof. Najurieta que se trata de un procedimiento autónomo independiente del derecho de fondo. Aclaró que no es una medida autosatisfactiva que se debe tomar inaudita parte; como tampoco se trata de un procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera en el país donde se encuentra el niño físicamente, sino que tiene conocimiento limitado. La autonomía refiere a la procedencia de la restitución del niño al Estado de su residencia habitual anterior.

Advirtió que en el procedimiento debe respetarse el derecho de defensa de los adultos dando la posibilidad de probar aquello que es conducente para evaluar la configuración de la conducta ilícita y la procedencia o no de la restitución. Por otra parte, destacó la importancia de la audición del niño, tal como viene sosteniendo la jurisprudencia.

Distinguió la jurista que para lograr el objetivo de volver la situación al estado inicial sin demoras y para que el niño no sufra un nuevo impacto por el arraigo a un nuevo lugar, se deben respetar ciertas condiciones de celeridad en la toma de decisiones: en la ejecución de la orden de regreso o, si se decide rechazar la restitución, en asumir la competencia en el fondo y resolver el derecho de custodia del niño.

Acto seguido, comentó que la República Argentina se encuentra obligada por tres convenciones internacionales: la Convención de la Haya de 1980 -en vigor desde el 01/6/1991-, la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución de Menores que vincula a 14 países -en vigor desde 15/3/2001- y el Convenio Bilateral con Uruguay -primer convenio en entrar en vigor, desde diciembre de 1982.

Posteriormente, explicó que entre estas convenciones hay cláusulas de compatibilidad. Por ejemplo, mencionó que en la Convención Interamericana hay una cláusula por la cual su aplicación prevalece entre los Estados que comparten también la Convención de la Haya. En relación a Uruguay, la cláusula de compatibilidad es abierta y dispone que prevalece la convención más beneficiosa para el niño, que en la práctica es la Interamericana. En el caso de las relaciones con Bolivia, la única vigente es la Convención Interamericana; mientras

que con Chile, el único convenio vigente es la Convención de la Haya. Con los demás países de la región, entre ambas convenciones regirá la cláusula de compatibilidad antes mencionada.

Subrayó que el fenómeno es importante porque según estadísticas se han resuelto conforme la Convención de la Haya 844 casos desde el año 1999 al 2007 y, en ése último año, se han tratado 117 casos. Mencionó la distinguida disertante que los casos actualmente pendientes se vinculan a fundamentalmente a España, Chile y Perú, y en relación a la Convención Interamericana a Paraguay, Bolivia y Uruguay.

Respecto de los presupuestos para la aplicación de estas convenciones, refirió la Dra. Najurieta que, como todo tratado, tiene su ámbito de aplicación personal, territorial y material.

En relación al ámbito de aplicación personal, reseñó que, por ejemplo, en la Convención Interamericana el menor no debe haber alcanzado los 16 años al momento de haber iniciado la demanda, mientras que si llega a esa edad durante el trámite, la Convención continúa aplicándose. En cambio en la Convención de la Haya cesa de aplicación cuando el joven alcanza los 16 años, en tal caso se resolverá por el derecho de fuente interno y no del derecho internacional.

En razón del territorio, manifestó que es necesario que el Convenio esté vigente tanto en el Estado donde el niño tenía su residencia habitual como en el Estado de refugio del niño.

En cuanto a la materia, expresó que es necesario constatar la verificación de la configuración de la conducta ilícita, la cual es definida de forma similar tanto en la Convención de la Haya como en la Convención Interamericana. Expuso que

aparece un elemento fáctico por el cual quien reclama el derecho de custodia no tiene que haber dado su consentimiento para la modificación de la residencia habitual del niño ni tiene que haber observado conductas posteriores de consentimiento; y, además, aparece un elemento jurídico en tanto tiene que darse una violación al derecho de custodia desde la mirada del ordenamiento jurídico que tenía el niño como centro de vida antes del hecho. En este último aspecto, hay una necesidad de que el juez competente del Estado de refugio que tiene la última palabra sobre si procede o no la restitución ponga su mirada en el derecho del Estado extranjero de la residencia habitual del niño. Al respecto, mencionó que se ha generado un debate acerca del concepto de residencia habitual del niño y recordó que los tratados internacionales se interpretan según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial el art. 31 de esa Convención referente a la buena fe teniendo en cuenta su contexto, los relatos e informes aprobados con motivo del tratado y también la práctica jurisprudencial. Comentó que, de los debates de negociación previos a la aprobación como de los informes de interpretación jurisprudencial posteriores en los distintos países que firmaron el convenio, aparece que la residencia habitual no es un elemento jurídico sino que es un concepto fáctico, se trata del centro de vida del niño, donde el niño tiene sus lazos sociales, escolares, afectivos.

Destacó Najurieta que la configuración de la conducta ilícita supone allí un desafío para los jueces porque es necesario poner la mirada en el derecho extranjero, comprender la regulación sobre la custodia en ese país donde el niño tenía su centro de vida y dilucidar si se ha

configurado un desplazamiento ilícito a través de la frontera.

El derecho de custodia, enunció la ponente, comprende el derecho al cuidado de la persona del menor y en particular a decidir sobre el lugar de su residencia en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo tercero de la Convención Interamericana y del artículo quinto de la Convención de la Haya.

Luego, explicó que esto ha traído algunas dificultades en la aplicación práctica, al menos en Argentina, porque algunos jueces han interpretados que como el caso se subsume en la aplicación de estos convenios entonces el derecho de custodia comprende la posibilidad de decidir el lugar de residencia del menor más allá de las fronteras, cuando en realidad hay que mirar la solución en el derecho del Estado del centro de vida del niño y dilucidar si ese derecho extranjero contempla esa modalidad. Resaltó que ese es un punto delicado porque los jueces no se sienten cómodos para comprender derecho extranjero, por lo cual a efectos de poder facilitar estos desafíos el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes ha venido trabajando mucho en los últimos años. En el plan de acción del Instituto para los años 2007 - 2011 en el resultado "C" se previó generar una red junto a los países miembros de la OEA para la implementación, aplicación y cumplimiento de la Convención Americana de los Derechos de Restitución de Menores y de la Convención sobre Aspectos Civiles Sustracción de Menores de la Conferencia de la Haya.

Asimismo, mencionó que es necesario promover todos los medios de información y de conocimiento de las líneas jurisprudenciales para promover la transformación de los derechos del niño,

que no sean abstracciones teóricas sino que tengan efectividad y ejecución práctica.

En cumplimiento de este plan de acción en el año 2007 el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes ha promovido la elaboración de una ley modelo de procedimiento uniforme para la aplicación con celeridad en nuestros países de ambas convenciones internacionales, a tal fin se formó un grupo de expertos y se presentó en Buenos Aires en el año 2008 la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, que se ofreció a los Estados nacionales para que cada uno de ellos la adapte a su país. Indicó Najurieta que en esta ley modelo se ha tratado de subsanar esas dificultades interpretativas que se generan en la aplicación de la Convención. La ponente citó el artículo primero de la mencionada ley en la parte que establece que "... Se considera incluso que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del niño...". Añadió que lo que antes era un criterio interpretativo ahora está plasmado en la ley modelo para favorecer la interpretación y nombró algunos avances en nuestros países al respecto, la ley modelo ha servido como fuente de inspiración en la elaboración de una acordada dictada por la Corte Suprema de Chile, de una norma procesal de Panamá y, en Argentina, está en estudio un proyecto de ley en este sentido.

Seguidamente, expresó que la estructura fundamental de estos convenios es similar en ambas convenciones. La primera fase

es voluntaria y es donde la Autoridad Central designada intenta lograr que el niño regrese a su centro de vida como también asegurar que el regreso del niño sea seguro. En Argentina, apuntó que la Autoridad Central es la Dirección de Cooperación Judicial Internacional dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores. Comentó que el proceso se desarrolla en el Estado donde el niño se encuentra, se toma contacto con el adulto que ha desplazado al niño y se procura disuadirlo de esa conducta para que voluntariamente regrese al niño a su centro de vida y que con el Juez competente se discutan todas cuestiones referentes al derecho de custodia.

Por otra parte, sostuvo que la faz tradicional es la contenciosa. Se trata de un procedimiento de conocimiento limitado, en el cual se debe garantizar el derecho de defensa para que el mayor pueda probar las situaciones excepcionales que el Convenio contempla para que el niño no regrese a su lugar anterior -esto es lo que se denomina causales de oposición-, como también es necesaria la audición del niño. Afirmó Najurieta que, paulatinamente, la jurisprudencia ha puesto el acento en que el Juez tenga contacto directo con el niño. Recordó la ponente que la regla general es la restitución, por lo cual para que se configure una excepción no alcanza que el niño manifieste que le gusta más vivir con el otro progenitor, sino que haya una vehemente oposición a regresar. Señaló que las audiciones deben hacerse contando con un cuerpo multidisciplinar para poder advertir situaciones en que los niños sean exageradamente influenciados por el progenitor conviviente como medio para castigar al otro progenitor.

Destacó la disertante que tanto el procedimiento de la Convención de la

Haya como el de la Convención Interamericana bloquean o se suspenden el tratamiento de lo relativo a la cuestión de fondo del derecho de custodia o de guardia.

