



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y SOCIALES

MATERIAL DIDACTICO
DERECHOS HUMANOS Y CIUDADANÍA
CARRERA ABOGACÍA, PROCURADOR Y TUAJ

Advertencia importante

EL TEXTO QUE SIGUE CONTIENE ALGUNAS UNIDADES CON FRAGMENTOS DE UNA VASTA BIBLIOGRAFÍA LA CUAL SE HA COMPILADO Y EDITADO A SOLO EFECTO DE FACILITAR LA LABOR DIDÁCTICA Y EL ESTUDIO. SE RUEGA NO REPRODUCIR NI CITAR.



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj
Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

Documento de cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart

UNIDAD N° 1

LA FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS:

I.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A. Conceptualización de los Derechos fundamentales. B. Los derechos fundamentales como construcción histórica: 1. Contextos iniciales de la transición hacia la modernidad. 2. Ámbitos de la génesis histórica de los derechos fundamentales: análisis de los debates para limitar el poder absoluto: debate por la tolerancia religiosa, debate sobre los límites al poder político, debate sobre el debido proceso. 3. Procesos de evolución histórica de los derechos Humanos: Positivación. Generalización. Internacionalización. Especificación.

II.- LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: Antecedentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El nuevo orden jurídico internacional universal. La Carta de Naciones Unidas. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Los pactos internacionales. El orden jurídico internacional regional. Sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La presente unidad ha sido elaborada por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. Conceptualización de los Derechos fundamentales

Antes de analizar las circunstancias históricas de aparición de los derechos que encarna el ser humano, se debe precisar que, indistintamente se usa la terminología derechos fundamentales o derechos humanos o derechos subjetivos. En rigor, las expresiones remiten a momentos históricos distintos de consagración en diversos documentos. Así es que, por una parte, derechos fundamentales y derechos subjetivos se

ubican en el reconocimiento de los derechos por parte de los Estados Nación y, por otra parte, la expresión derechos humanos nace en un momento posterior de consagración de los derechos en documentos internacionales fruto del conceso de la comunidad internacional.

Los derechos en cualquiera de sus usos lingüísticos (humanos, fundamentales, subjetivos) refieren a “dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad”. Tal es así, que el Derecho como sistema jurídico los recepta, reconociendo facultades y titularidades a los individuos, siendo de vital importancia no solo para los mismos sino también para el Estado y la sociedad. De modo que tales derechos son jurídicos, en la medida que se hayan contenidos en normas jurídicas.

B. Los derechos fundamentales como construcción histórica.

La historia de los derechos humanos coincide con luchas por la emancipación, la igualdad y la autonomía. Esta historia es también la de las luchas contra las diversas formas de opresión, desigualdad y jerarquías. Muchas se desarrollaron contra el avance de las autoridades y sus abusos de poder sobre quienes se hallaban bajo su dominación, mientras que otras se desplegaron con el objetivo de lograr avances y conquistas en la calidad y condiciones de vida de las personas.

Como se comentó, se usa la expresión derechos fundamentales para distinguir su orden de aparición y consagración en documentos de Estados como derecho positivo. Este proceso de construcción histórico-social de los derechos es dinámico y progresivo y su reconocimiento por parte de los Estados es producto de luchas por la conquista de los derechos.

Siguiendo a Gregorio Peces-Barba Martínez (1993), la aparición de los derechos fundamentales se ubica a partir del tránsito a la modernidad. Cabe aclarar que el período de tiempo al que se alude es en los siglos XVI y XVII, a pesar de que el autor explica que los orígenes de la modernidad se remontan al siglo anterior (p. 326, 227). Para comprender el surgimiento de estos derechos, el autor propone tres puntos de vista históricos. 1. En primer lugar, se debe analizar el contexto social, político, cultural y económico de la época. 2. En segundo lugar, es necesario abordar los ámbitos de su génesis histórica, teniendo en cuenta tres debates que luego serán analizados. 3. El tercer punto de vista histórico hace referencia a los rasgos generales de su evolución desde que se incorporan al Derecho positivo hasta la actualidad.

1. Contextos iniciales de la transición hacia la modernidad

El paso del mundo medieval al mundo moderno se da en la dimensión económica con la aparición de un sistema económico particular, que luego evolucionará al capitalismo.

En la dimensión social aparece la burguesía como clase protagonista. Los hombres abandonarán las cofradías y gremios propias de una época anterior, y se relacionarán en sociedad con otros hombres individualmente, buscando conquistar el mercado teniendo como premisa la competencia económica. Para ello, impulsarán el reconocimiento de ciertos derechos individuales que permitan la realización de ese objetivo. La libertad de comercio y de industria se encuentran entre ellos.

En la dimensión política aquellas dispersiones de estructuras de poder propias de la época feudal son derribadas por la figura del Estado como poder único, central y burocrático. Se destaca la existencia de un ejército único para un Estado y su centralidad extractiva, que, combinada con la producción normativa, serán las características salientes del Estado, en principio absoluto.

En la dimensión cultural, aparecen las ideas humanistas que hacen foco en el individuo, exaltando su racionalidad. Estas ideas influenciarán al hombre burgués, siendo la base ideológica de sus demandas. Asimismo, el humanismo implicará la visión de una sociedad laica separada de la iglesia.

Peces- Barba Martínez (1993) hace hincapié en que la burguesía se amparará en ese Estado Absoluto como garantía de sus derechos, que propician su autonomía y el fortalecimiento del sistema económico. Sin embargo, una vez conquistado el mercado, será esa clase la que impulsará el reclamo de participación en el poder político, apoyados en la idea del contrato social y derechos naturales que son anteriores a la creación de cualquier Estado. Ello hará sucumbir al Estado Absoluto dando surgimiento al Estado Liberal o Estado de Derecho.

2. Ámbitos de la génesis histórica de los derechos fundamentales: análisis de los debates para limitar el poder absoluto

Las preocupaciones para limitar el poder absoluto se centraron en tres discusiones que dieron paso a los primeros derechos fundamentales plasmados en documentos. El debate por la tolerancia religiosa, el debate a los límites del poder político, y el debate del debido proceso. (Peces Barba Martínez, 1993).

- **Debate por la tolerancia religiosa:**

En el estado absoluto existía el principio de unidad religiosa por el cual cada súbdito debía seguir la religión de su monarca, quedando este último habilitado a utilizar la fuerza para el restablecimiento de dicha unidad. Las guerras religiosas llevadas a cabo en pos de ese objetivo, importaron perjuicios no solo respecto a la pérdida de vidas sino también a la posibilidad de comerciar. Así, comienza a aparecer la idea de la tolerancia religiosa que insiste en que cada individuo tenía libertad de conciencia, esto es, el derecho de seguir la religión que profesara, sin intervención del poder estatal. Ello significó la separación institucional entre Estado e Iglesia, como así también entre Derecho y Moral. En ese sentido, el poder se limita en materia religiosa al no poder perseguir la unidad. La libertad de conciencia propiciará el derecho o libertad religiosa, dando lugar más tarde a lo que se llamará derecho o libertad de expresión.

• **Debate sobre los límites al poder político**

La burguesía una vez conquistado el poder económico, reclamará para sí compartir el poder político lo que implicará la derrota del Estado absoluto. La discusión se centró en tres cuestiones: la justificación del poder, su organización y la relación que debe existir entre el poder con los ciudadanos.

Desde la justificación del poder la burguesía siguiendo las ideas contractualistas, pregona que el poder del monarca no viene de Dios sino de los súbditos, y que en caso de abusos el poder se puede retraer al pueblo, lo que se traduce en el derecho de rebelión. Este debate dará lugar a los derechos políticos de participación y principio de las mayorías.

Por otra parte, se debatirá sobre la organización del poder. A los fines de organizarlo, se propugna la necesidad de dividirlo, contraponiendo pesos y contrapesos como forma de equilibrarlo y limitarlo. El parlamento será la institución que encarnará este mecanismo. Las ideas que emanan de este debate y del anterior darán origen a los derechos de participación política y derecho del sufragio.

Por último, la relación del poder con los ciudadanos sienta las bases para el reconocimiento de derechos naturales individuales, que son previos a la existencia de la organización estatal y que esta debe respetar. Este debate dará lugar al reconocimiento de derechos llamados derechos libertad, es decir, aquellos que para su disfrute precisan de la no interferencia del Estado.

• **Debate sobre el debido proceso**

Las discusiones se centrarán en torno a la necesidad de independizar los tribunales respecto al poder absoluto. Asimismo, buscará la implementación de procesos judiciales

con garantías, esto es, la posibilidad que tiene el acusado de ser oído, a la presentación de pruebas, a las detenciones revestidas de cláusulas legales, etc. También aparece la impugación de la tortura como medio para obtener confesiones y como castigo.

Todo, lo relatado dará lugar al paso del Estado absoluto al Estado liberal con la consagración de derechos en documentos durante los siglos que ya se han mencionado.

3. Procesos de evolución histórica de los derechos Humanos.

Antes de comenzar con el análisis propuesto, es preciso recordar que el presente apartado hace referencia al tercer punto de vista histórico planteado por Peces-Barba Martínez, que alude a los rasgos generales de su evolución desde que se incorporan al Derecho positivo.

La evolución histórica de los derechos humanos implica distinguir diversos momentos identificados como procesos, cada movimiento asume características particulares, atendiendo a las luchas, demandas y derechos conquistados, ellos son: la positivación, generalización, internacionalización, y especificación.

a. El proceso de positivación será aquel movimiento que, iniciado en Inglaterra en el siglo XVII, en Francia y Norteamérica en el siglo XVIII implicará la necesidad de que los derechos sean plasmados en documentos escritos para su efectividad. En efecto, mientras que los derechos no sean incorporados al sistema jurídico estatal permanecen en un ámbito del derecho natural donde su goce y disfrute es inseguro. Es a partir de las ideas pactistas que se hace imperativo un sistema jurídico que recepte derechos reforzado por la fuerza física irresistible del poder.

b. El proceso de generalización de los derechos surge con los movimientos de trabajadores de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que, tomando conciencia de las limitaciones en cuando al goce de derechos, demandarán principalmente los derechos de sufragio y participación, como así también el derecho de asociarse libremente lo que a su vez generará los derechos económicos sociales y culturales. Todo ello explicará el paso del Estado liberal al Estado social de derecho.

c. El proceso de internacionalización se ubica en la segunda mitad del siglo XX, terminada la segunda guerra mundial. La comunidad internacional toma conciencia de que los Estados encargados de respetar los derechos son al mismo tiempo quienes los violan, por lo tanto, es necesario la defensa del individuo en un orden supra nacional.

d. El proceso de especificación – terminología aportada por Bobbio- se producirá en la segunda mitad del siglo XX. Se constata que los derechos contenidos en tratados y

declaraciones internacionales de carácter general, cuyo titular es un sujeto general y abstracto, no evidencian las desigualdades de grupos en situación de vulnerabilidad, que no pueden acceder a los derechos. Se llevará adelante un proceso de producción de instrumentos que reafirman derechos teniendo en cuenta las características específicas de cada grupo que los titularizan. Algunos ejemplos de dichos instrumentos son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1981, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1992 (Convención de Belém do Pará) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2008.

La positivación de los derechos fundamentales

Por positivación se entiende a la recepción de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos de los Estados, tornándolos eficaces por cuanto si son reconocidos pueden ser exigidos.

Este proceso es una verdadera técnica de limitación del Estado, estableciendo una barrera a los avances del poder sobre los individuos y que se inicia en Inglaterra en el siglo XVII.

Siguiendo a Jorge Benavides Ordoñez (2012, p. 37), el parlamento inglés apeló al viejo derecho inglés, para fundamentar sus demandas. Esto es, tomo mano de la carta magna de 1215 (siglo XIII), que concedía privilegios a la nobleza. Esta Carta suscripta por el rey Juan sin Tierra, los clérigos y la nobleza, establecía el principio del juicio previo, por la que ningún individuo libre podía ser arrestado, encarcelado o desposeído de sus bienes sin mediar aquel.

Más tarde en 1628 tiene origen la Petition of Right (Petición de Derechos), ésta básicamente confirmaba derechos que existían en el viejo derechos inglés- es decir la carta de 1215-, a través de ella el parlamento le prohibía al rey establecer impuestos sin aprobación del Parlamento, como así también se establecían el principio de juicio previo ya enunciado en la Carta Magna de 1215.

Posteriormente, en 1679 se sanciona el Habeas Corpus Act. Mediante este se protegía la libertad de movilización de los ciudadanos ingleses, básicamente el funcionario que la recibía (sheriff) debía, en un plazo acotado, expresar los motivos de la detención y poner al detenido a disposición del juez o tribunal que daba la orden.

Seguidamente, en 1688 aparece el Bill of Rights (Declaración de Derechos), instrumento sancionado por el Parlamento que declaraba los derechos y libertades de los ingleses. Este documento representa la supremacía del parlamento sobre el derecho divino de los reyes. Básicamente se concentra en la supresión del poder real de dispensar o suspender las leyes; la abolición de la prerrogativa real de crear impuestos, que sólo se podían establecer, a partir de entonces, a través del Parlamento; el establecimiento del derecho de petición y la libertad de elección de los miembros del Parlamento; el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, la libertad de discusión y discurso en el Parlamento. Como se podrá observar hace foco en el parlamento antes que en los ciudadanos.

En el siglo XVIII se llevan a cabo dos revoluciones que, a diferencia de Inglaterra, supusieron la construcción del Estado Liberal a partir de la destrucción del colonialismo inglés en el caso de Norteamérica y de la monarquía en el caso de Francia. En ambos casos se culmina con la aprobación de constituciones escritas.

En Norteamérica, los colonos ingleses se separan de la corona inglesa, en virtud de la fijación de impuestos por el parlamento inglés, aduciendo que no tenían representación física en él. Por ello los colonos consideraban ilegítimo dichos tributos (al timbre y al té). Por ello reivindican para sí su derecho de autogobernarse.

En 1776 se realizan dos declaraciones claves. La declaración de Virginia declara que los derechos y libertades le pertenecen al pueblo (no al parlamento), poniendo el acento en la soberanía del pueblo. El 4 de julio del mismo año se aprueba la Declaración de la Independencia por la que se da a conocer al mundo la decisión de separarse definitivamente de Inglaterra. Siguiendo al autor, este documento se apoya en tres pilares básicos: representación parlamentaria, los derechos naturales de los ciudadanos y las posiciones pactistas. El primero refiere a la necesidad de un gobierno legítimo, esto es los gobernantes son representantes del pueblo y que derivan sus poderes del consentimiento de los gobernados. El segundo refiere a la idea de derechos preexistentes a toda organización y que les corresponden a los hombres por el solo hecho de tal. El documento expresa que son inalienables, esto es, que el titular no puede, ni aun queriéndolo, abdicar de ellos. No puede venderlos ni renunciarlos, teniendo la facultad de ejercerlos y reclamarlos. El tercero hace alusión al origen político de la sociedad, que puede ser roto cuando se cometen arbitrariedades por parte del poder en contra de los derechos individuales, *“el pueblo tiene el derecho de reformarla o de abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios”*.

Casi simultáneamente, se desarrollaba en Francia uno de los episodios más influyentes en la historia, la revolución francesa. En ese proceso la Asamblea redacta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Así, la Revolución Francesa legislaba para Francia, pero hablaba para toda la Humanidad. La Declaración deja sentado que al hombre pertenecen un conjunto de derechos que son naturales inalienables e imprescriptibles y que son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, que es la ley la garantía de su resguardo, estableciendo que lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido y que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda; que la ley es la expresión de la voluntad general, que ninguna persona puede ser acusada, detenida o encarcelada sino en los casos determinados por la ley, promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada; establece la libertad religiosa y la libertad de opinión y de publicación de ideas; y el derecho de la sociedad a pedir cuentas a todo agente público de su administración, proclamando además la regla de la división de poderes.

Hay que marcar diferencias entre lo ocurrido en Inglaterra, Norteamérica, y Francia. La construcción inglesa es de carácter historicista, en el sentido que se apeló al viejo derecho inglés, es decir su fundamento fue que los ingleses gozaban de derechos ya consagrados en épocas anteriores (1215). El proceso de norteamericano es marcadamente político, mientras que el francés implicó una transformación profunda, no sólo política, sino también económica y social al conmovier todo el orden preexistente. La Revolución Francesa fue además una revolución de masas y no sólo de las clases dirigentes, aunque después sus aspiraciones se vieron derrotadas.

Todas tienen en común que lo que se intentaba proteger eran los derechos individuales frente al Estado, derechos civiles y políticos que implicaban obligaciones negativas del Estado, esto es no inmiscuirse en los asuntos privados, dejando una esfera de libertad a los particulares. Por supuesto que la generalización de derechos políticos se produjo mucho tiempo después, pues solo se reconocía a los hombres de clases propietarias.

La generalización de los derechos fundamentales

Durante la segunda mitad del siglo XIX y primera del siglo XX se intensificaron las demandas de las clases trabajadoras tendientes a obtener la igualdad enunciada. El proceso de generalización pretende superar ese desajuste entre unas declaraciones de igualdad de todos y una realidad que lo negaba. Respecto a los derechos políticos, se

produjo una evolución hacia el sufragio universal y el reconocimiento del derecho a la participación de la clase trabajadora quienes podía ser representantes.

También se buscó la igualdad real de oportunidades en el terreno económico y social, no solo la igualdad formal frente a la ley. Ello implicó la existencia de derechos que requieren del Estado un hacer para la tutela de sectores sociales postergados. Aparecieron así los llamados “derechos sociales económicos y culturales” y el reconocimiento del papel fundamental de los sindicatos y otras organizaciones sociales.

La primera guerra mundial significó hacia el final de esta, el cambio de perspectivas y valores. En ese marco se produjeron procesos revolucionarios y movilizaciones sociales que desembocaron en la sanción de nuevas Constituciones. Ello ocurrió primeramente en tres países: México, Alemania y Rusia. En México, luego de la revolución campesina liderada por Emiliano Zapata y Pancho Villa, entre otros dirigentes, se promulga en 1917 una Constitución de tinte popular y nacionalista que estipulaba, entre otras cosas, el derecho a la educación (art. 3), los derechos de los trabajadores (art. 5), el derecho de acceso a la propiedad (art.27), la prohibición de toda forma de monopolio, acaparamiento o concentración de artículos de consumo necesario (art.28) y la previsión social (art.123), además de proceder a nacionalizar recursos económicos.

En Rusia, el instrumento que cristalizó la revolución socialista fue la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918. En ella se abolió la propiedad privada de los medios de producción (art.3), se propuso como objetivo arrancar a la humanidad de las garras del capital financiero y del imperialismo (art. 4); se condenó la política bárbara de la civilización burguesa (art.5); y se proclamó la concentración del poder en las masas trabajadoras (art.7).

La caída del Imperio alemán produjo la fundación de la República de Weimar. En 1919 esta República sancionó su Constitución, consagrando derechos sociales, la protección de la familia, normas sobre educación y enseñanza y regulaciones sobre la vida económica. (Wlasic, 2011, p. 96)

Cabe dar cuenta de la introducción en las constituciones de los Derechos Económicos Sociales y culturales que dio paso de un constitucionalismo clásico al constitucionalismo social y así del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho.

II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proceso de internalización se consolidará al final de la segunda guerra mundial, en el año 1945 una vez creadas a nivel global la Organización de Naciones Unidas (ONU)

como asimismo organizaciones regionales, que en el ámbito americano será la Organización de Estados Americanos (OEA). Así se establecieron las bases de una nueva manera de abordar las relaciones entre los Estados dando nacimiento a un nuevo orden jurídico internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, hasta entonces cada Estado creaba normas y reconocía derechos hacia el interior de sus territorios, teniendo el deber de garantizarlos, pero al mismo tiempo podía llegar a violarlos, quedando los ciudadanos desprotegidos ante los atropellos estatales. Del mismo modo era una decisión estatal reconocer o no tales derechos. Entonces, el trato que los Estados dispensaban a sus ciudadanos era una cuestión interna.

En la segunda guerra mundial, en virtud de la constatación de que múltiples sectores de la población quedaban a la merced de decisiones arbitrarias de los Estados, se plantea la necesidad de que la persona individualmente debía ser considerada por la comunidad internacional, independientemente del Estado al que perteneciera.

Hasta la finalización de la segunda guerra mundial, en el Derecho Internacional clásico, es decir, el Derecho Internacional anterior a 1945, se concebía como aquel ordenamiento jurídico que regulaba exclusivamente las relaciones entre los Estados; sólo los Estados eran sujetos de Derecho Internacional y, por lo tanto, sólo ellos eran susceptibles de facultades y obligaciones en la esfera internacional.

Antecedentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Los antecedentes de formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDDHH), pueden encontrarse en varios documentos y compromisos. Fundamentalmente el Derecho Internacional (a secas) es un Derecho de Estados, de modo que en los compromisos internacionales se reconoce a estos como entes y no a sus ciudadanos por sí.

El derecho internacional clásico, ya antes del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos, poseía figuras que protegían algunos grupos de personas en ciertas situaciones. Siguiendo a Mónica Pinto (1998), se reconocen como antecedentes:

1.- Extranjeros: A los extranjeros se les reconocía un estándar mínimo de derechos, pero ello no obedecía al reconocimiento de los extranjeros como sujetos sino en el respeto que cada Estado se debe. Por lo tanto, la responsabilidad internacional de los Estados por el trato deparado a los extranjeros en el territorio de otro Estado, resultaba de la violación de normas que imponen el respeto entre Estados. Se trataba entonces de un derecho de

Estados, del que el individuo era parte, pero sin reconocerlo como persona en el ámbito supraestatal.

2.- Esclavos: Algunos tratados del siglo XIX y principios del XX, concertados entre Estados se encaminaban a impedir la esclavitud y el tráfico y comercio de esclavos. Las normas intentaban impedir el trato de estos como objetos, lo que no significaba reconocerlos como sujetos de derecho internacional.