Enumeró las causales para oponerse a la restitución: i) falta de ejercicio del derecho de custodia por el reclamante; ii) consentimiento o aceptación del traslado o de la nueva residencia por parte del reclamante; iii) grave riesgo de que la restitución exponga al niño o a la niña a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable; iv) vehemente oposición del niño, de la niña o del adolescente; y, v) que la restitución vulnere principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (art. 20 de la Convención de La Haya). Reseñó que se planteó por primera vez ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la colisión entre la obligación internacional de restituir plasmada en la Convención de la Haya y el principio de la protección del interés superior del niño, en un caso de retención de una niña cuyo entorno de vida estaba en Canadá. El caso se resolvió en junio de 1995, cuando la Convención de los Derechos del Niño ya gozaba jerarquía constitucional. Sostuvo la Corte Suprema argentina que el interés superior del niño no es una afirmación abstracta sino que hay que ver en cada caso concreto cuál es ese interés, cuya tarea que les corresponde a los jueces, y en el caso, se consideró que no se vulneraba los derechos del niño. Diez años más tarde la Corte Suprema de Justicia, con su nueva integración, volvió a tratar la cuestión en relación a un caso de aplicación de la Convención Interamericana, era el caso de una niña desplazada por su madre desde la República del Paraguay a la Ciudad de Córdoba. Aseveró Najurieta que la Corte

Suprema se vio obligada a dictar una medida para mejor proveer ya que si bien el caso llevaba más de dos años no se había producido la pericia sobre la niña. Anteriormente solo se habían dispuesto pericias sobre los adultos, desplazando el razonamiento del conocimiento limitado de la restitución al conocimiento de fondo, en relación a cuál de los progenitores era el más idóneo para tener la tenencia del niño. En este caso, la niña tenía buena relación con su padre como también con su madre que era con quien vivía. El padre tomó el compromiso ante el Tribunal Superior de Córdoba de que si regresaban a Asunción no separaría a su hija de la madre hasta que el Juez de Paraguay resuelva la cuestión de fondo del derecho de custodia. Finalmente, la Corte Suprema otorgó la restitución de la niña al Paraguay con acompañamiento y preparación de una asistente social, por considerar que no se configuró la causal de oposición y que habiendo buena relación con ambos progenitores no se justificaba la ruptura abrupta con su padre. Según Najurieta, este caso revela la debilidad del sistema ya que debieron transcurrir tres instancias y se tardó mucho tiempo en tomar una decisión. Recordó que la conducta ilícita se había configurado en el año 2001 cuando la niña tenía tres años, mientras que la ejecución del regreso recién se logró en diciembre del año 2005. Por ello, sostuvo que estos procesos autónomos de conocimientos limitados no pueden durar tanto tiempo, existe un desafío de los jueces en procurar afirmar la faz voluntaria para que se resuelvan rápido, tener una ley de procedimiento apropiada que asegure una apelación a fin de garantizar la segunda instancia pero no todas las instancias porque en materia de restitución el tiempo juega en detrimento del niño.

A continuación, añadió la ponente que si procede la restitución, el Juez debe resolver con precisión los aspectos prácticos de la orden de regreso: quién viene a buscar al niño, quién paga su viaje, a qué persona se entrega al niño para que viaje acompañado. Mencionó que, en algunos casos, se ha ordenado que se comience con un contacto telefónico con el progenitor no conviviente para facilitar la reconstrucción del lazo al niño. Asimismo, que es deseable que sea el progenitor que ha cometido el desplazamiento quien acompañe al menor y se someta a los jueces del país de original competencia. Esto tiene una particular implicancia porque algunas veces en el lugar del centro de vida del niño sucede que el progenitor ante la desesperación de la desaparición del niño, recurre al juez penal solicitando la persecución penal del delito. Por un lado, esto tiene la ventaja de que si se interpone una acción penal se localiza con más rapidez al niño, pero en general se sabe donde puede estar el menor sea porque haya abuelos en otro país o por algún llamado telefónico. Por lo tanto, la localización del niño no suele ser el problema fundamental y, en cambio, la persecución penal tiene la desventaja que una vez iniciada no se puede frenar por no tratarse delitos de acción privada y puede terminar convirtiéndose en un obstáculo para que el niño pueda regresar a su país.

En cuanto a los problemas prácticos que tienen los jueces a la hora de ejecutar la orden de regreso -continúo la Porf. Najurieta- puede suceder que el progenitor que debe cumplirla termine de completar los trámites por limitaciones materiales; por ejemplo, no contar con un lugar para vivir o con servicio jurídico. Rememoró que en la República Argentina se dictó un decreto en el año 1995 por el cual la Presidencia de la Nación, y

posteriormente el Ministerio de Acción Social, otorgan un subsidio para poder mantener las necesidades elementales del progenitor que debe desplazarse al extranjero para debatir judicialmente la custodia del niño o su derecho de visita. A veces el progenitor que reclama al niño no cuenta con los recursos económicos para abonar el pasaje o no realiza los trámites necesarios para atravesar la frontera. En estos casos, sostiene la disertante, las autoridades judiciales deben buscar soluciones creativas a través de la Autoridad Central y procurar tomar contacto con el organismo de protección de niños del país que va a recibir al niño o con la autoridad competente en materia de niños de ese país que será quien asumirá la competencia para resolver la cuestión de la custodia.

Sostuvo que a los fines de dar marco institucional a estas comunicaciones judiciales entre jueces en una red de cooperación se encuentra la iniciativa de la elaboración de una ley modelo de procedimiento de aplicación de la Convención de la Haya y la Convención Interamericana, en la cual se contempla la figura del juez de enlace para procurar hacer los contactos entre jueces o, a falta de ellos, a través de la Autoridad Central de los Estados.

La ley modelo procura algunas ventajas. Por un lado, contiene una norma muy interesante como criterio interpretativo y jerarquía normativa al establecer que el procedimiento estará regido por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en materia de sustracción internacional de niños ratificados por el Estado, la mencionada ley modelo de procedimientos, las leyes nacionales de protección de niños, niñas y adolescentes, y finalmente, las leyes procesales comunes. A su vez, contempla que

mientras dura el procedimiento hay que instrumentar que de alguna forma se mantenga contacto directo con el otro progenitor no conviviente y da marco institucional al juez de enlace, quien actúa para generar confianza entre los jueces intervinientes y también para aclarar cuestiones logísticas, sin poder injerir en la solución de los casos, como por ejemplo, coordinar la fecha de la llegada del niño organizando una teleconferencia entre los jueces y las partes.

Finalizando su ponencia, la Dra. Najurieta citó la siguiente frase final: "... Los jueces necesitamos plasmar en las decisiones que los niños del mundo son responsabilidad de todos nosotros y que necesitan estar protegidos del daño de la sustracción o de la retención por autoridades competentes que trabajan en forma coordinada y cooperante" (Boletín de jueces, primavera – verano 2007)".

Hacia el final de su disertación, añadió que el desafío de los jueces es fomentar esta red de cooperación, tener actitud cooperante, hacer el esfuerzo de comprender el derecho de custodia según la regulación del derecho extranjero poniendo la mirada en el niño, siendo respetuoso de esa situación y armonizarla con ese principio que obliga a que todas las decisiones que atinentes a los niños deben abordarse con el interés superior del niño como consideración primordial.

A continuación de la exposición, se abrió una instancia de debate y diálogo enriquecedor con los jueces asistentes.

Una juez representante de Perú agradeció no sólo por el aspecto académico de la disertación sino también por compartir las vivencias humanas tan trascendentes para el compromiso del magistrado.

Seguidamente, la asistente preguntó sobre cómo dar más fluidez en su país a las designaciones de los jueces de enlace. A

lo cual, la Dra. Najurieta contestó que la figura de los jueces de enlace es totalmente novedosa y para poder implementarla es necesario que se le de un marco institucional que permita trabajar con mayor confianza. Mencionó que en Argentina posiblemente el año próximo el Congreso de la Nación apruebe una ley nacional que incorpore la ley modelo a nuestro sistema. Comentó que actualmente está actuando de buena voluntad una juez jubilada de la Provincia de Córdoba, que fue designada formalmente por el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia, construyendo redes de jueces de contacto en los distintos lugares, por ejemplo en la Ciudad de Buenos Aires la juez de enlace es la Dra. Graciela Adriana Varela.

Acto seguido, en respuesta a la pregunta de una juez asistente del Uruguay sobre los tiempos, la Dra. Najurieta comentó que en Uruguay tiene estado parlamentario el proyecto de ley que incorpora la ley modelo.

Posteriormente, una juez asistente en representación de Colombia brindó una reflexión en referencia al delito penal que configura este tipo de conductas y el conflicto jurisdiccional que genera. La Prof. Najurieta acotó que en Argentina también hay una figura penal por la privación de contacto con el otro progenitor. Reseñó jurisprudencia de la Cámara Criminal disponiendo la suspensión de la persecución penal hasta que se resuelva la cuestión en la Cámara Civil. Asimismo, añadió que Colombia sucede que no hay tradición de los operadores jurídicos de recurrir a la vía civil que en estos temas es la conveniente, mencionó que la Convención entro en vigor en Colombia Interamericana en marzo de este año. Por último, señaló la Dra. Najurieta que una sala de la Cámara

de Casación Penal argentina consideró que la figura de secuestro no se aplica a los progenitores, sin embargo, en un caso aberrante en el cual el padre llevó al niño a Brasil y durante siete años la madre no supo nada de su hijo, otra sala del mismo fuero aplicó la figura penal de secuestro.

Finalizada la conferencia, los asistentes despidieron a la Dra. María Susana Najurieta con un entusiasta aplauso, en agradecimiento a su sobresaliente disertación.

“Comentarios sobre la Aplicación de la Ciencia en Contextos Forenses: de la Teoría a la Práctica Cotidiana”

DRA. MERCEDES SALADO PUERTO

Doctora en Biología con especialidad en Antropología Biológica por la Universidad Autónoma de Madrid.

*Miembro del Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF)

Miembro de la Facultad de Antropología Forense de Guatemala (FAFG)

Miembro de la Asociación Latinoamericana de Antropología Forense (ALAF).

Participó en investigaciones antropológicas forenses y/o capacitación en diversos países (Argentina, Bosnia-Herzegovina, Yugoslavia, etc.)

Profesora en la Diplomatura en Antropología Forense y Derechos Humanos, Unidad de Postgrado de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú).