3.- Víctimas de conflictos armados: Las convenciones de Ginebra de 1864 y 1929, dieron lugar a lo que se llamó Derechos Internacional Humanitario, esto es, aquellas reglas que se aplican a las víctimas de conflictos armados, en rigor a los combatientes enemigos heridos, tomados prisioneros o rendidos. Sin embargo, el soldado regular es un órgano del Estado en combate, por lo tanto, a quien se protege en las convenciones es al Estado y no al combatiente como sujeto de derecho.

4.- Trabajadores: En 1906 aparecen dos tratados internacionales, la Convención Internacional sobre la Prohibición del Trabajo Nocturno de las Mujeres en Empleos Industriales y la Convención Internacional sobre la Prohibición del Uso de Fósforo (amarillo) en la Fabricación de Cerillas. Estos documentos serán una incipiente preocupación de los Estados por los derechos sociales. Del mismo modo tiempo después finalizada la primera guerra mundial se crea la OIT (organización internacional del trabajo) que hasta hoy desempeña un papel fundamental en la protección de los derechos de los trabajadores, promoviendo la justicia social, la dignidad, la igualdad entre hombres y mujeres, y ocupándose de temas como la explotación laboral infantil y la protección de los pueblos indígenas.

5.- Minorías de la primera guerra: Luego de la primera guerra mundial se constituyó la Sociedad de Naciones. El pacto nacido en el seno de ésta no menciona explícitamente a los derechos humanos, sin embargo, contiene cláusulas que sirvieron de fundamento a estos. El art. 22 establece el sistema de mandatos, esto es, la administración de un estado vencedor a uno vencido, imponiendo prohibiciones al mandatario tales como garantizar la libertad de conciencia y de religión o la prohibición de la trata de esclavos, trato equitativo en condiciones de trabajo para los lugareños y para las poblaciones indígenas. Este régimen jurídico de protección de las minorías, reconocía derechos que tenían que ver con la conservación de su lengua, religión, sistema escolar, etc.

Concluyendo el Derecho Internacional avanzó en la protección de grupos que por diversas razones se encontraban en situación de inferioridad o riesgo, sin que ello implique el reconocimiento de la personalidad internacional del individuo pero que

influyeron en la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No implicaba una protección generalizada sino de derechos de determinadas categorías de personas. La protección general se producirá finalizada la segunda guerra mundial, con la aprobación de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos.

El nuevo orden jurídico internacional universal.

Los horrores que dejó la segunda gran guerra, la violación sistémica y masiva de los derechos fue la fuerza influyente para que se creara un orden jurídico internacional y la consagración de los derechos humanos. En rigor es a partir de este momento pueden llamarse así: derechos humanos.

Reunidos en San Francisco los países comenzaron sus rondas de discusiones. Existían dos propuestas principales introducir un catálogo de derechos en el primer documento (Carta de Naciones Unidas) que le daba existencia a la Organización de Naciones Unidas (propuesta latinoamericana), o documentar los derechos en un momento posterior. La posición triunfante fue la de las potencias China, EEUU, Unión Soviética, Gran Bretaña. La oposición de estas estuvo dada por problemas internos que experimentaban estos países en cuanto al reconocimiento de los derechos. Ello y la sensación de que era imperioso la existencia efectiva y rápida de una organización internacional es el motivo por el cual la Carta no contiene un listado de derechos, sin embargo, sí hay referencia a los Derechos Humanos.

La Carta de Naciones Unidas

Antes de entrar al análisis de los documentos internacionales hay que hacer una distinción entre tratado internacional y declaración internacional. Los tratados son documentos, acuerdos de voluntades que obligan a los Estados firmantes. Respecto a la declaración se ha sostenido que constituyen expresión de buena voluntad, y que es no vinculante por tanto no obliga a los Estados, ello es así solo en principio, como analizaremos después.

La Carta de Naciones Unidas de 1945 es un tratado y es el punto de partida para los demás documentos, da nacimiento a la Organización de Naciones Unidas con lo cual el concierto de Estados se transforma en comunidad internacional, institucionalizándose. En este documento hay tres ideas fundamentales: el mantenimiento de la paz, la seguridad internacional y el respeto por los derechos humanos. El artículo 1.3 de la Carta señala como propósito de la Organización “*realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades*

fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Cabe hacer notar que la cláusula consagra como principio básico el de no discriminación. Se sostiene con Mónica Pinto (1998) que el derecho de no discriminación es el único enunciado explícitamente por la Carta.

De los art. 55 y 56 de la carta se desprenden dos obligados respecto a los DDHH. EL art 55 sostiene: *“con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá para los Estados miembros: c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.* Este artículo contiene la obligación primigenia de la Organización: la promoción del respeto por los derechos humanos y la efectividad de los mismos. A su vez el art 56 establece: *“todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.* Se refiere a la obligación de los Estados para la realización de los derechos humanos.

La declaración universal de Derechos Humanos

Ya constituida la ONU se propuso la elaboración de un documento que contuviese los derechos. Ahora bien, las discusiones estuvieron centradas en si debía ser una declaración o un tratado con fuerza obligatoria, primando la postura de que debía ser una declaración, documento político dejando para más adelante la creación de un tratado. El obstáculo estaba dado por el conflicto ideológico occidente-este. Finalmente, la Declaración de Derechos Humanos fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 significando un consenso entre las distintas posturas.

La declaración contiene derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales. Así se encuentra en ella derechos civiles tales como derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, libertad de circulación y de residencia, derecho de asilo, derecho a tener una nacionalidad, etc; los derechos políticos, como derecho a la libertad de pensamiento, libertad de opinión y de expresión, libertad de reunión y asociación pacíficas, derecho a la participación política; los derechos económicos, sociales y culturales, como derecho de toda persona a la seguridad social, el derecho al trabajo y a

un salario equitativo y el derecho a sindicarse libremente, derecho a un nivel de vida adecuado entre otros.

Ahora bien, es claro que la Declaración en principio no obliga a los Estados. La Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como una resolución y por lo tanto es una recomendación que no tiene fuerza de ley. Sin embargo, años posteriores sufrió una transformación en cuanto a su valor jurídico convirtiéndose en vinculante. Ello obedeció al proceso de lo que constituyen normas consuetudinarias o costumbre internacional, en la que los Estados fueron utilizando la Declaración con frecuencia, invocándola y modificando su derecho interno en consonancia con ella. Del mismo modo la referencia constante a ella de los órganos de la Organización, incluso el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya. También la doctrina ha encontrado su fuerza en que la declaración remite necesariamente a la Carta de Naciones Unidas, siendo su complemento.

Los pactos internacionales

Durante la guerra fría los Estados occidentales lograron, imponer su posición para crear dos Pactos diferentes con diferentes obligaciones para los Estados.

El punto de vista occidental solo los derechos civiles y políticos, eran derechos humanos que podían ser garantizados inmediatamente en última instancia a través de un proceso judicial. En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales, no poseían esa naturaleza. Por su parte los Estados del Este hacían foco en los DESC. Estos conflictos ideológicos retrasaron la adopción de los Pactos que se produjo por separado en el año 1966, entrando en vigor 1976.

Según el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), los Estados tienen la obligación de *“respetar y asegurar a todas las personas dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación de ningún tipo”*. Esta obligación difiere de las disposiciones correspondientes en el PIDESC.

La obligación de respetar que establece el artículo 2 del PIDCP refiere a la obligación negativa del Estado respecto de los derechos civiles y políticos, esto es, existe un deber de abstención para el ejercicio de los derechos por parte de los individuos, sin poder restringirlos o limitarlos.

La obligación de asegurar implica el deber de garantizar los derechos, esto es, adoptar medidas legislativas, establecimiento de estructuras judiciales o administrativas para prevenir, investigar y sancionar la violación de los derechos humanos. Por ejemplo, el derecho a un juicio justo en casos penales o demandas civiles requiere de los Estados

el establecimiento de un número suficiente de jueces y tribunales y la regulación de sus procedimientos con garantías. La obligación de asegurar implica una obligación básica de proteger a las personas contra ciertas interferencias con sus derechos civiles y políticos, provenientes de otras personas a título privado, grupos o entidades.

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) la mayor dificultad se encuentra en interpretar la naturaleza de las obligaciones estatales para la realización de los mismos.

El art. 2.1 del PIDESC expresa: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*.

El debate se ha centrado respecto a la progresividad y a la condición de disposición de recursos económicos.

Se debe advertir que para la visión clásica la obligación del Estado en este tipo de derechos es de naturaleza positiva, esto es, requiere un hacer por parte del Estado y no una simple abstención. Por lo tanto, para esta visión son realizables progresivamente en el tiempo dependiendo de los recursos disponibles. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha indicado que, si bien la realización es progresiva, ello debe interpretarse teniendo en cuenta que los Estados sí tienen la obligación de mantener unos mínimos en el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto en favor de aquellos grupos que son considerados vulnerables en el disfrute de los mismos. Así, por ejemplo, en los casos de los niños, las personas mayores, los grupos indígenas y las mujeres. Del mismo modo, existe un estándar mínimo que los Estados deben cumplir referido a alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza.

También se ha dicho que los Estados deben priorizar los Derechos Económicos Sociales y culturales frente a los gastos que deben efectuar.

Respecto a “los recursos disponibles” la cláusula del pacto habilita acudir al ámbito internacional. Es así que en el caso de que efectivamente un Estado demuestre que carece de recursos internos suficientes para atender los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el PIDESC, como su primera prioridad, entonces deberá acudir a la cooperación internacional para obtener los recursos necesarios.

El orden jurídico internacional regional

En abril de 1948, se constituye la Organización de los Estados Americanos (OEA), e inmediatamente aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Al igual que en el caso de la Declaración Universal, se trataba en principio de un instrumento no vinculante pero como en la mayoría de las constituciones de los países americanos existían apartados referidos a los derechos, puede decirse que dicha declaración resulta obligatoria en atención a su fuente, los principios generales del derecho. Por otra parte en transcurso del tiempo y la práctica reiterada, hacen de este instrumento una norma consuetudinaria internacional.

De igual modo que la Declaración Universal, la americana establece derechos civiles y políticos y económicos sociales y culturales.

En 1969 se produce otro hito en la historia del sistema de protección interamericano al aprobarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la que entro en vigor en 1979. Cabe agregar que los Estados que no son parte de la Convención se aplica la Declaración.

Sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A partir del proceso de internacionalización los derechos pasaron a denominarse derechos humanos. Esta etapa inaugura un nuevo sujeto en el ámbito internacional hasta entonces ocupado por los Estados, es así que el titular de los derechos humanos en dicho ámbito es el individuo, pudiendo en última instancia, recurrir a los sistemas jurídicos supranacionales para obtener la reparación de sus derechos violados y no garantizados por el Estado. El sujeto activo es el individuo como persona humana, sin distinción de sexo, raza, religión, nacionalidad, edad, etc., el sujeto pasivo es el Estado, por tanto, este responde internacionalmente.