Profesora en la Maestría en Antropología Forense y Bioarqueología, Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Introducción: La presentación del presente panel estuvo a cargo del Dr. Pablo Basel. Refirió que la última dictadura militar en la República Argentina generó consecuencias políticas, económicas de toda índole. También ocasionó, la desaparición forzada de personas. Explicó que ello fue un retroceso de 25 siglos en la historia de la humanidad.

En tal contexto, describió, que en el año 1983 al retornar la democracia, uno de los objetivos del gobierno fue devolver la identidad a las personas desaparecidas. Precisó que hubo alrededor de 500 bebés secuestrados y que 98 fueron restituidos a su identidad.

Esta tarea, expresó, fue llevada a cabo por el Equipo Argentino de Antropología Forense, y equipo que unió los conceptos de dos ciencias: la antropología y la arqueología para su trabajo.

Indicó que el Equipo Argentino de Antropología Forense trabajó en diversos

países, como México, El Salvador, Perú, Paraguay, Uruguay, etc.

La Dra. Mercedes Salado Puerto, quien fue la expositora del presente panel integra el Equipo Argentino de Antropología Forense desde el año 2003.

Cedida la palabra a la Dra. Mercedes Salado Puerto señaló que cualquier disciplina científica utilizada en un contexto médico legal puede formar parte de las ciencias forenses.

Explicó que la terminología “forense” puede referirse a personas vivas o muertas, y que no implica necesariamente la lesión al cuerpo.

El Equipo Argentino de Antropología Forense, indicó, brinda su opinión técnica a la autoridad que la solicite. De esta forma los asistentes técnicos, actúan como peritos, consultores, y observadores, etc. La opinión técnica que emita dicha organización, debe ser sustentable.

Precisó que el Equipo Argentino de Antropología Forense trabaja en toda América Latina. Los profesionales que lo integran tienen una formación médica más capacitación en medicina legal, patologías forenses etc.

Describió que las tareas que deben llevar a cabo las realizan en diversos lugares, como ser hospitales, cementerios, etc. Los tipos de casos en los que tiene intervención también son variados: i) crímenes ordinarios; ii) desastres masivos; iii) violaciones a los Derechos Humanos; iv) conflictos internos o internacionales; v) investigación arqueológica. En dichos casos, puntualizó, utilizan la misma técnica pero el contexto varía y condiciona el trabajo.

Explicó las diferencias que existen ante un caso de desastre masivo y otro de violación a los derechos humanos, y como

ello impacta en la tarea que debe desarrollar el Equipo Argentino de Antropología Forense.

Así, mencionó que ante un supuesto de un desastre masivo, por desastre natural, accidente, o atentado, una de las primeras acciones que debe realizarse es la identificación de los cuerpos. Existe un apoyo generalizado de la sociedad a las víctimas del desastre, hay intervención inmediata y colaboración del estado y organismos correspondientes. Se les facilitan recursos y los datos ante mortem son recientes. El objetivo es la búsqueda de responsables y la prensa interviene.

Resaltó que ante un caso de violación de los Derechos Humanos sucede todo lo contrario. El Estado es victimario, hay ocultamiento de cuerpos, la comunidad o el grupo familiar se aísla. Y ante la presencia de victimarios no dan información. El Estado no colabora plenamente. Las investigaciones comienzan luego de años y no hay datos ante mortem. Los cuerpos están esqueletizados y faltan recursos.

Afirmó que tanto ante un caso de desastre masivo como en un caso de violación de los derechos humanos, una la incertidumbre, el dolor, la angustia, y la necesidad de justicia.

En tal contexto, explicó, que desde el año 1974 se crearon treinta (30) “Comisiones de la Verdad en todo el mundo” y tribunales ad hoc o se utilizaban los existentes para la enjuiciar a los responsables. En relación a la labor del médico forense, explicó, dicho profesional no trabaja solo sino que recurre a los aportes científicos de otras disciplinas, como por ejemplo la arqueología forense, la antropología forense, la geología, la entomología y la física. Es una tarea interdisciplinaria.

En tal contexto expuso, que la antropología forense es una sub especialidad de la antropología, que aplica métodos y técnicas de la arqueología y antropología física a la recuperación y análisis de restos óseos en contextos médico legales. Sus objetivos primarios son la recuperación arqueológica de los cuerpos y elementos asociados, y su análisis con fines identificatorios. Señaló que la antropología forense colabora con el médico forense en el análisis de las lesiones observables a nivel óseo. Los antropólogos trabajan cuando los médicos ya no pueden, como por ejemplo con cuerpos descompuestos, quemados, fragmentados, esqueletizados, etc.

El Equipo de Antropología Forense - precisó la expositora- fue creado como una alternativa forense independiente al sistema forense oficial, con énfasis en la investigación de violaciones a los derechos humanos (principalmente investigación, exhumación y análisis de restos).

Indicó que el citado equipo posee especial énfasis en los derechos de familiares y comunidades de personas desaparecidas a recuperar los restos de sus seres queridos, de forma que puedan llevar a cabo los ritos funerarios según su costumbre y realizar el duelo.

El trabajo que lleva a cabo proporciona evidencia a juzgados, comisiones especiales de investigación, etc. y colabora en el entrenamiento de nuevos equipos en otros países donde son necesarias investigaciones de derechos.

Tiene especial cuidado en la forma de recuperar los restos, dado que la utilización de palas mecánicas los destruyen y se mezclan, resultando muy difícil su individualización.

El Equipo Argentino de Antropología Forense, surge también por una necesidad histórica, explicó la Dra. Salado Puerto. En relación a los desaparecidos el sistema forense de aquel momento no gozaba de credibilidad ni formación para la sociedad. Así nace el mencionado equipo como una alternativa forense independiente al sistema oficial. De esta manera colabora en la reconstrucción de un pasado reciente.

El Equipo Argentino de Antropología Forense creó varios equipos de trabajo en diferentes países de Latinoamérica.

Explicó la disertante que las etapas de investigación son siempre las mismas:

- i) una etapa preliminar: que consiste en la recopilación de información sobre la víctima. Investigación física en todos los registros posibles. También una investigación sobre lugares posibles de inhumación.
- ii) Trabajo de exhumación arqueológica: examina el lugar donde está el cuerpo.
- iii) Análisis de restos recuperados: investigación sobre la identidad y la causa de la muerte.

En la primera etapa, en la investigación preliminar, se recurre a todo tipo de fuente para recabar información:

- a) Testimonio de familiares, etc.
- b) Documentación acompañada a procesos judiciales, por ejemplo el juicio a la “junta” llevado a cabo en Argentina, sirvió para ubicar cuerpos desaparecidos durante la última dictadura militar.
- c) Libros de ingreso a la morgue.
- d) El genocidio es justificado mediante un enfrentamiento social. Así todo el sistema de exterminio tiene un sistema burocrático detrás.

- e) Protocolos de autopsia.
- f) Descripciones físicas.
- g) Huellas dactilares.
- h) Certificado de defunción.
- i) Libros de cementerios, etc.
- j) Fotografías.
- k) Fotografías aéreas.
- l) Contexto histórico, como por ejemplo saber como operó la represión geográficamente, grupos políticos, etc.
- m) Archivos de servicios de inteligencia militar.
- n) Registros médicos, dentales, radiológicos de las víctimas.

Explicó la Dra. Salado Puerto que puede no haber ningún registro en los cementerios. Los cuerpos pueden haber sido enterrados todos juntos en pozos comunes.

Localizados los cuerpos se analiza el estado en que fue hallado. Por ejemplo, si el cuerpo es encontrado boca hacia abajo con los brazos cruzados en la cabeza, indica que el entierro fue clandestino. En muchos casos la causa de la muerte es contextual, debe investigarse el entorno para saber que sucedió.

Explicitó que los antropólogos deben mantener la cadena de custodia aun cuando no exista una causa penal. No hay que desechar evidencia. Por ejemplo, citó, en caso de la Argentina donde tiempo después de finalizar la última dictadura militar se reabrieron causas en las que se investigaban las causas de la desaparición de muchas personas. Por ello, sostuvo la expositora, corresponde transportar adecuadamente el material hallado.

El objetivo del estudio antropológico es identificar a las víctimas y el esclarecimiento de la causa de la muerte, pero ello no siempre es posible.

Señaló la expositora que no todo Instituto Médico Legal está preparado para recibir decenas de cuerpos y que habitualmente los bomberos, fuerzas de seguridad, administración de justicia, médicos forenses, etc. no trabajan en forma coordinada.

Describió las carencias que posee el sistema forense. En tal sentido indicó que:

- i) No poseen protocolos unificados: por ejemplo, identificación posible, probable, etc.
- ii) El poder judicial, jueces y fiscales, tienen limitaciones en el conocimiento de ciertas disciplinas y ello a veces conlleva a formular puntos de pericias inadecuados;
- iii) Se cuenta con poco apoyo institucional;
- iv) El servicio brindado a los familiares es pobre o nulo y falta de estrategia y comunicación;
- v) No se discrimina entre casos criminales comunes, políticos y desastres masivos;
- vi) Las fuerzas de seguridad no están coordinadas para actuar;
- vii) Existe poca independencia en períodos no democráticos;
- viii) Falta de capacitación continúa;
- ix) Poca interrelación con universidades;
- x) Existen morgues pero no institutos de medicina legal;
- xi) Muchas veces los informes resultan incomprensibles;

xii) Falta sustento probabilística en los resultados.

En tal contexto, explicó que a menudo los antropólogos forenses se encuentran con ciertas deficiencias para elaborar sus conclusiones, como por ejemplo: i) registros incompletos; ii) ausencia de bases de datos unificados; iii) los distintos especialistas forenses no trabajan coordinadamente; etc.

Expuso que otra dificultad habitual es que la antropología forense utiliza una terminología que en muchas ocasiones resulta extrañas a los magistrados. Por ejemplo indico que es preferible hablar de confiabilidad en lugar de precisión, de positivo en vez de compatible, posible o probable, y de diagnóstico en vez de presunción. Así, sostuvo que muchas veces las posibilidades y necesidades de jueces y forenses no son posible de resolver.