Siguiendo a Mónica Pinto (1998) el Estado responde internacionalmente por:

1. “Toda acción u omisión de autoridad pública u órgano atribuible al Estado, según las reglas del derecho internacional, que importe menoscabo a los derechos humanos”.
- 2.- “El Estado resulta también responsable por los actos u omisiones de personas o agentes que obran en o por autoridad del Gobierno o con su aquiescencia”.
- 3.- “La práctica internacional señala asimismo la responsabilidad del Estado por actos de grupos aparentemente civiles, cuya acción no fue reconocida por los respectivos

gobiernos, cuando los elementos de convicción de que se dispuso condujeron a la conclusión de que resultaba acreditado el vínculo de dependencia con las autoridades o que tales grupos actuaban con la tolerancia estatal”.

4.- “Sin perjuicio de lo expuesto, cabe también atribuir responsabilidad internacional al Estado por hechos ilícitos violatorios de los derechos humanos que inicialmente no resulten directamente imputables a él, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por el derecho. En general, caben en esta hipótesis los casos en los cuales la decisión judicial no reconoce el derecho que se alega violado o lo reconoce en menor medida que las normas internacionales que vinculan al Estado”. (p. 10-13).

Bibliografía:

- Benavides Ordoñez, J. (2012). Los derechos humanos como norma y decisión: una lectura desde la filosofía política. *Crítica y Derecho*, 6: Quito
- Peces- Barba Martínez, G. (1993). *Derechos y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid
- Pinto, M. (1998). *Temas de Derechos Humanos*. Del Puerto SRL: Buenos Aires.
- Wlasic, J.C. (2006). *Manual Crítico de Derechos Humanos*. La Ley: Buenos Aires.



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj

Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

Documento de cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart

UNIDAD N° 2

LA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA, DE LOS DERECHOS HUMANOS.

I.- LOS DEBATES FILOSÓFICOS JURÍDICOS: 1. El debate Iusnaturalismo - Positivismo Jurídico: El problema de la ley injusta. 2. Los postulados de Norberto Bobbio: a) Los derechos humanos como derechos históricos y consensuales. b) El reconocimiento como indicador del progreso histórico de la humanidad. c) Interrelación entre los derechos humanos, la democracia y la paz. d) Carácter problemático y contradictorio de los DDHH

II.- EL DEBATE IDEOLÓGICO ACTUAL: 1. Liberalismo. 2. Comunitarismo. 3. Republicanismo.

III.- LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DDHH: 1. Concepto de DDHH. 2. Características: Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia. 3. Principios de los DDHH: Efectividad, Progresividad, Pro Homine. 4. La teoría de las generaciones de derechos. 5. Clasificación de los Derechos Humanos.

El apartado I.1 de la presente unidad ha sido elaborado por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

I.- LOS DEBATES FILOSÓFICOS JURÍDICOS:

Introducción

Al introducirnos en los estudios de los Derechos Humanos necesariamente se deben abordar las diversas corrientes filosóficas que explican que son los derechos humanos, cuál es su contenido, su extensión y su nivel de exigencia. Cada uno de los paradigmas filosóficos se apoya en axiomas o modos de pensar que justifican la prioridad en la protección de ciertos derechos. Muchas veces estas corrientes se excluyen entre sí, otras veces se complementan. En esta primera parte se analizará el iusnaturalismo, el positivismo, para luego abordar el pensamiento de Bobbio.

En definitiva, se trata de preguntarnos cuál es el soporte de los derechos humanos: ¿norma, valores o hechos? El positivismo hace hincapié en las formalidades extrínsecas de la norma, el iusnaturalismo busca la validez intrínseca del derecho, a su vez Bobbio indagará sobre la eficacia del derecho, esto es la preocupación por su cumplimiento.

1. El debate iusnaturalismo positivismo jurídico.

a.- Iusnaturalismo:

Los derechos fundamentales surgieron en el siglo XVIII como expresión del iusnaturalismo en su vertiente racionalista, ligada a la reflexión del estado de naturaleza y el derecho natural y a la visión individualista de las personas que sirvieron de justificación de los primeros documentos surgidos en los modelos inglés, norteamericano y francés, oponiéndose a los poderes del Estado absoluto y dando nacimiento al Estado liberal.

En términos generales la corriente iusnaturalista se caracteriza por sostener que más allá del derecho positivo existe una instancia moral sostenida por principios conocibles por la razón humana que dotan de validez al derecho positivo. Es decir, el derecho positivo reconoce derechos que ya existen en el orden supranacional extraídos de la propia naturaleza humana. “Dichos derechos naturales son supra-positivos y por ende los Derechos Humanos existen y los posee el sujeto con independencia de su reconocimiento o no por el derecho positivo. El gobierno civil no los otorga, sino que le incumbe reconocerlos y sancionarlos” (Wlasic, 2006, p.2)

De acuerdo a esta concepción el Estado solo tiene que reconocer aquello que ya existe en el orden natural y si aún no se contara con una norma positiva que reconozca derechos, ellos tienen existencia de por sí, pues el ordenamiento natural es superior y del cual debe inferirse el contenido de las normas concretas que deben regir la sociedad. A su vez este orden natural posee un ideal de justicia y que por tanto la ley escrita para ser válida debe coincidir con el derecho natural.

En ese orden de ideas, los derechos humanos encuentran su fundamentación por ser referencia obligada a los principios universales del orden natural. En virtud de ello, son previos a la constitución de cualquier sociedad.

En su génesis las ideas iusnaturalistas se constituyeron en una herramienta ideológica afirmadas por la burguesía para oponerse a la monarquía absoluta y sus arbitrariedades, se trataba de los principios defendidos por dicha clase como la propiedad y la libertad de comerciar, la libertad de conciencia entre otros. Posteriormente, dictadas las leyes y consolidados los sistemas jurídicos la corriente teórica preponderante paso a ser el positivismo jurídico.

b. Positivismo Jurídico.

Consolidados los sistemas jurídicos de los Estados, aparecen teorías que niegan la tesis de la existencia de derechos naturales, entre ellas el positivismo jurídico que hizo del ataque a las ideas iusnaturalistas su objetivo preponderante.

Para esta corriente el Derecho es el “Derecho de Estado”, es decir el establecido por las autoridades competentes según sus reglas de creación de normas; para nada constituido por un orden meta jurídico como profesan los iusnaturalistas.

En ese sentido los únicos derechos fundamentales serán los contenidos por normas del Estado. Ello tiene para el positivismo ventajas, por cuanto el derecho positivo es coactivo en el sentido de que el cumplimiento de sus normas es reforzado por la amenaza del uso de la fuerza legítima, y allí radica la diferencia con la moral que no cuenta con esa posibilidad. Wlasic (2006) sostiene que “el hecho observable lo constituye la ley y que dicha observación es relativa a nuestra organización y nuestra situación, con lo cual el fundamento del derecho [y de los derechos humanos] está en la ley misma, en un tiempo y un espacio determinado, único medio a través del cual los derechos pueden ser producidos o consagrados” (p. 6). Ello no quiere decir que la corriente positivista no reconozca la existencia de valores en una sociedad, pero estos no constituirán derechos si no se conforman en normas de un sistema jurídico quedando garantizada su protección. En definitiva, el positivismo sostendrá que las normas dictadas por el Estado, que se llama derecho positivo, “puesto”, es el único existente y el único que los jueces están obligados a aplicar.

Este debate entre iusnaturalistas y positivistas que parecía superado, - actualmente la mayor parte del derecho es de producción estatal- no ha sucumbido, pues en el centro de la discusión se haya el problema de la ley injusta. ¿Qué pasa cuando la ley escrita del

Estado parece o es injusta, tanto para los ciudadanos obligados como los jueces al aplicarla?

Desde la vertiente positivista se dirá que la ley, aunque resulte injusta es derecho positivo y por tanto los ciudadanos deben acatarla y los jueces aplicarla, pues se trata del único derecho existente, aún en el supuesto que íntimamente se tenga la convicción de su injusticia o arbitrariedad.

Desde la vertiente iusnaturalista se afirmará que hay casos en que el derecho del Estado no debe aplicarse por chocar con normas superiores que pertenecen al derecho natural, así habrá leyes del Estado que si son injustas los jueces no están obligados a aplicarlas ni los ciudadanos a seguirlas.

	Iusnaturalismo	Positivismos
Sistema normativo	Derecho Natural-Principios	Derecho Positivo- Normas formales
Derechos	Pre estatales: el Estado reconoce derechos	Estatales: el Estado crea derechos
Ley Injusta	El juez no está obligado a aplicarla	El juez está obligado a aplicarla

2.- Los postulados de Norberto Bobbio.

El presente apartado es un resumen de Asís Roig, Rafael de (1994) Bobbio y los derechos humanos en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, edición de A. Lamas, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1994, p.169-185.
El documento original se ha seleccionado y editado al solo efecto de facilitar la labor didáctica y el estudio. Se ruega no reproducir ni citar.

Mi contribución se dividirá en dos partes. La primera consistirá en la realización de unas breves consideraciones generales sobre Bobbio y los derechos humanos. La segunda estará centrada en cuatro postulados fundamentales que me parece pueden servir como muestra del significado de los planteamientos de Bobbio sobre esta materia.

Algunas consideraciones generales

La relevancia mayor, desde una perspectiva general, no la tienen sus trabajos específicos sobre derechos humanos, sino sus obras generales sobre el Derecho y la Filosofía política.

En esta materia (DDHH) la preocupación de Bobbio no parece estar en el estudio de su concepto o fundamento, sino en su eficacia real. Así, en su trabajo "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", de 1964, declaró: "El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político".

Cuatro postulados esenciales

Una vez realizadas estas breves consideraciones generales, mi intervención se centrará en destacar cuatro postulados de la reflexión de Bobbio sobre los derechos humanos:

- a) Los derechos humanos son derechos históricos que no tienen un fundamento absoluto, sino consensual.
- b) El reconocimiento de los derechos humanos es un indicador del progreso histórico de la humanidad.
- c) Existe una interrelación entre los derechos humanos, la democracia y la paz.
- d) Los derechos humanos poseen un carácter problemático e incluso hasta contradictorio.

a) Primer postulado: Los derechos humanos son derechos históricos que no tienen un fundamento absoluto, sino consensual

Bobbio ve una inescindible conexión entre lo que es el concepto, el fundamento y la historia de los derechos humanos. No parece posible señalar un concepto de los derechos sin plantear su fundamento y sin hacer alusión a su historia.

La idea que nos sirve de guía puede desglosarse en tres puntos estrechamente relacionados: 1) No al fundamento absoluto. 2) Sí al fundamento consensual. 3) Importancia de la historia para entender el significado de los derechos humanos.

1) No al fundamento absoluto

Según Bobbio, cualquier intento de buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos está condenado al fracaso. Ello es consecuencia, tanto de la dificultad que acompaña a los intentos de encontrar fundamentos absolutos, cuanto del propio significado y carácter de los derechos.

Esta dificultad, se acrecienta por dos aspectos más. En primer lugar, por la vaguedad de la expresión derechos humanos, que hace que a la hora de analizar sus definiciones nos encontremos principalmente con definiciones tautológicas o con otras que hacen referencia a valores últimos no justificables racionalmente. En segundo lugar, porque se

trata de un conjunto de derechos que varían en la historia. La multiplicación de los derechos dificulta ya de por sí el intento de encontrar un fundamento válido para todos. Pero, además, esta multiplicación ha hecho que los derechos comprendan una clase heterogénea con fundamentos a veces hasta contrapuestos. En palabras de Bobbio "Entre los derechos comprendidos en la misma declaración existen pretensiones muy distintas y, lo que es peor, también incompatibles. Por tanto, las razones que sirven para sostener a unas no sirven para otras. En este caso no se debería hablar de fundamento, sino de fundamentos de los derechos del hombre".

El hecho de que lo que parezca fundamental a unas épocas o mentalidades no lo parezca a otras, o de que varíen los catálogos de derechos humanos, puede simplemente significar que en unas épocas las circunstancias sociopolíticas aconsejan resaltar ciertos aspectos por encima de otros.

2) Sí al fundamento consensual

Frente a las posiciones que presentan a la naturaleza humana como fundamento de los derechos y los planteamientos que conciben a éstos como verdades evidentes por sí mismas, Bobbio propone un fundamento relativo. En opinión del profesor italiano es posible hablar de un consenso sobre cuáles son estos derechos, en el que podría radicarse su fundamento.

El planteamiento de los derechos como figuras basadas en la naturaleza humana tiene los problemas que Bobbio ha destacado en sus críticas al iusnaturalismo. Especialmente dos:

- La naturaleza humana admite diferentes interpretaciones.
- La naturaleza humana sirve para justificar valores contrapuestos.

Es decir, la indeterminación del significado de naturaleza humana, entre las que podrían existir posiciones algunas incluso enfrentadas con el sentido histórico de los derechos.

Por su parte, las críticas que Bobbio lanza contra la concepción de los derechos como verdades evidentes por sí mismas pueden ser también reducidas a dos:

- No existe prueba de ello.
- En la historia esto no es así: los derechos varían.

Frente a esta última afirmación, podría decirse que en realidad la variación de los derechos es un hecho incontrovertible en la historia, pero que es difícil mencionar un conjunto amplio de derechos que hayan desaparecido. Más bien la variación haría referencia a la multiplicación. No obstante, aunque esto sea así, lo que no puede negarse

es la diferente interpretación y alcance del significado de los derechos humanos y más concretamente de los valores en los que éstos se apoyan. Es posible así afirmar, que no poseen el mismo significado la libertad de expresión actual y la del siglo XIX, o el derecho a la vida actual y el del XIX, etc. Por otro lado, la multiplicación de los derechos ha hecho que muchos de éstos entren en conflicto y recorten o amplíen, según los casos, su significado.

Como he señalado, Bobbio propone un fundamento de los derechos humanos basado en el consenso, entendido como la aceptación del significado de los derechos por parte de la población, como la asunción de su importancia. En este sentido escribe: "El tercer modo de justificar los valores es mostrar que están apoyados en el consenso, según el cual un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese. Con el argumento del consenso se sustituye la prueba de la objetividad —considerada imposible o extremadamente incierta— por el de la intersubjetividad. Ciertamente se trata de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto: pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente".

El fundamento consensual tendría así al menos dos ventajas frente a las restantes propuestas fundamentadoras. En primer lugar, la ventaja derivada del significado de la aceptación de los derechos en lo referente a su realización efectiva. Parece claro que la asunción de los derechos por parte de la población supone ya de por sí una mayor eficacia en su respeto y garantía. Pero es que, además, y, en segundo lugar, el fundamento consensual del que habla Bobbio es susceptible de comprobación fáctica. Así, en opinión del profesor turinés, la prueba de la existencia de un consenso sobre cuáles son los derechos humanos es la Declaración Universal de 1948. La declaración universal es, en cambio, un texto normativo que posee valor universal y efectividad. En este sentido, si se analiza el significado del fundamento consensual que Bobbio propone, se observará cómo supone un intento de conectar y de llegar a un punto intermedio entre el iusnaturalismo y el positivismo, en su doble dimensión filosófica y jurídica.

Pero junto a estas dos ventajas que acabamos de recalcar, la fundamentación consensual de Bobbio posee dos caracteres que podrían interpretarse como desventajas.

En primer lugar, el consenso al que se está haciendo referencia es un consenso histórico, esto es, sujeto a cambios. No obstante, aunque esta nota puede tener como significado la incertidumbre en lo referente a su último sentido, en ella puede instaurarse el carácter histórico y la multiplicación a la que venimos haciendo referencia.

El segundo carácter al que hacíamos alusión es que el consenso se centra sobre qué derechos son los considerados como fundamentales, pero no sobre su valor o protección. El reconocimiento de los derechos parece ser un hecho comprobable, pero no así su valor y, menos aún, su protección. La Declaración es así no un texto definitivo, sino exclusivamente un paso adelante.

3) Importancia de la historia para entender el significado de los derechos humanos

Para nuestro autor los derechos humanos son derechos históricos, lo que significa entre otras cosas que aparecen en un determinado momento histórico, que varían en la historia y que son fruto de demandas o exigencias históricas. Bobbio es claro al respecto: "También los derechos humanos son derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen".

Esta evolución pueda ser descrita a través de los tres procesos destacados por el profesor Peces-Barba en sus trabajos sobre los derechos humanos: positivación, generalización e internacionalización. A estos tres procesos el profesor Bobbio añade un cuarto al que denomina como proceso de especificación: "Al lado de los procesos de positivación, generalización e internacionalización de los que he hablado al comienzo se ha manifestado en estos últimos años una nueva línea de tendencia que se puede llamar de especificación, consistente en el paso gradual, pero cada vez más acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos." Y continúa afirmando: "Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana".

Por último, la importancia de la historia para la comprensión del significado de los derechos permite entenderlos fruto de demandas o exigencias históricas, esto es, respuesta a demandas sociales que evolucionan y varían, expresión de bienes sociales. Así, la aparición de nuevos bienes o de nuevas necesidades básicas hace que surjan nuevos derechos. En este sentido, afirma Bobbio: "No hace falta mucha imaginación para prever que desarrollo de la técnica, transformación de condiciones económicas y sociales, ampliación de los conocimientos e intensificación de los medios de comunicación podrán introducir tales cambios en el orden de la vida humana y de las relaciones sociales como para crear ocasiones favorables para el nacimiento de nuevas necesidades y, por consiguiente, para nuevas demandas de libertad y de poderes".

b) Segundo postulado: El reconocimiento de los derechos humanos es un indicador del progreso histórico de la humanidad

Los caracteres de nuestro tiempo que despiertan una seria preocupación para el futuro de la humanidad son, el aumento cada vez más rápido y hasta ahora incontrolable de la población, el aumento cada vez más rápido y hasta ahora incontrolado de la degradación del ambiente, el aumento cada vez más rápido, incontrolado e insensato de la potencia destructora de los armamentos. Sin embargo, veía algún signo positivo en: “la creciente importancia dada en los debates internacionales, entre hombres de cultura y políticos, en seminarios de estudio y en conferencias intergubernamentales, al problema del reconocimiento de los derechos del hombre”. Así, en opinión del profesor Bobbio, el debate actual cada vez más generalizado sobre los derechos humanos es prueba del progreso moral de la humanidad.

Ahora bien, Bobbio no se limita a señalar esta importancia de los debates, sino que propugna también la realización efectiva y la satisfacción de estos derechos en el plano práctico: “Puesto que he interpretado la amplitud que ha asumido actualmente el debate sobre los derechos del hombre como un signo del progreso moral de la humanidad no será inoportuno repetir que este crecimiento moral se mide no por las palabras, sino por los hechos”.

c) Tercer postulado: Existe una interrelación entre los derechos humanos, la democracia y la paz.

La tercera idea que quisiera destacar en relación con el pensamiento de Bobbio sobre los derechos humanos es la de la estrecha relación existente entre éstos, la democracia y la paz. “El reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las Constituciones democráticas modernas. La paz es a su vez el presupuesto necesario para el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos, tanto en los Estados como en el sistema internacional. Al mismo tiempo, el proceso de democratización del sistema internacional que es el camino obligado para la realización del ideal de la 'paz perpetua' no puede avanzar sin una extensión gradual del reconocimiento y protección de los derechos humanos por encima de los Estados. Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos”. Esta idea puede ser descompuesta en dos:

❖ El reconocimiento y la protección de los derechos humanos es la base de los sistemas democráticos: Ciertamente, todas las declaraciones de derechos modernas hacen alusión a esta relación. Pero en la perspectiva de Bobbio la conexión adquiere un matiz propio, ya que la afirmación no quiere decir exclusivamente que los derechos humanos sean imprescindibles para hablar de democracia, sino también que ésta es y ha sido fundamental en la historia de los derechos. Esto parece obvio si tenemos en cuenta el significado de los llamados derechos participación. Si los derechos en ocasiones se plantean como límites al poder o como exigencias de actuación de éste, su efectividad dependerá de la composición y de la forma de determinación de la voluntad del poder político. Esa importancia de la democracia respecto a los derechos humanos no hay que entenderla limitada al plano nacional, sino que debe constituirse también en exigencia desde la perspectiva internacional.

❖ La paz es el presupuesto para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos: declara Bobbio: "Si alguien me pregunta cuáles son para mí los problemas fundamentales de nuestro tiempo, no tengo duda alguna en responder: el problema de los derechos humanos y el de la paz".

Esta importancia y valor de la paz respecto a los derechos humanos tiene que enfrentarse a dos grandes problemas que pueden plantearse a través de las siguientes preguntas: ¿Qué ocurre si se atacan estos derechos?; ¿puede decaer el valor de la paz en la defensa de estos derechos? En realidad, los dos problemas pueden ser abordados conjuntamente. Ambos hacen alusión en última instancia al tema clásico de la tolerancia sobre el que Bobbio se ha ocupado en muy distintas ocasiones. Estos trabajos de Bobbio poseen un contenido variado y a veces hasta contradictorio. Así, en ellos pueden encontrarse desde la defensa a ultranza de la tolerancia frente a los intolerantes hasta la justificación de la guerra cuando se produzcan violaciones de los derechos humanos o de principios internacionales.

Así, en su trabajo *Las razones de la tolerancia*, escribe: "Responder al intolerante con la intolerancia puede ser formalmente inaceptable, éticamente pobre y además políticamente inoportuno". No obstante, ésta no parece ser la idea en la que se apoya la siguiente afirmación, que corresponde a una declaración que realizó sobre la guerra del Golfo: "Los problemas son dos, si la guerra es justa y, si además de justa, eficaz". Y en este sentido afirmó: "Por lo que se refiere al primer problema la respuesta es indudable: es una guerra justa porque está fundada en un principio fundamental del Derecho internacional, que es el que justifica la legítima defensa".

d) Cuarto postulado: Los derechos humanos poseen un carácter problemático e incluso hasta contradictorio.