A modo de conclusión señaló que los operadores del derecho deben ser claros en los puntos de pericia y la ciencia a consultar resultar de competencia de los peritos asignados. Asimismo que es recomendable la multidisciplinariedad en tanto ninguna disciplina es infalible y la conclusión resulta más sustentable. En el supuesto de recuperación de los cuerpos, indicó, que deben integrarse con arqueólogos para que planifiquen la exhumación de los cuerpos. Sostuvo que deben establecerse protocolos para todos los intervinientes y unificar criterios de identificación. En tal orden de ideas, manifestó que la interacción entre los investigadores debe ser constante e integral los informes periciales.

Propuso la realización de programas de relación entre los familiares de las victimas y que deben brindarse a

ellos información sobre trabajos y posibilidades de éxitos, antes, durante y después de la investigación forense. Como así también deben protegerse los sitios de matanza, depositación y entierro.

Mencionó que a los familiares deben posibilitárseles el acceso a los sitios de investigación con los recaudos judiciales correspondientes, ello a fin de que ninguna persona altere la información.

Expuso que para realizar las exhumaciones debe contarse con la conformidad de los familiares respetando la cultura y los ritos funerarios, como así también deben utilizarse mecanismos que permitan a los familiares recibir adecuadamente y de forma clara los resultados de las investigaciones forenses.

Destacó como recomendable facilitar el acceso a apoyo psicológico / psicosocial a testigos, así como a familiares de las víctimas antes, durante y después de las investigaciones. Y finalmente que resulta de suma importancia mantener contacto con las organizaciones locales de derechos humanos.

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

DR. ROLANDO GIALDINO

En primer término resaltó que este Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto con el Derecho de la Integración, ha revolucionado el derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX conmoviendo hasta sus raíces conceptos tales como el de soberanía que se tenían como definitivamente arraigados.

Hizo hincapié en la emergencia de la persona humana como sujeto de derecho, en el marco de un derecho internacional hasta entonces limitado a las relaciones entre Estados u organizaciones internacionales.

Señaló que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales han provocado importantes consecuencias. En primer lugar se han incorporado principios, valores, libertades y garantías y en aquéllos ordenamientos donde ya estaban anunciados, han sido objeto de una mayor profundización. La segunda gran consecuencia que ha producido la constitucionalización del derecho internacional es la asunción de obligaciones por parte de los Estados, por un lado de cara a todas las personas sujetas a su jurisdicción y por otra parte de cara a la jurisdicción internacional. Y la tercera consecuencia, apuntó, es la de haber generado un verdadero sistema de control de esas obligaciones.

Expresó que la producción emanada de estos órganos de control, de variadas competencias, se ha vuelto un verdadero revulsivo del sistema de fuentes. Los tratados aparecen acompañados por toda

la producción de este conjunto de órganos, algunos jurisdiccionales y otros cuasijurisdiccionales. Hizo referencia a que en el caso del Estado Argentino, tenemos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los distintos comités que actúan en el marco de los tratados.

Esta circunstancia ubica al jurista ante el serio desafío de manejar toda esa bastedad de contenidos.

Indicó que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos implicó la incorporación de principios de derechos humanos. El sistema Internacional de Derechos Humanos, como todo sistema jurídico, tiene principios fundamentales que informan sus normas. Sostuvo que en este aspecto, son los principios que evocando las causas primeras u orígenes de las normas o reglas, confieren cohesión, coherencia y sobre todo legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. De los “prima principia” emanan las reglas que en ellos encuentran su sentido. Afirmó que estos principios se encuentran en los orígenes del propio derecho y alumbran el camino de la legalidad y la legitimidad.

A continuación expuso algunos de estos principios y sus consecuencias.

Señaló la idea que estos principios llevan como consecuencia que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico es decir que no son consecuencia de las disposiciones legales y que por tanto al informar los principios a las normas, resultan estos principios los que convierten a las disposiciones legales de conjuntos inorgánicos en una unidad vital.

La segunda consecuencia que generan es que orientan al intérprete en la tarea hermenéutica de las normas, mostrando el método de interpretación propio de ese ordenamiento jurídico e indicando en cada caso la fórmula interpretativa que debe ser aplicada.

En tercer lugar, es que son fuentes de derecho en caso de carencia de normas, es decir en los terrenos jurídicos lagunosos.

Afirmó que felizmente, el edificio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido construyendo paulatinamente, cimentando sus bases no sobre arena sino sobre roca fuerte, al ubicar su piedra basal en considerando la dignidad como parte inherente o intrínseca a la persona humana. La dignidad no se gana, como cuando decimos que una persona es digna de una mención o un reconocimiento. En el derecho internacional no se es digno en ese sentido, sino que se es digno por la propia humanidad, por ser persona humana. Por tanto el fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un fundamento ontológico, comprobable *in re*, tangible, grabado en la frente de todas las personas por el sólo hecho de ser.

Este reconocimiento que hace el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a este fundamento ontológico conlleva tres consecuencias:

1) que la obra del legislador internacional deriva de un orden que lo precede en el tiempo y lo supera en jerarquía. De ahí que los derechos del hombre son anteriores a todo ordenamiento jurídico porque son propios, inherentes e intrínsecos a su propia naturaleza humana.

2) A la par de esto, este reconocimiento determina su legitimidad y la fuente de

autoridad del legislador internacional. La causa por la que el legislador internacional puede ejercer su autoridad internacional, es porque la pone al servicio de la dignidad humana. Por este motivo, la validez de la normativa internacional esta condicionada a que tribute a la dignidad de la persona.

3) Una tercera marca la encontramos en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto señala que los Estados se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida en un concepto mas alto de la libertad.

Si la dignidad de la persona es considerada desde este punto de vista puede afirmarse que la dignidad no es un derecho. Es decir que el hombre no tiene derecho a la dignidad, el hombre es digno. Que los derechos humanos tributen a la dignidad de la persona humana significa que la dignidad es esencial a la persona humana. Pero es en la existencia, en cotidianidad, en el aquí y ahora en la historicidad, en el *hic et nunc* dónde los derechos humanos emergen a proteger la dignidad de la persona humana.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es ese aparato de derechos y garantías que protege la dignidad esencial de la persona humana.

En esta dignidad propia e inherente a toda persona humana podemos encontrar también el fundamento ontológico de dos principios arquitectónicos del derecho federal que son el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación.

Si miramos esta igualdad intrínseca en toda su hondura, vemos que la relación entre los hombres esta signada por una igualdad esencial entre todos los hombres, lo que permite hablar, como la Declaración Universal de Derechos

humanos, de todos los hombres como miembros de la fraternidad humana.

A partir de esta reflexión, podemos extraer dos consecuencias. La fraternidad y la solidaridad ya no de la Nación o grupo sino de toda la familia humana. Esto se proyecta sobre las relaciones entre los Estados que también están marcadas por estos principios de fraternidad y solidaridad. El principio nos devela el secreto que el otro es mi hermano y que nadie es más que nadie.

Afirmó que si bien estamos acostumbrados a considerar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos produce efectos verticales, considerado la relación Estado-Persona Humana, el ordenamiento también puede y debe moverse en sentido horizontal para comprender este fenómeno. A este movimiento lo llama Efecto Horizontal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se trata de la vinculación de los derechos, libertades y garantías fundamentales de la persona en las relaciones entre particulares, en las relaciones entre privados, en las relaciones entre nosotros. Recordó que ya la tradicional doctrina alemana relativa a los efectos vinculantes de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, pasa las fronteras de Alemania, llega a la Corte Europea de Derechos Humanos y luego cruza a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se manifiesta en la opinión consultiva n° 18 sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes Documentados e Indocumentados. En esa oportunidad la Corte señaló que el efecto horizontal conlleva respetar los derechos humanos en sus relaciones individuales.

Reflexionó que para los argentinos, y quizá para todos, esto no sea más que la consecuencia del artículo 1 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional, que establece que los hombres deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Y si hay un comportamiento fraternal es el respeto de los derechos libertades y garantías del prójimo tal como lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo planteó que existe un efecto de tipo diagonal que se proyecta sobre la horizontalidad. Consiste en que el Estado tiene la obligación no sólo de respetar y garantizar los derechos de la persona humana sino de evitar, mediante la previsión de aquéllas medidas que resulten necesarias, que en esas relaciones de tipo horizontal se produzcan violaciones a los derechos y libertades fundamentales.

Sostuvo que en muchos campos es posible observar manifestaciones de esta horizontalidad. La opinión consultiva n° 18 de la Corte Interamericana de Derechos se introduce en un terreno de tensión que es la relación de trabajo.

En relación a los principios de igualdad y no discriminación propuso como pregunta ¿de qué manera se puede violar el principio de igualdad? Al respecto señaló que esa vulneración se da evidentemente cuando se distingue donde no hay que distinguir, cuando se trata desigualitariamente a los iguales pero también cuando se trata igualitariamente a los desiguales. Ante una persona satisfecha y otra que pasa hambre El principio de igualdad no exige partir el pan en dos partes iguales.

Afirmó que el principio de igualdad para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a tener que distinguir donde hay diferencias.

En este mismo orden de ideas afirmó que esa igualdad esencial de todo ser humano puede verse quebrantada y para restaurar esas discriminaciones de hecho existe el derecho produciendo desequilibrios compensatorios a fin de restablecer los desequilibrios producidos en la cotidianeidad. Vale decir, que el principio de igualdad antes que repeler requiere saber dividir, saber hace dónde deben orientarse las preferencias.

Explicó, que del principio de igualdad se deriva el de justicia social. En este sentido sostuvo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige distinguir entre los grupos vulnerables, entre las minorías, entre los hiposuficientes y entre tantos otros grupos o categorías que tienen hambre y sed de justicia. Sostuvo que aquí reside la orientación de los Derechos Humanos. Señaló que este derecho encuentra en la historia su propia ratificación, porque es el derecho del dolor, de la barbarie, del desgarramiento de los hombres que sufren.