Si atendemos al análisis hasta ahora efectuado de la obra de Bobbio sobre los derechos humanos veremos cómo resulta extremadamente difícil llevar a cabo una concepción unívoca de los mismos.

Así, desde el punto de vista de la historia, los derechos varían, aparecen nuevos, cambian de significado, no existiendo la posibilidad de dar una visión compatible de los mismos.

Desde el punto de vista de su fundamento, los derechos presentan distintas justificaciones que, en ocasiones, llegan a enfrentarse, siendo también difícil compatibilizarlas.

Analizando su relación con el poder, puede observarse cómo ésta cambia según el tipo de derechos que estudiemos. Así, los derechos-autonomía exigen la no intervención del poder salvo en lo que atañe a la protección, mientras que los derechos-prestación demandan la intervención del poder.

II.- EL DEBATE IDEOLÓGICO ACTUAL

El presente apartado ha sido elaborado por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023

Antes de abordar las corrientes filosóficas políticas más importantes, se debe puntualizar que se entiende por filosofía política.

La filosofía política es una ciencia que estudia el universo político y todos sus componentes desde una perspectiva normativa, pretendiendo responder cuál debería ser la relación entre el sujeto y la sociedad política. A diferencia de la ciencia política, que estudia la conformación y evolución de toda estructura política; y de la filosofía del derecho, que tiene por objeto la norma jurídica, el campo de la filosofía política es amplio dando forma a las ideologías, ya que su nacimiento tiene origen en la respuesta al interrogante acerca de cuál es la relación apuntada (entre individuo y sociedad). En este documento se expondrán tres corrientes de pensamiento: Liberalismo, Comunitarismo y Republicanismo. A los fines didácticos se tendrán en cuenta 5 dimensiones básicas, intentando responder como piensa cada corriente en términos generales al Estado, sociedad, individuo, valores y derechos.

1. Liberalismo

Como ya se analizó al abordar la historia de los derechos fundamentales, la clase burguesa postulaba la existencia de derechos universales anteriores a la existencia de la organización política. En ese sentido las ideas iusnaturalistas le sirvieron como justificación para limitar el poder absoluto requiriendo de participación política, habiendo conquistado previamente el campo económico.

Para la corriente liberal el Estado, si bien es necesario para garantizar el orden social, debe estar limitado para no obstaculizar el ámbito privado de libertad de los individuos; ello coincide con el Estado mínimo en el sentido que sus funciones deben estar encaminadas a la defensa exterior, orden y seguridad interno y justicia para restablecer el equilibrio y garantizar los derechos individuales conculcados por terceras personas. Se trata de un Estado en su versión negativa de abstención y de no injerencia en los asuntos considerados privados.

Por otra parte, concibe a la sociedad como constituida por individuos munidos de intereses, y que haciendo su propio bien beneficia a la sociedad en una suerte de efecto cascada. Por lo tanto, la relación que mantiene con la sociedad es meramente instrumental, pues esta es el medio que posibilita la seguridad para que cada individuo realice su propio proyecto de vida en un ámbito de libertad.

El individuo en esta mirada es aquel racional que sabe lo que es mejor para sí mismo. El individuo liberal es el “homo economicus”, que se comporta siguiendo sus propios intereses. “Se trata de un concepto del individuo celoso de su autonomía y enfrentado por ella tanto a los poderes públicos del Estado como a los de su comunidad, que amenazan siempre su libre albedrío” (Anchustegui Igartua, 2011, p.15).

Para el liberalismo el valor que le da contenido y razón de ser a los derechos es la idea de libertad. Esta es entendida en el sentido negativo, es decir la inexistencia de barreras colocadas al individuo para actuar y elegir entre diversos planes de vida. En palabras de Pablo Badillo O´ Farrell (2006) “la no existencia de obstáculos puestos al individuo para poder realizar sus deseos y escoger entre sus posibles opciones” (p. 72). A ello, el autor citado suma el concepto de “Agency” del individuo, esto es, “la capacidad” del individuo de poder realizar las acciones que considere adecuadas, que son tomadas luego de una libre elección, teniendo entonces, la posibilidad de producir cambios en su realidad, así como en la de los demás, siendo esta acción o agencia del hombre en últimas garantizada por los derechos. Hablamos aquí de la autonomía de las personas para tomar decisiones libremente entre diferentes posibilidades que se le presentan y que para el

ejercicio de dicha autonomía se requiere de derechos reconocidos que la apoyen siendo así justificada la existencia de los mismos.

Por otra parte, se entiende a los derechos como individuales, aquellos que las personas portan por sí, siendo prioritarios al bien común, y que en esta perspectiva se resumen a propiedad, libertad, vida e igualdad entendida esta como igualdad formal (ante la ley). A su vez los derechos individuales son universales e inalienables. La universalidad responde a que los derechos son titularizados por todos los individuos. La inalienabilidad refiere a que son connaturales de la persona humana y por tanto no pueden venderse, renunciar a ellos, ni pueden ser legítimamente negados a una persona.

Si bien el aporte del liberalismo ha sido decisivo en la conquista de los derechos y en la formulación del Estado de Derecho, ha sido objeto de críticas las que se abordarán en profundidad junto a otros temas especialmente cuando se analice la universalidad e igualdad, y la ciudadanía.

2. Comunitarismo

Esta perspectiva apareció en los años ochenta realizando permanentes críticas al liberalismo por cuanto este último hace énfasis en la preeminencia individual –racional– sin consideración al contexto social de la que son parte y se desarrollan los sujetos, pues para el iusnaturalismo los individuos se hayan aparentemente fuera de la influencia de la comunidad.

Para el comunitarismo hay un rechazo explícito de la neutralidad estatal, en ese sentido el Estado debe promocionar una política del bien común de acuerdo a las características de cada comunidad.

Ahora bien, los desarrollos de esta perspectiva se han centrado sobre todo en la comunidad (sociedad) y su vinculación con la identidad, “la identidad de una persona se encuentra marcada en gran medida por la comunidad a la que pertenece, operando como una suerte de vínculos aquellos lazos que unen al individuo con su comunidad” (Benavides Ordóñez, 2012 p.67). Así, en virtud de la socialización en una comunidad determinada, los sujetos adquieren una lengua particular, costumbres, tradiciones, como así también los valores individuales nacen y son compartidos como miembros de la misma.

Por lo tanto, los individuos para esta visión no son autorrealizables por fuera de la comunidad de la que forma parte, requieren de la ayuda de los demás para llevar adelante sus planes de vida, siendo los lazos que vinculan a los sujetos de solidaridad. El deber o

responsabilidad de los individuos es social, es decir a esa comunidad que conforman, “es el compromiso con una concepción común de la vida buena, con una comunidad moral y política específica, que sólo puede ser asumida por quienes pertenezcan a ella” (Anchustegui Igartua, 2011, p.16), En ese sentido se le da primacía a la pertenencia del individuo a una comunidad específica.

Respecto de los derechos, si en la corriente liberal los individuos eran sus únicos detentadores, en el comunitarismo se enfatiza el proyecto común antes que los derechos, aparece la comunidad titularizando derechos. Así por ejemplo los derechos colectivos de las comunidades originarias, que más allá de sus miembros individualmente considerados, poseen derechos propios de la comunidad.

Recapitulando; los comunitaristas dan primacía a la forma de vida comunitaria. Sostienen que una sociedad basada meramente en la garantía de los derechos individuales fundamentales carece de fuerza motivadora e integradora capaz de proporcionar cohesión y solidaridad en grado suficiente para el mantenimiento de la sociedad. Frente a la visión contractualista de la sociedad como una cooperación instrumental entre los individuos para sus fines privados, el comunitarismo sostiene que es necesaria una concepción común de lo bueno que proporcione un horizonte colectivo de valor y comprensión. Incluso la existencia y pervivencia de los derechos fundamentales requiere un contexto comunitario, como condición previa y presupuesto. A su juicio, el liberalismo no es capaz de explicar adecuadamente a partir de sus presupuestos cómo puede mantenerse unida una sociedad. Por el contrario, la carencia de orientación al bien común supone un potencial destructivo que se aprecia en la anomia reinante en las sociedades liberales. Por tanto, la integración social requiere no principios abstractos, sino concepciones comunes de lo bueno insertas en un “ethos”, un modo de vida común. (Anchustegui Igartua, 2011, p.17).

Ahora bien, la crítica central al liberalismo pasa por si excesivo individualismo, pero en las ideas comunitaristas más absolutas existe un peligro latente que es la pérdida de la autonomía por estar ligados a una comunidad. En virtud de ello no queda posibilidad del ejercicio de derechos autónomos por fuera del bien común, en este orden de ideas, no parece posible la crítica a la concepción del bien reinante o valores culturales, ni por supuesto la reforma de las instituciones.

3. Republicanismo

El republicanismo moderno condensa algunas premisas del liberalismo y el comunitarismo. De la misma manera que la corriente comunitarista, entiende que los individuos son parte de una sociedad de la que extraen sus características que son

compartidas encontrándose unidos por lazos de solidaridad y altruismo, por ello el republicanismo entiende la importancia de la responsabilidad y deberes hacia la comunidad.

Por otra parte, tal como lo hace la corriente liberal, el republicanismo le otorga importancia a la libertad en su vertiente negativa y a la autonomía de los sujetos. Del mismo modo que la visión liberal comparte que los sistemas normativos encuentran su justificación en la medida que protegen la libertad. Sin embargo, va más allá, pues entiende que dicha garantía estará dada por la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas. Por ello enfatiza la libertad como no dominación y para ello es fundamental la práctica política ciudadana, “como forma de participación activa en la cosa pública” (Anchustegui Igartua, 2011, p. 19). Al concebir a los individuos como ciudadanos activos y comprometidos ello les da seguridad, pues coarta la posibilidad de la tiranía, haciendo posible la libertad. En esta concepción el individuo no es un ser egoísta, movido por intereses a la usanza liberal, sino un sujeto que toma decisiones altruistas teniendo en cuenta el interés general.

En cuanto al Estado esta perspectiva se aleja de la visión liberal que considera conveniente un Estado mínimo o neutral, por el contrario, para el republicanismo el Estado es activo pues su fin es el bien común. La organización política constituye entonces un prerrequisito para la realización de los individuos y no un obstáculo. Es decir, el Estado sería una condición para el ejercicio de la libertad. Ahora bien, significa que el Estado puede interferir mientras no lo haga arbitrariamente y para que ello no ocurra los ciudadanos tienen la responsabilidad de tomar decisiones colectivas en el espacio público de convergencia y participar activamente. De un Estado así planteado “se desprende la comprensión de unas instituciones públicas que alienten el cultivo de ciertas virtudes y valores, desalentando, por tanto, otras que no promuevan el ambiente propicio para la construcción de unos buenos, activos y virtuosos ciudadanos” (Benavides Ordóñez, 2012 p.72).

Para esta corriente sin desconocer los derechos individuales, hace hincapié en los deberes, con los que necesariamente se han de compatibilizar. En palabras de Badillo O’Farrell (2006) se trata de que “esta implicación del individuo en la marcha y control de lo público es lo que se refleja en los deberes de los particulares para con el Todo político. Estamos por ello ante la defensa de una libertad y de unos derechos más responsables” (p. 87).

En definitiva, para el republicanismo el sujeto debe asumir un rol protagónico en los asuntos públicos, esta es la condición para un proyecto en común. Asimismo, los individuos gozarán de tantas libertades como su participación pública les asegure. Del mismo modo el Estado en esta versión no es pasivo, pues deberá procurar el bien común asegurando los derechos y obligaciones; así su legitimidad y el cumplimiento del orden jurídico será más fuerte cuanto mayor sea la práctica política.

	Liberalismo	Comunitarismo	Republicanismo
Valor	Libertad Negativa	Bien Común	Libertad como no dominación
Estado	Estado neutral	Estado activo	Estado activo
Sociedad	Atomizada	Comunitaria	Comunitaria
Individuo	Económico	Identificado	Activo
Derechos	Individuales	Colectivos	Derechos- deberes

III.- LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DDHH

El presente apartado de la unidad ha sido elaborada por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

1. Concepto de Derechos Humanos

Como se ha analizado en otras unidades los derechos humanos deben entenderse en el devenir histórico y hemos estudiado los diferentes criterios que los justifican, aquí abordaremos la construcción de un concepto de los derechos humanos lo más acabado posible que comprenda las corrientes de pensamiento más importantes.

Se ha dicho con antelación, que el Iusnaturalismo piensa a los derechos como aquellos inherentes a la persona humana por el hecho de ser tal, en ese sentido los derechos son preestatales y universales, y por lo tanto se encuentran en el ordenamiento natural siendo superior al ordenamiento positivo, y que la validez de éste último descansa en su coincidencia con los principios sustentados por el Derecho Natural.

Por otra parte, el positivismo sostiene que los únicos derechos son los creados por las autoridades legítimas a través de las reglas de creación de normas, y que el ordenamiento positivo posee la característica de estar dotado de coactividad, razón por lo que dichas normas son las únicas obligatorias para las personas.

Desde la corriente historicista se piensa a los derechos como aquellos que son producto de las luchas por la emancipación o cambio en los modos de vida, son considerados importantes en un momento histórico determinado frutos de las necesidades humanas dentro de una sociedad.

Una definición completa ha sido elaborada por Antonio Perez Luño (1995, p. 49) que considera a los derechos humanos como un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. El autor deja sentado en esta definición la diferenciación entre los derechos fundamentales con los derechos humanos.

Del mismo modo, Juan Carlos Wlasic (2011, p. 34) define a los Derechos Humanos “como aquellos que protegen la dignidad de la persona humana, y sus valores derivados libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de sus necesidades, tanto físicas, psíquicas como morales, y, que derivan en características y principios propios, de carácter general y normas jurídicas básicas de protección”. Es decir, de tales conceptos se pueden extraer las tres teorías filosóficas que fundamentan los derechos humanos haciendo pie en valores, hechos, o normas.

Antes de pasar al análisis de las características y principio de los derechos humanos se debe hacer una advertencia, las características explican conceptualmente que son los derechos humanos y los principios su aplicación práctica de manera general o justiciabilidad.

2. Características

Las características elaboradas son producto de la evolución de normas internacionales. Ellas son: Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia.

En el año 1993 se celebró en Viena la segunda conferencia mundial sobre derechos humanos en la que participaron delegaciones de Estados y organizaciones no gubernamentales. Varios fueron los temas que se discutieron, entre ellos el de la universalidad. Ya para la época de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, se habían producido varios cambios a nivel internacional desde 1948 fecha de la Declaración Universal de DDHH. Manili (1999) apunta que, entre estos se encuentran: Los procesos de descolonización, que comienzan alrededor de la década del 60 en países de Asia y África, dando nacimiento a nuevos Estados. La aparición del conflicto norte-sur, entre

países desarrollados y subdesarrollados, motivado en líneas generales por la deuda externa. La caída del comunismo a principios de la década del 90.

Todo ello, motivó que distintos pensadores y doctrinarios se opusieran a la idea de dejar sentado la universalidad de los derechos, proponiendo a contrario sensu la modificación de normas internacionales en las que se debía considerar las distintas realidades en cuanto a valores, creencias y culturas.

Pues bien, en la Conferencia de Viena uno de los temas de debate giró en torno a la universalidad de los derechos humanos, esto es, si son aplicables en todos los países de la comunidad internacional o si, por el contrario, tienen que ser entendidos a la luz de las diferentes circunstancias históricas, culturales, religiosas, etc. Dos posiciones se enfrentaron: la universalista y el relativismo cultural. La primera era defendida por países occidentales, la segunda por países islámicos y varios países del tercer mundo que consideraban a la universalidad como una forma solapada de colonialismo, esta vez en forma de discurso de derechos humanos.

De la Conferencia resultó la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) que es una especie de consenso entre las diversas posturas. Así en la Parte I párrafo 5 dice: *“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”*.

Universalidad:

El rasgo distintivo de los derechos humanos es la universalidad, es decir los derechos son de todos los seres humanos indistintamente de cuales sean sus características físicas, su pertenencia étnica cultural o religiosa, su nacionalidad, su identificación sexual, o su pensamiento político. Pero también cualquiera sea el orden jurídico político en el que desarrolla su vida, y que por lo tanto deben ser respetados por todos los Estados de cualquier sistema político. Se pueden encontrar en esta característica – universalidad- dos facetas. En cuanto a las personas, son derechos que todas y todos tienen y que por lo tanto se deben gozar. Ello lleva consigo que son inherentes, es decir, el ser humano nace con derechos que el Estado debe reconocer, no pudiendo ser despojados de los mismos.

En este sentido hay un acercamiento al iusnaturalismo como criterio de justificación. Pero al mismo tiempo la universalidad presenta una segunda faceta, los derechos tienen un significado común en todas las latitudes, es decir, el concepto es coincidente en todos los Estados. Tal como expresa Wlasic (2011), ello apunta a fortalecer el Sistema Internacional de Protección que para el adecuado juzgamiento debe partir de una conceptualización común. Este nivel de abstracción en cuanto no se trata de un sujeto situado presenta problemas, pues se trata de entender los derechos humanos desde una parte de la cultura, la occidental, pudiendo generarse un proceso de hegemonía y colonización al pretender que solo los valores de algunas personas sean considerados universales. En este sentido Wlasic (2011) sostiene que se pueden encubrir proyectos hegemónicos políticos, como el modelo democrático formulado desde occidente, o modelos económicos, específicamente el neoliberal.

Indivisibilidad

La indivisibilidad puede entenderse desde dos vertientes. La primera haciendo foco en el sujeto como titular de los derechos humanos, significa que cada ser humano titulariza derechos de manera plena, completamente, sin posibilidad de fraccionamientos. Tal como ejemplifica Wlasic (2011) no hay posibilidad de ejercer un derecho a la vida a medias. De la misma manera en que una persona no se puede fraccionar tampoco los derechos que le pertenecen.

Por otro lado, se puede entender la indivisibilidad haciendo foco en los derechos en sí, que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como hasta ahora hemos visto hay derechos denominados derechos libertad- los civiles y políticos- y por otro lado los derechos económicos sociales y culturales. A pesar de que existen dos pactos que los contemplan, se encuentran integrados en una totalidad, constituyendo un único sistema, sin que pueda soslayarse que existen jerarquías entre unos u otros. Ninguno de ellos es más o menos importante, tampoco se puede sacrificar unos con la excusa de que hay que sostener otros. Todos los derechos se encuentran unidos, forman una sola construcción y son igualmente importantes. Esta vertiente que analizamos supone desvanecer las visiones que sostienen que los derechos civiles y políticos son los únicos esenciales en detrimento de los derechos económicos sociales y culturales. Por ellos los derechos son íntegros.

Interdependencia

El prefijo inter significa “entre” o “en medio”, de tal manera que esta última característica refiere a la vinculación entre derechos. Los derechos humanos son

interdependientes en tanto existe una relación, se establecen relaciones recíprocas entre ellos, señalando que el goce de un derecho o derechos en particular depende de la existencia o realización de otros derechos humanos.

Por ejemplo, el derecho a la salud tiene clara vinculación con el derecho a la alimentación, y a una vivienda digna o a un trabajo en condiciones adecuadas. En ese orden de ideas, no hay salud sin trabajo en condiciones, y no se puede trabajar porque no hay salud. Del mismo modo como no hay vida sin derecho a la alimentación y a la salud. Uno es un derecho civil y los otros derechos económicos sociales y culturales. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro u otros y viceversa, de tal forma que para la protección del derecho a la salud deben tenerse en cuenta otros derechos condicionantes. Otro ejemplo, los derechos políticos (a elegir y ser elegido) no debe mirarse de manera independiente de los derechos a la libertad de asociación, libertad de expresión, entre otros.

3. Principios de los derechos humanos

Efectividad:

Hablar del principio de efectividad implica situarse en el tema de la obediencia del Derecho, nos remiten a los efectos y consecuencias de las normas, es decir, a la conexión misma entre normativa jurídica y realidad social. Efectividad implica el reconocimiento real de la norma como tal, por parte de sus destinatarios y su real aplicación. La efectividad depende de dos tipos de factores: que los destinatarios adopten las conductas que la norma dispone (la espontánea absorción de la norma por la vida social) y que la norma sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación en general.

En el ámbito de los derechos humanos el principio de efectividad implica que los Derechos Humanos explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, “deben ser materialmente gozados, a través de su pleno acceso y ejercicio, por toda persona humana” (Wlasic 2011). Este principio tiene consagración en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el art. 28 dice: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

El artículo en análisis hace alusión a dos cuestiones. Primero que todos los derechos (civiles, políticos, económicos sociales y culturales) son plenamente realizables y que ante la negación de algún derecho se puede acudir al orden internacional para su protección. Es decir, se vincula la efectividad con la existencia de un orden institucional

al que se puede acudir en última instancia, agotado el ámbito jurisdiccional del Estado. En este orden de ideas el principio de efectividad supone la exigibilidad de los derechos. Se habla de exigibilidad en el escenario posible de que algún derecho sea desconocido, impedido o afectado su goce, por lo que queda la última instancia de acudir a los tribunales a exigir la reparación o el restablecimiento del derecho, es decir obtener la protección jurisdiccional.

Progresividad

El principio de progresividad es tal vez el más fácil de definir, pero sin duda el más difícil de aplicar sobre todo en los derechos económicos sociales y culturales. Refiere a que los derechos humanos, tanto en su reconocimiento normativo como en su protección y realización, deben avanzar siempre en un sentido creciente hacia la plenitud de su goce y ejercicio. (Wlasic, 2011)

Como hemos visto, el mismo proceso histórico de los derechos humanos es progresivo. Cualquier retroceso en materia de derechos humanos, cualquier disminución de la protección legal de los mismos y de su vigencia efectiva, respecto de lo que se ha logrado en un momento dado de la evolución histórica, contradicen este principio. Siguiendo al autor citado, en el principio en análisis hay dos cosas a tener en cuenta, la gradualidad y la no reversión en la actuación de los Estados.