Hizo referencia a que La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de la segunda posguerra, en cuanto afirma que “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha ocasionado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” constituye la partida y el certificado de nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a escala universal y escala regional porque para 1950 surge la Convención Europea de Derechos Humanos y poco más tarde iba a nacer la Convención Americana de Derechos Humanos entre otra vasta colección de instrumentos internacionales.

Explicó que la Declaración nace como una reflexión tardía del hombre acerca de la insuficiencia de los ordenamientos nacionales para la protección de los

derechos humanos, porque la persecución de gitanos, homosexuales, judíos y tantas otras barbaridades cometidas por la religión de la muerte, el nazismo y de algunas manifestaciones del fascismo, difícilmente eran tratadas como ilícitos por los ordenamientos nacionales. Por el contrario, lo que los ordenamientos jurídicos nacionales habían hecho era promocionar esos actos y darles cobertura. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone una reflexión ante esa impotencia del orden jurídico para poner freno a ese desborde en contra de los derechos humanos y entonces al modo de Antígona busca un orden superior. Cuando a Antígona se le reclama por haber dado sepultura a quien había atacado la ciudad, lo que estaba penado con la muerte, el responde que nunca pensó que las leyes humanas podían contravenir el ordenamiento perenne de las leyes de los dioses. Lo que hay que en Antígona es la búsqueda de un registro superior. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos toma esa idea no para poner un panteón sino para establecer un ordenamiento superior al ordenamiento nacional que evite que el desborde de los ordenamientos nacionales, como hicieron aquellos que azotaron a Europa y se propagaron en la primera mitad del siglo XX.

Afirmó que la justicia social es una de los primeros efectos que produce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoró que la justicia social ya figura muchos más lejos, en la Grecia clásica ya que era una de las formas de justicia sobre las que hablaba Aristóteles, aunque no con el sentido con el que la manejamos actualmente y también aparece en 1919, en la primera posguerra, en la Organización Internacional del Trabajo. Aparece también en la Carta de la Organización de Estados Americanos y en

el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos. En nuestro país la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1974 en el caso "Bercaitz" (Fallos 289:430) la define como "la justicia en su mas alta expresión. Consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende alcanzar el bienestar esto es las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana, desarrollarse conforme con su excelsa dignidad".

Por otra parte, planteó como interrogantes ¿Porqué en 1946 fueron adoptados dos pactos y no uno (el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)?; ¿Porqué sólo uno de esos dos Pactos nació con un protocolo facultativo que posibilitaba un régimen de denuncias por violaciones a su normas?; ¿Porqué la Convención Americana de Derechos Humanos es también un tratado de derechos civiles y políticos y no fue aceptada la propuesta de Chile y Uruguay en la comisión de juristas de integrar a la Convención Americana a los derechos económicos y sociales?; ¿Porqué el régimen hemisférico interamericano tuvo que esperar hasta 1978 para que viera la luz el Protocolo Adicional en materia de Derechos Economicos, Sociales y Culturales a la Convención Americana?; ¿Porqué Argentina demoró 15 años su ratificación hasta 2003?; ¿Porque si la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, que incluso fue anterior a la Declaración Universal, no distinguía entre Derechos

Económicos Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos?.

Remarcó que lo que alude es al falaz contrapunto entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos políticos. Sostuvo que todos hemos oído hablar de las tres generaciones de derechos humanos. La primera generación de derechos civiles y políticos, la segunda generación de derechos económicos, sociales y culturales y la tercera generación de derechos que tutelan intereses relacionados con el medio ambiente y que ya se habla de una cuarta generación que habla de la tutela de la dignidad de las persona humana por ej. los ensayos de la biomedicina. Consideró que hay que preguntarse si esto tiene fundamento histórico. Si nos ubicamos en el siglo XX, en primer lugar se dio la Organización Internacional del Trabajo que tuvo por cometido dictar un corpus iuris de derechos económicos y sociales.

De tal manera, concluyó, que este contrapunto que tiene ya consecuencias desfavorables, parte de una concepción fallida de los derechos humanos, que se aparta de su fundamento ideológico. En tal sentido precisó que el homo faber, el homos sapiens el homo economicus, son todas categorías inhallables y que el ser humano tampoco es la suma de todas estas taxonomías. Destacó que el ser humano del que habla el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un ser humano indivisible infragmentable. Es un ser humano compuesto por carne huesos sangre y alma, por lo cual dividir en categorías los derechos humanos no es dividir derechos sino desgarrar la vida en un hombre económico, el hombre civil en el hombre educativo. El ser humano resiste ese tipo de participaciones o de pulverizaciones.

Sostuvo que con estas consideraciones, está aludiendo al principio de la interdependencia e interdisciplinariedad de los derechos humanos.

En este contexto, se preguntó cómo explicar la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia (dos derechos civiles sagrados) a una persona que debe vivir en los umbrales de los edificios públicos o una plaza?, ¿cómo explicarles a estas personas que su domicilio o la correspondencia es inviolable si no hay nada que violar? y si puede hablarse seriamente del derecho a la libertad de expresión sin derecho a la educación.

Asimismo cuestionó si ¿Puede contemplarse el derecho a la libre participación en la vida pública sin derecho a alimentarse? o ¿Cómo hablar del derecho a la vida sin condiciones de trabajos dignas y sin salarios justos?

Consideró que este contrapunto de categorías es una concepción de lo que es la persona humana y atribuyó a que esta falta de comprensión del principio de indivisibilidad e interdisciplinariedad llevó en su momento a que hubiese dos Pactos, a que la Convención Americana sobre Derechos Humanos resultara fuertemente débil y solo tuviera el artículo 26 para los derechos económicos sociales y culturales.

Añadió que eso demuestra como se fue desnaturalizando en alguna medida eso que estaba en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos Humanos y también demuestra cuan dispuestos están los Estados a levantar la mano cuando se tratan declaraciones y cuanto cuesta cuando se trata de asumir tratados y verdaderos compromisos internacionales.

No obstante ello, puso de manifiesto la circunstancia que para el hemisferio

americano la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre es un instrumento vinculante, aún en su carácter de declaración y que por tanto compromete a todos los Estados Americanos por ser miembros de la OEA.

Por otra parte, explicó que el principio de interdependencia e interdisciplinariedad de los derechos humanos también nos permite resignificar otros principios. Al respecto, trajo a colación aquel según el cual los tratados nunca consagran sino más bien, reconocen o enuncian o advierten lo que ya existía y en tal sentido el derecho a la vida enunciado en la Convención Americana de los Derechos Humanos. En lo que atañe a este derecho señaló que no se agota en la prohibición de la ejecución sumaria, o de casos como los de los desaparecidos que hemos sufrido en Argentina y en otros lugares de América.

En este punto, invitando al estudio del caso “Los niños de la calle” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999, recordó que en la ocasión ese tribunal sostuvo que “en relación al carácter fundamental del derecho a la vida no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En efecto el derecho fundamental a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente sino también el derecho de que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.

Indicó que nuevamente nos aparece el hilo conductor de la dignidad que en relación a la vida no es sólo el derecho a no ser muerto sino a crear las condiciones para que la vida se desarrolle en dignidad.

Rescató que el principio de interdependencia e indivisibilidad también sirve a los derechos civiles y políticos, y

en esta dirección puso el ejemplo de Argentina y otros países Americanos que sufrieron dictaduras que postergaron los derechos civiles y políticos privilegiando los derechos económicos y sociales, con el argumento de que luego del necesario desarrollo podrían entonces establecerse esos derechos civiles y políticos, olvidándose que la Carta Democrática Interamericana que firmaron los estados partes de la OEA en 2001 enuncia que la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y que la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

Por otra parte señaló que el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos no sólo nos sirve para explicar el contrapunto de estos derechos económicos civiles y sociales sino para reflexionar en el interior de estas categorías porque tampoco es dable sacrificar determinados derechos económicos y sociales en aras de fortalecer otros del mismo tipo.

Expuso que este fenómeno ha quedado claro en muchos países americanos y europeo con los procesos llamados de flexibilización del derecho laboral y las condiciones de trabajo que desde su punto de vista han sido procesos de flexibilización de la moral y la justicia que debe imperar en las relaciones del trabajo. Así, en aras de ilusorios planes de pleno empleo se sacrificaron las condiciones de trabajo de los futuros trabajadores.

Postuló que ese no es el trabajo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que exige para que un trabajo sea llamado verdaderamente un trabajo, el respeto de todo un abanico derechos libertades y garantías a.

Valiéndose de categorías aristotélicas, expresó que la dignidad humana es un concepto “parcialmente algo, parcialmente en potencia”, como el árbol y la semilla. La dignidad opera de esta manera. Algo vamos descubriendo y algo queda por desarrollar. Descubrir la dignidad de la personas es mirar sinceramente al otro, al prójimo y a veces mirar hacia nuestra interioridad. Lo contrario lleva muchas veces a perder de vista toda la riqueza del concepto de la dignidad esencial de la persona. Por lo tanto, concluyó que vamos descubriendo los derechos de manera paulatina y progresiva.

El principio de efectividad

Comenzó el desarrollo de este principio, con cita de la Corte Suprema de Justicia de Nación que en 2004 señaló que “cuando la Constitución Nacional enuncia derechos lo hace para que estos sean efectivos y no ilusorios”. Sostuvo que así tuvo recepción en la jurisprudencia nacional lo que en el derecho internacional se denomina principio de efectividad. Que las normas de derechos humanos son elaboradas y dictadas para que produzcan efectos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Consideró que esto no es una gran invención teórica. Al respecto, recordó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1968 establece como regla en su art. 31 que “un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Y en este punto reiteró que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos no es otro que la tutela de la persona humana.

Sostuvo que algunas escuelas estaban acostumbradas a ver que los tratados de derechos humanos establecían obligación de abstención, de no interferir en la vida de las personas. A propósito de las obligaciones positivas o de acción, señaló que se ha dicho que “nunca estuvieron en los tratados cuando estos fueron elaborados o que si estaban los que escribieron esos tratados se cuidaron muy bien de no decirlo para evitar que los estados no los ratificaran”.

En la Corte Europea de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue abriéndose el camino a las obligaciones positivas. Uno que supone no ejecutar sumariamente y otro que implica crear las condiciones para que la vida pueda ser llevada en dignidad.

Resaltó que todos los derechos tienen una faz negativa oponible al estado cuando viene a interferir ese goce de los derechos, pero que paralelamente le exigen al estado su intervención cuando esa persona por causas ajenas a su voluntad no puede acceder al goce de esos derechos, libertades y garantías. Una de esas obligaciones es la de prevenir las violaciones de los derechos humanos. Y agregó que si estamos a la jurisprudencia de las cortes regionales ha aparecido una obligación procesal derivada de los derechos sustanciales: la de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, señaló que el primer juez del derecho internacional no es el juez de Estrasburgo o el de La Haya sino el juez nacional. Lo que espera el derecho internacional es que los operadores jurídicos nacionales le den vitalidad a estos tratados internacionales toda vez que el sistema de protección es coadyuvante, subsidiario del sistema nacional.

Precisó que sólo cuando fallan los sistemas nacionales pueden comenzar a operar los sistemas internacionales y de ahí la necesidad de agotar previamente los recursos internos.

Luego se refirió a lo que denominó como “la gnoseología psiquiátrica del derecho”, señalando que a veces en la verdadera esquizofrenia en que vivimos, los juristas nos preguntamos en el contexto del desplazamiento jerárquico del derecho, dónde ubicar a las normas de derecho internacional y en qué escalón ponemos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Explicó que en el derecho Argentino, algunos tratados tienen jerarquía constitucional, (los expresamente mencionados por el art. 75 inc. 22 de la C.N.), otros tienen jerarquía supra legal y luego se encuentran las leyes. En tanto que en el derecho norteamericano la Corte de ese país entendió que el tratado operaba en un plano de igualdad con la ley, con lo cual la ley posterior derogaba el tratado anterior y o el tratado posterior a la ley anterior.

Sostuvo que desde su perspectiva este raciocinio implica la negación del derecho internacional. Afirmó que en virtud del *pacta sunt servanda* que establece la Convención sobre el Derecho de los Tratados los tratados están para ser cumplidos y de buena fe.

Para el constitucionalismo nacional los tratados ocupan una posición en el ordenamiento jurídico nacional. En el ámbito americano, rescató el caso de Guatemala como ejemplo de posición de máxima en la que los tratados están por encima de la propia Constitución. Esta es la posición de los internacionalistas, reflejada en la Convención sobre el Derecho de los Tratados en virtud de la cual un Estado no puede invocar una

disposición de su ordenamiento jurídico interno para incumplir un tratado. Y ese ordenamiento jurídico interno también comprende a la propia constitución.

Citó el caso de la censura en Chile a la película la Última Tentación de Cristo que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que entendió que ese régimen de censura previsto en la propia Constitución chilena violentaba la Convención Americana de Derechos Humanos.

El principio Pro Homine o Pro persona

Afirmó que este principio atiende a dos géneros de supuestos. Uno es el de concurrencia de normas por el que a una misma situación jurídica se le aplica más de un tratado como ocurre muchas veces con la Convención Americana de Derechos Humanos y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. En este contexto el principio pro homine indica que hay un orden normativo jerárquico pero que debe aplicarse aquella norma que sea más favorable a la persona humana con independencia del plano jerárquico.

Aclaró que cuando hablamos de tratados de derechos humanos no hablamos de hipótesis de máxima sino más bien de “pisos” es decir de un orden público, mínimo que comprende libertades y garantías, intraspasable hacia abajo pero infinitamente mejorable hacia arriba.

En el plano de esta concurrencia normativa explicó que el efecto que provoca el principio pro homine es que permite tomar de cada norma internacional de derechos humanos los aspectos más favorables a la persona y a partir de ella crear una tercera norma aplicable a la situación que tenemos que resolver.

El otro efecto del principio pro homine tiene que ver con la interpretación de los tratados. En este marco, expuso que las normas de Derechos humanos deben ser interpretadas siempre a favor de los intereses de la persona que debe proteger. En el derecho internacional no es necesario el presupuesto de la duda que informa las soluciones del in dubio pro reo en materia penal o in dubio pro operario en materia laboral, etc, sino que basta con que la norma se abra a una multiplicidad interpretaciones para que el operador del derecho deba escoger aquella más favorable a los intereses de la persona humana, sin tener que llegar a ese trance de la duda insuperable.

Concluyó expresando que lo que quiso transmitir, es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un verdadero revulsivo, una verdadera impugnación y cuestionamiento de distintas formas a través de las cuales se estaba aplicando el derecho. Esto supone la impugnación a un orden nacional e internacional que quebrante los derechos humanos. Ya lo dice la Declaración Universal: el hombre tiene derecho a un orden nacional y a un orden internacional en el que sean respetados los derechos humanos. Tiende a un orden que no ponga al costado los derechos económicos, sociales y culturales. El contra punto fue por un lado el denominado bloque oriental, los países del este que ponían el acento en los derechos económicos sociales y culturales y atenuaban los derechos civiles y políticos en tanto que el bloque occidental capitaneado por Estados Unidos puso el acento en los derechos civiles y políticos, relegando los económicos sociales y culturales. Esto es una impugnación no a la norma sino a esta fragmentación. Por tanto, consideró que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe ser entendido como un

instrumento liberador del temor y la miseria que afectan al hombre.

Entonces, sostuvo, se permitió reformular el principio tradicional y afirmar que no es el derecho el que debe servir a la persona

humana sino nosotros hombres y mujeres de derecho, los que tenemos que servir al prójimo a través del derecho.

“Discriminación”

DR. GUSTAVO ALBERTO BOSSERT

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde el 29 de marzo de 1994 hasta el 25 de octubre 2002 en que renunció.

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, desde 1984 a 1994.

Profesor Titular, por Concurso, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, desde 1985.

Profesor Titular Consulto, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, desde 2004 .

Anteriormente fue profesor de la Universidad Nacional de Rosario y de la Universidad del Museo Social Argentino.

Profesor Invitado de la Université Panthéon-Assas Paris II, desde 1993 hasta 2004.

Discriminación por la orientación sexual

1. Introducción

El Dr. Bossert señaló a modo de introducción que la historia de la humanidad, está trazada por algunos rasgos recurrentes, dictadura-democracia, libertad-esclavitud, pero también por fuerzas que quieren sostener diferencias inferiorizantes en determinados sectores de la población y por las que quieren abolirlas.

Sostuvo que el tema de la discriminación ha signado un aspecto de la historia de la humanidad; sin embargo, desde el siglo XIX viene cayendo la discriminación de distintos tipos, tales como la esclavitud, el mayorazgo, etc.

Señaló que a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, la humanidad comprendió por primera vez, de una forma unánime, que había que ocuparse de la condición humana. Entonces, no solamente se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, sino también se dictaron las primeras leyes en países como Francia y Uruguay, a través de las cuales se abolieron las desigualdades en contra de

las mujeres y se estableció la igualdad absoluta del hombre.

De esta forma, indicó el expositor que cayó la discriminación contra la mujer, la diferenciación del hijo nacido en el matrimonio y del hijo no nacido en el matrimonio, la discriminación por el color de la piel, entre otros aspectos.

Desde hace unos treinta años, en los países de occidente viene trabajándose en contra de la discriminación por la orientación sexual, concretamente contra el homosexual, sus derechos y las posibilidades de realizar una vida de familia.

Afirmó que la consideración del homosexual ha evolucionado intensamente en los últimos años.

Hasta no hace muchos años, en occidente se lo consideraba un delito y si bien, felizmente esa tipificación ya no subsiste en una gran cantidad de estados europeos y americanos, todavía perdura en muchos países africanos.

Precisó que hasta 1992, la Organización Mundial de la Salud consideró a la homosexualidad una enfermedad. Pero a partir de ese año, se pronunció en contra de considerarla un trastorno mental, teniendo en cuenta que ninguna diferenciación en la conducta, ya sea política, religiosa o sexual, ni los conflictos entre individuos y la sociedad, son trastornos mentales.

Señaló que en una exhibición en el Museo de Historia Natural de Oslo, desarrollada en el año 2007, quedó demostrado que la homosexualidad está presente en todas las especies animales. Por ejemplo, los cisnes son fieles a sus parejas aún después de la muerte, sean parejas heterosexuales u homosexuales. En las colonias de gaviotas el 20% de las parejas estables son homosexuales. En las cacatúas enanas, el

40% son homosexuales. El 80% de los chimpancés pigmeos es bisexual. Negar en el ser humano un rasgo que se observa en las otras especies representaría una mirada antropocéntrica que absurdamente excluiría a la especie humana del ecosistema.

2. Evolución en Argentina

Destacó que nuestra Corte Suprema en un fallo dictado el 21 de noviembre de 2006 se pronunció claramente contra la discriminación del homosexual. Tal oportunidad fue en un caso de reclamo de la personería jurídica de una entidad de homosexuales llamada “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual” donde señaló que la denegación fundada en la orientación sexual viola los artículos 16 (igualdad ante la ley) y 19 (respeto a las acciones privadas) de la Constitución Nacional.

Desde 1994, en una gran cantidad de tratados de derechos humanos incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución y que tienen jerarquía constitucional, está recurrentemente la afirmación que no se puede discriminar por razones de sexo u orientación sexual. Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que el Estado debe garantizar los derechos del individuo sin distinción alguna de raza, color, sexo, etc..

Así, afirmó que a nivel nacional, la ley 23.592 de 1988 sanciona cualquier acto fundado en discriminación, por diversos motivos, tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, posición económica, condición social o sexo. Por lo tanto, si alguien recibe una discriminación por su sexo o su orientación sexual, tiene derecho a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a

obtener una indemnización para reparar el daño moral y material ocasionado.

Refirió que en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2003, se dictó la ley que crea la “unión civil” para parejas heterosexuales y homosexuales y les otorga los derechos que las normas locales de la Ciudad le atribuyen a los matrimonios. A modo de ejemplo, cuando un empleado municipal de la ciudad se enferma, la cónyuge tiene derecho a pedir licencia en su trabajo, gracias a esta ley, también lo tiene el conviviente heterosexual u homosexual. Lo mismo sucede con la obra social, en donde el conviviente participa como beneficiario.

En esta misma línea se han dictados normas similares en la Provincia de Río Negro, la Ciudad Cordobesa de Villa Carlos Paz y Río Cuarto.

3. Evolución en el mundo

Señaló el disertante que la comunidad europea expresamente repudia la discriminación por orientación sexual.

El artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, las resoluciones del Consejo de Europa de 1998 y del Parlamento Europeo en 1997, propician la igualdad de trato en todas las cuestiones jurídicas y administrativas, con independencia de la orientación sexual de los interesados o afectados. Asimismo, el Parlamento Europeo, en el año 2003, consideró que la expresión “familia” abarca también a la unión homosexual, para todos los temas vinculados al derecho de residencia en los países europeos y la libertad de circulación entre ellos.

Agregó que en el mundo, a raíz del avance de las actitudes antidiscriminatorias, se empezaron a dictar leyes destinadas a

permitir que las parejas heterosexuales y homosexuales hagan pactos de convivencia con determinados efectos. También hay otras leyes que se refieren exclusivamente a las parejas homosexuales.

Destacó que los grandes avances en beneficio de la condición humana atacando las discriminación han tenido lugar en los países escandinavos.

Así, dijo que en 1989, Dinamarca permitió que las parejas puedan hacer pactos de convivencia, que al inscribirse en un registro público, le confieren casi la totalidad de efectos que produce el matrimonio. Le siguieron leyes de otros países como Noruega, Islandia, Finlandia, Suecia, Gran Bretaña, luego Hungría, Alemania, Suiza, Nueva Zelanda, Andorra, Austria, Eslovenia, República Checa, Luxemburgo, Portugal, entre otros.

Sin embargo, manifestó que en sus comienzos este modelo restringía algunos aspectos, tales como la adopción o las técnicas de reproducción, es decir, cercenaba la posibilidad de que la pareja pueda tener descendencia. Afortunadamente, todo ello ha ido desapareciendo.

No obstante indicó que hay otras legislaciones que no tienen esa trascendencia, Francia, a través del Pacto de Solidaridad y Convivencia de Paz de 1999, reformada en el 2006, o España, con la famosa ley de Cataluña, contemplan pactos de convivencia para parejas heterosexuales y homosexuales que también se inscriben pero de ningún modo tienen la característica de ser equiparables al matrimonio como la del modelo escandinavo. Uruguay, desde el año 2008 tiene regulada la unión heterosexual y homosexual expresamente, y si llevan cinco años de convivencia tienen derecho a reclamarse alimentos, a

recibir una pensión por fallecimiento y a heredar como cónyuge. También, si se solicita un reconocimiento judicial de su existencia pasan a tener un régimen de comunidad de bienes, una comunidad de bienes gananciales, lo que significa que todo lo que se gane durante la convivencia, cuando se termina se reparte por mitades salvo que hayan recibido por donación, herencia o legado.

4. Algunos aspectos jurídicos

i) Alimentos

Destacó el Dr. Bossert que en nuestro país, el art. 198 del Código Civil dispone que “los esposos” se deben mutuamente alimentos, por lo tanto en la pareja heterosexual no casada y en la homosexual no existe el derecho a pedirse alimentos.

No obstante señaló que ya es verdad aceptada en nuestro país, como en todos los países de cultura jurídica del derecho continental, que el conviviente que aportó sumas de dinero durante la relación concubinaria, teniendo en cuenta su carácter de obligación natural, no tiene derecho a pedir su devolución.

Consideró que estos mismos principios deben ser aplicados a la unión homosexual, es decir, sin perjuicio que no se puedan reclamar alimentos, si se han pagado no se podrá pedir la repetición.

Por otro lado destacó que diversos países han avanzado y han establecido que en la pareja homosexual y heterosexual hay derecho a pedirse alimentos, incluso Uruguay con su ley de 2008 ha establecido algo más, y es que si dichas parejas se disuelven, uno de ellos tiene derecho a que le sigan pagando una suma en concepto de alimentos, si demuestra que es absolutamente necesario, por un

lapso que no debe exceder el tiempo por el cual convivieron.

Así consideró que son los caminos del futuro humanitario para seguir atendiendo al económicamente menos protegido en la pareja heterosexual u homosexual.

ii) Adopción

Señaló que felizmente el criterio que niega el derecho de un homosexual a pedir la adopción se está desplazando.

En primer lugar, sostuvo que lo debe tenerse en cuenta en la adopción, es el interés primordial del menor, de acuerdo a lo que establece el art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Para quienes consideran que puede ser perjudicial para el niño, se debe acudir a las fuentes, a las constataciones, a los análisis científicos.

Así, señaló que de manera prácticamente unánime, las siguientes entidades, entre muchas otras, han señalado que no detectaron perjuicios en niños que han sido adoptados por homosexuales. Así lo han afirmado, la Federación Estadounidense de Psiquiatría y Psicología en 1986, la Academia de Pediatría en Estados Unidos en 1991, la Federación Americana de Psicología y el informe del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid de 2002 que trabajó con 28 familias homoparentales.

iii) La voluntad procreacional

Afirmó que en los años 80 se desarrollaron las técnicas de asistencia a la procreación, la inseminación artificial, los préstamos de vientre y la fecundación in vitro.

Relató que afortunadamente, el mundo avanza a hacer prevalecer la “voluntad procreacional”, reconociendo el derecho de considerar progenitores a ambos integrantes de la pareja.

A modo de ejemplo destacó a España con su ley sobre técnica de reproducción asistida de 2007, en la que específicamente prevé que para el caso de una pareja de lesbianas donde una de ellas es sometida a una inseminación artificial, ambas mujeres puedan ser declaradas madres, sin necesidad de acudir a la adopción, en base a la voluntad procreacional.

Nombró también el ejemplo de Australia donde hay un caso particular, “W vs. G”, donde una pareja de lesbiana había convivido durante 8 años y se separan, la mujer que no es madre biológica se retira, la otra le inicia un juicio de alimentos para que contribuya a sostener a su hija. Finalmente la justicia australiana hizo lugar al reclamo, basándose en la voluntad procreacional Estados Unidos, una pareja de hombres, decide contratar un alquiler de vientre, con el esperma de uno de ellos. Reclamaron que se los anotara a ambos como padres. La Corte de Los Angeles en 1998 declaró padres a ambos, “first parent” al que dio el espermatozoide y “second parent” al otro, ambos con toda las responsabilidades y derechos.

Indico que un tiempo después el mismo tribunal, dictó varias sentencias donde declaró madre a ambas mujeres integrantes de una pareja lesbiana, con la característica de a quien puso el ovocito la declaró “madre biológica” y a la otra “madre legal”, pero ambas con todos los deberes y derechos de la madre legal, siempre fundándose en la voluntad procreacional.

iv) Tenencia de los hijos y régimen de visita

Explicó que es común encontrar en los repertorios jurisprudenciales, la negativa a dar la guarda del hijo si es homosexual o conceder un régimen de visitas con derecho a pernoctar.

Señaló que gracias a Dios todo eso ha terminado, ya que prevalece el interés superior del niño, por ello la orientación sexual del padre es un dato más, que se tendrá en cuenta en la medida que la homosexualidad esté acompañada de tendencias aberrantes que puedan causar un daño al niño. Negar la tenencia o el régimen de visitas por el solo hecho de ser homosexual es un acto descalificatorio y además contrario al interés del niño, que es poder estar con sus dos progenitores. La justicia argentina desde los años 90 se ha expedido en este sentido, ejemplo de ello son el Juzgado de Familia N° 4 de Córdoba y la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro.

Por otro lado, señaló que en 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sancionó a Portugal por haber denegado al padre el régimen de visitas por su carácter homosexual.

v) El derecho de pensión.

Expuso que la ley que establece el sistema integral de jubilaciones y pensiones en su art. 53 dispone que el derecho de pensión además de tenerlo el cónyuge sobreviviente, lo tiene el que ha “convivido públicamente en aparente matrimonio” en los últimos cinco años o dos, si tienen hijos.

Aparece la dificultad por las palabras de la ley que dice “en aparente matrimonio”.

En este sentido, señaló el Dr. Bossert que el art. 172 del Código Civil exige para la

existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento del hombre y la mujer ante el oficial público. Entonces surge la interpretación gramatical del art. 53 de la citada ley, y consecuentemente, existen antecedentes jurisprudenciales que han negado el derecho a pensión al conviviente homosexual. Sin embargo, un Juzgado Contencioso Administrativo de La Plata en el año 2005 se ha expedido en sentido contrario.

Señaló que en Rosario se ha dictó la ordenanza por la cual dentro del régimen de jubilación municipal el conviviente tiene el derecho a la pensión.

vi) El Derecho a una Obra Social

La ley 23.660, de obras sociales, establece que además del afiliado, titular de la obra social, pueden ser beneficiarios, las personas que convivan con éste y reciban ostensible trato familiar, lo que significa que pueda ser beneficiario el conviviente homosexual, y así lo entendió la Superintendencia de Salud en un dictamen emitido en el año 2000.

vii) Derecho a una “visita higiénica”

En el sistema del Servicio Penitenciario Federal, relató el expositor existe una disposición por la cual los internos casados o que han vivido en concubinato tienen derecho a tener una periódica relación sexual con su esposa o compañera estable, se lo llama “visita higiénica”.

En el año 2005, el Tribunal Federal N° de 2 de Córdoba ordenó al Servicio Penitenciario que adecue su organización y el procedimiento para que los reclusos homosexuales puedan tener acceso a este derecho.

viii) Matrimonio homosexual

Sin dudar, en Argentina con el artículo 172 del Código Civil no es posible el matrimonio homosexual, pues para la existencia del matrimonio es necesario el consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente.

Destacó que en la actualidad, en el Congreso de la Nación, se encuentra en estudio un proyecto de introducir el matrimonio homosexual.

Este tema abarca posiciones objetivas, y también posiciones forzadas y dogmáticas.

Hay quienes sostienen que el matrimonio es un dato de la realidad, que no es posible entonces forzar la realidad, por eso, decir que el matrimonio es también la unión de un hombre con un hombre o de una mujer con una mujer sería contrario a la naturaleza de las cosas. Se contesta señalando que el matrimonio es una creación del hombre. La monogamia nació por razones de diversa índole, de protección, de asistencia de los hijos y los ancianos, razones económicas (compartir tareas productivas), religiosas (el culto de los dioses del hogar) y así se afirmaron los lazos espirituales de la pareja. Luego el hombre lo reguló legalmente.

Señaló que otros sostienen que el matrimonio homosexual es contrario a la finalidad esencial del matrimonio, que es la procreación. En respuesta a ello, debe señalarse que sin bien el Código de Derecho Canónico establece entre los fines primarios del matrimonio la procreación sosteniendo que es indebido la relación sexual solamente por placer, nuestro derecho no establece como fin la procreación, por lo que no es posible

solicitar la nulidad del matrimonio por esterilidad.

Postuló que otro argumento en contra del matrimonio homosexual es que los tratados internacionales que sostienen el derecho a casarse hacen referencia al derecho de los hombres y las mujeres, y no refieren a las personas, como si lo hacen algunas convenciones internacionales como los tratados contra los crímenes de guerra.

Así, advirtió que la diferencia entre los tratados que aluden al derecho a casarse, donde es obvio que se hable de hombres y mujeres y los que se refieren a los crímenes de guerra y torturas. En estos últimos no es razonable pensar que se hable de derechos y mujeres, se habla de personas. También, es preciso decir que dichos tratados no mencionan explícitamente el derecho de casarse un hombre con una mujer, redacción que habría excluido el matrimonio homosexual.

Es útil recordar que no se han visto ataques contra los pactos registrados de las uniones homosexuales que dan efectos casi equiparable con el matrimonio, por ello, parecería que lo que genera controversia es la noción o la palabra matrimonio.

Indicó que a partir de la ley de Holanda de 2001, algunos países han admitido el matrimonio homosexual. En tal sentido, Noruega, Suecia, Canadá, España (2005), Sudáfrica, Bélgica (2006) y algunos estados de E.E.U.U.

Cabe decir que en los estados que integran Estados Unidos se reconoce la validez del matrimonio celebrado, aún en aquellos que no lo admiten. Sin embargo, en el único ámbito donde no se lo reconoce es ante la ley federal. De acuerdo a la ley DOMA (definition of marriage act)

dictada por el ex presidente George Bush, en el orden federal no se reconocen los matrimonios homosexuales aunque hayan sido celebrados en estados de la unión. Sin embargo, el presidente Barack Obama ha anunciado que la ley DOMA va a desaparecer.

Manifestó que tanto los estados de Iowa y Vermont, a través de leyes, como Connecticut y Massachussets con resoluciones de la Corte Suprema de cada estado, consideran discriminatorio la existencia de distinción de sexo para el matrimonio.

5.- Transexualismo

Postuló que desde hace años, la ciencia ha avanzado en la consideración de las posibles causas biológicas que determinan el transexualismo, lo que descarta la tesis que ellas responderían exclusivamente a cuestiones psicológicas, la educación recibida, etc., como antes se suponía.

Explicó que la definición del sexo y la identidad de género como se lo llama en el ambiente científico, puede depender de la impregnación de hormonas masculinas y femeninas en el cerebro, muy posterior a momento en el cual se crean los órganos sexuales físicos internos y externos (singamia).

Señaló que por determinadas circunstancias aquel que tiene órganos sexuales masculinos y que no recibió impregnación de testosterona, llega a tener identidad de género de mujer, con lo cual, vive, piensa, sueña, ama, desea sexualmente como mujer.

Las publicaciones con referato, con altísimo control de calidad, dan cuenta de lo afirmado anteriormente.

Así, a modo de ejemplo destacó el caso de las ovejas lesbianas, filmadas en 1977 en la Universidad de Edimburgo donde se observan hembras masculinizadas por impregnación de testosterona en el período prenatal, que nacieron con los órganos sexuales femeninos, pero con la conducta del macho en el cortejo de las hembras, en sus actitudes para orinar, y en la riña.

Asimismo, señaló que en el 2000 se hizo una experiencia importante en Estados Unidos trabajando con 42 cadáveres de transexuales, donde se corroboró que en el hipotálamo hay un sector muy importante que se llama “estría terminalis” que tiene incidencia en el impulso erótico, en lo que llamamos identidad de género. En el hombre es dos veces más grande que en la mujer y tiene el doble de células. Se observó que la “estría terminalis” del transexual era como el de una mujer.

Sostuvo que también, en 1992, La Nación publicó un estudio realizado en 1987 en el que se comprobó que ciertas lesiones en el hipotálamo de grandes monos, determinó la pérdida del interés sexual por las hembras.

El drama del transexual, a quien se le negó a través del tiempo la posibilidad de adecuación del sexo y vivir como siente, es gravísimo. En 2005 fue publicada por Health and Social Work de Filadelfia, una encuesta realizada en 1997 a 182 transexuales, de los cuales un tercio de ellos dijo que alguna vez había intentado suicidarse.

Resaltó que en nuestro país, la ley 17.132 no permite el cambio de sexo sin una autorización judicial.

En Francia los transexuales operados eran reconocidos por los jueces de primera instancia pero la “Cour de Cassation”

revocaba sus sentencias, hasta que un transexual presentó una denuncia ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, y en mayo de 1992 sancionó a Francia con una multa de 150.000 francos por haber violado el derecho a la intimidad que protege el art. 8 de la Convención Europea, lo que llevó a la “Cour de Cassation” a que se reuniera en asamblea plenaria y siguiendo lo dictaminado por Corte Europea, reconoció el cambio de identidad.

Finalmente concluyó en que el mundo se dirige por este camino, el del respeto por la condición humana y Argentina también debe seguirlo.

Magistrados Participantes del Coloquio

ARGENTINA

PATRICIA E. CASTRO, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I.

GRACIELA ADRIANA VARELA, Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia exclusiva en cuestiones de Familia a cargo del Juzgado n° 87.

MARIA ISABEL BENAVENTE, Juez Nacional de primera instancia en lo Civil.

EMILIO VAZQUEZ VIERA, abogado, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Mendoza.

BOLIVIA

BEATRIZ ALCIRA SANDOVAL BASCOPE, Ministra en ejercicio de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia.

LUIS ENRIQUE VARGAS LEMAITRE, Secretario General de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia.

CHILE

MAURICIO OLAVE ASTORGA, Juez de Juicio Oral en lo Penal en el 4° Tribunal Oral de Santiago.

MARIELA JORQUERA TORRES, Juez Oral en lo Penal de Santiago.

LUIS FRANCISCO AVILES MELLADO, Juez de Garantía en la ciudad de Santiago.

COLOMBIA

PATRICIA JACQUELIN FERIA BELLO, Fiscal en comisión ante la vicefiscalía General de la Nación.

PATRICIA HERNANDEZ ZAMBRANO, Fiscal de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación con sede en Medellín (A).

ECUADOR

PABLO EFRAIN VINTIMILLA GONZALEZ, Presidente titular de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

PAULINA AGUIRRE SUAREZ, Ministra Primera Sala Laboral Niñez y Adolescencia; Corte Superior de Quito.

PARAGUAY

MARIA SOL ZUCCOLILLO DE VOUGA, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, cargo que actualmente ocupa.-

MARIA DEL CARMEN ZUCCOLILLO DE MONTERO, Agente Fiscal en lo Laboral.

VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital.

PERU

JOSEFA IZAGA PELLEGRIN, Juez Superior en la Corte Superior de Justicia de Lima.

ELVIRA MARIA ALVAREZ ALAZABAL, Jueza Superior de la Corte de Justicia de Lima.-

URUGUAY

MARIA CRISTINA CRESPO HARO, Magistrada fuero Civil de Montevideo.

ESTELA MARI JUBETTE PESCE, Juez Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 18° turno en Montevideo, Uruguay.

Disertantes

JAMES APPLE, Presidente de la Academia Judicial Internacional.

RENE BLATTMANN, Juez de la Corte Penal Internacional.

GUSTAVO ALBERTO BOSSERT, antiguo Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; Profesor Titular Consulto, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor Invitado de la Université Panthéon-Assas Paris II, desde 1993 hasta 2004.

ALBERTO FERNANDO GARAY, Abogado, Profesor de la Escuela de Derecho Universidad Torcuato Di Tella.

ROLANDO GIALDINO, Secretario Letrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

ELENA INES HIGHTON, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

MARÍA SUSANA NAJURIETA, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Buenos Aires.

MERCEDES SALADO PUERTO, Antropóloga e Integrante del Equipo Argentino de Antropología Forense.

LEIGH SWIGART, Directora de Programas de Justicia Internacional y Sociedad en el Centro Internacional de Ética, Justicia y Vida Pública de la Universidad de Brandeis.

MARIA ELSA UZAL, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la República Argentina.