La gradualidad supone un proceso, y como tal, metas de corto, mediano y largo plazo, para lo cual se requiere diseño de planes y estrategias para la consecución del goce efectivo de los derechos.

Del mismo modo, el principio de progresividad tiene un costado negativo en cuanto al papel del Estado, por cuanto le prohíbe adoptar normas cuya aplicación afectan la protección o ejercicio de los derechos ya adquiridos (no regresividad). Por lo tanto, no se pueden reducir los DESC ya logrados, como tampoco los DCyP conseguidos. Por ejemplo, en Argentina no se podrían cerrar las universidades públicas porque significaría la regresión del Derecho a la Educación que es un Derecho Económico Social y Cultural, de igual modo respecto de los Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, existe en la Convención Americana el principio de progresividad abolicionista de la pena de muerte que le impide a los Estado que la abolieron, volver a contemplarla.

Claro está, que el principio nació a instancia de los DESC en la medida de que se entendió que no era posible satisfacer todos estos derechos en forma inmediata y de una sola vez, pues, están vinculados a los recursos presupuestarios de que dispone un Estado.

Sin embargo, como hemos dejado sentado en otras unidades hay un estándar mínimo que se debe tener en cuenta, incluso acudiendo a la cooperación internacional.

Pro homine

Se debe advertir que, desde la aparición de la Carta de Naciones Unidas hasta la actualidad, hay una profusión de normas internacionales aplicables a las mismas situaciones. A su vez a esas normas internacionales se suman las reguladas por los Estados constituyendo su orden interno, por lo que conviven un sinnúmero de normas que le dan al Derecho de los Derechos Humanos – en palabras de Bobbio- carácter problemático y hasta contradictorio. Ello requirió idear una forma de compatibilizar la producción normativa apuntada, teniendo en cuenta el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.

Así el principio pro homine (pro persona) es el criterio a tener en cuenta en este campo jurídico en virtud del cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación mas extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (Pinto, 2004, p. 163). Es decir, el principio en análisis es un norte a tener en cuenta siempre a favor de la persona humana, encontrándose en diversos documentos como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), entre otros.

Puede suceder que en el ámbito interno de un Estado existan normas en las cuales los derechos tienen alcance más amplio respecto de normas internacionales, en este caso y por aplicación del principio pro homine se aplicarán las normas internas.

Ahora bien, puede acontecer que en ciertas situaciones en un Estado se establezcan restricciones a los derechos o suspensiones de los mismos, es el caso de las restricciones legítimas en su ejercicio o suspensiones extraordinarias.

Las restricciones legítimas son límites al ejercicio de algunos derechos y cuya finalidad está dada por razones de seguridad nacional, bien común, salud pública entre otras. Es decir, se encuentra en juego la preservación de ciertos bienes en los que la sociedad toda está interesada. Un ejemplo fue la pandemia en las que las restricciones se impusieron para prevenir o aminorar los efectos nocivos que implicaba.

En estos casos, a la luz del principio pro homine las medidas limitantes deben ser de carácter restrictivos, esto es, deben durar el menor tiempo posible y según las circunstancias.

4. La teoría de las generaciones de derechos

Si bien no es aconsejable utilizar la teoría de las generaciones de los derechos en virtud de las características y principios ya enunciados, sobre todo la indivisibilidad apuntada, en la que no existen jerarquías entre las distintas categorías de derechos, la teoría de las generaciones se utiliza solo a los fines didácticos, porque permite conocer cuáles son los derechos y clasificarlos. Esta teoría surge como consecuencia de la guerra fría que culminó con dos pactos internacionales que separadamente contienen los derechos civiles y políticos y por otro lado los derechos económicos sociales y culturales. Hace foco en dos dimensiones: una histórica que tiene que ver con la época en que aparecieron los derechos; la otra, jurídico institucional que precisa de distintas conductas del Estado para la realización de los derechos.

Así los derechos humanos de primera generación están comprendidos por los Derechos Civiles y Políticos, también llamados derechos libertad, cuyo surgimiento se ubica en el siglo XVIII con el modelo americano y francés dando origen al constitucionalismo clásico. Estos derechos requieren del Estado una abstención y un ámbito de libertad para los particulares sin interferencias estatales.

Los derechos humanos de segunda generación, están integrados por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su orden de aparición se sitúa a principios del XX, con el surgimiento del Constitucionalismo Social (Constitución de México de 1917 y Alemania de 1919), estos requieren del Estado una conducta activa, es decir, su intervención para el acceso a dichos derechos.

Los derechos humanos de tercera generación se encuentran integrados por los derechos de incidencia colectiva como por ejemplo la protección al Medio Ambiente Sano. Su surgimiento se ubica en la segunda mitad del Siglo XX, por la preocupación creciente de la Comunidad Internacional por ciertas cuestiones que afectan a todos, la alteración al medio ambiente principalmente. Son derechos de carácter colectivo, tanto en el sentido de que sus titulares no son exclusivamente los individuos, sino también la sociedad toda, como en el sentido de que no son responsabilidad exclusiva del Estado individualmente considerado y en relación con quienes habitan en dicho Estado, sino de

la comunidad de Estados, lo que exige, como consecuencia, una conducta de coordinación internacional, de parte de estos, para su efectiva realización.

5. Clasificación de los derechos

Han surgido diversas clasificaciones de los derechos. Atendiendo a su contenido, es decir a la materia sobre la que versan se pueden clasificar de manera general en:

Derechos civiles y políticos: Dentro de los Derechos Civiles se encuentran el derecho a la vida; derecho a la intimidad; derecho a la libertad de conciencia y religión; derecho a la identidad; derecho al nombre, derecho a la información. derecho de locomoción, derecho de propiedad, entre otros. Dentro de los Derechos Políticos se encuentran el derecho al sufragio; el derecho a asociarse a un partido político, derecho a ser candidato, derecho de acceso a la información pública, derecho a divulgar sus ideas, etc.

Derechos económicos, sociales y culturales: Entre ellos se encuentran el derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a trabajar y los derechos en el trabajo, derecho a una alimentación básica sana y equilibrada, el derecho a la seguridad social, etc.

Derechos de incidencia colectiva: Incluye el derecho a un medio ambiente sano, derecho de los consumidores y usuarios, derecho al desarrollo, derecho a la paz; el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Bibliografía:

- Anchustegui Igartua, E. (2011). *Derechos Humanos y modelos de ciudadanía en Limite*, vol. 6, núm. 24, pp. 9-28, Universidad de Tarapacá. Chile.
- Asís Roig, Rafael de (1994) Bobbio y los derechos humanos en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, pp.169-185, edición de A. Lamas, Madrid, Universidad Carlos III-BOE.
- Badillo O´Farrell, P. (2006). *Los derechos humanos en el umbral del siglo XXI* en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid Vol. 7. T. 1., 69-94.
- Benavides Ordóñez, J. (2012). Los derechos humanos como norma y decisión: una lectura desde la filosofía política. *Crítica y Derecho* v. 6., 1º ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

- Manili, P. (1999) La difícil tarea de elaborar un concepto de los derechos humanos en *Revista Jurídica de la UCES*.
- Pérez Luño, A. (1995) *Los Derechos Fundamentales*. Ed. Tecnos: Madrid.
- Pinto, M. (2004) El Principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Editores del Puerto: Buenos Aires.
- Wlasic, J. (2011) *Manual Crítico de Derechos Humanos*. 2ª ed. La Ley: Buenos Aires.
- Wlasic, J. (2006). *Manual Crítico de Derechos Humanos*. La Ley: Buenos Aires.



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj
Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

**Documento de cátedra
 preparado por la Prof. Gabriela Ricart**

UNIDAD N° 3

DERECHOS HUMANOS Y CIUDADANÍA. -

I.- CIUDADANÍA: 1. conceptualización. 2. Los ciudadanos: tipologías: a) Las prácticas ciudadanas de participación. b) La lógica de la acción. c) Categorías de ciudadanos conforme sus conductas. 3. Identidad Cultural y Ciudadanía.

II.- MODELOS DE CIUDADANÍA EN CLAVE POLITICA SOCIAL: 1. Ciudadanía Emancipada. 2. Ciudadanía Asistida.

I.- CIUDADANÍA.

El primer apartado de la unidad ha sido elaborado por la Dra. María Gloria Trocello en el año 2014 a los fines de facilitar la labor didáctica y el estudio, configurando una selección teórica y reformulación de su obra: Trocello, M. G. (2009). La manufactura de ciudadanos siervo: cultura política y regímenes neopatrimonialistas. Ed. Nueva Universidad - U.N.S.L. San Luis.

1.- Conceptualización

Hay que partir entendiendo que la ciudadanía democrática se construye a partir de la posibilidad de constitución de sujetos (ciudadanos) en tres dimensiones: a) formal: ser miembros de una comunidad política; b) sustantiva: saberse portadores de derechos individuales civiles, políticos, sociales; y c) normativa: tener capacidad de autonomía (Zapata Barrero, R. 1995). En tal sentido, se entiende que, de las tres dimensiones, la

formal y la sustantiva, es decir las titularidades están en los regímenes políticos garantizadas por el Estado de derecho. La que ofrece algunas aristas más complejas es la dimensión normativa en tanto autonomía del sujeto, pues supone libertad y posibilidad de acción de ejercicio de esa libertad por parte de ciudadano.

Desde esta perspectiva, se dejan sentados algunos supuestos que subyacen a la caracterización de los ciudadanos que se propondrá seguidamente:

- a) La ciudadanía supone ser miembro de un Estado.
- b) El ciudadano cuenta con titularidades de derechos universales reconocidos por la Constitución y que deben ser respetados por el Estado y las unidades políticas al interior a ese Estado.
- c) La ciudadanía política no puede ejercerse sin un mínimo de ciudadanía social que asegure la autonomía moral del sujeto¹.
- d) Los derechos de ciudadanía necesitan de un espacio público y que se asegure legalmente la posibilidad del ejercicio de los derechos.
- e) Conforme a sus prácticas de participación, el ciudadano puede ser activo o pasivo. En la primera situación esto supone un sujeto participante en las decisiones que incluyen capacidades presentes y futuras de influencia política, quedando el calificativo de pasivo para el que cuenta con titularidad de los derechos pero no participa².

Esta última caracterización es, en cierta medida, consecuencia de una derivación teórica de dos forma opuesta del concepto de ciudadano³: la liberal y la republicana. Según la concepción liberal, el status de los ciudadanos viene definido por los derechos subjetivos que las personas tienen frente al Estado. Los derechos subjetivos son derechos negativos que garantizan un ámbito de opción dentro del cual las personas quedan libres de coacciones externas.

En la concepción republicana, el status de ciudadano no viene definido por ese patrón de libertades negativas de las que pueden hacer uso. Los derechos ciudadanos, entre los que sobresalen los derechos de participación y comunicación política, son más bien libertades positivas. Se trata de sujetos políticamente responsables en una comunidad

¹ Los clásicos como Rousseau, y también Jefferson y Tocqueville estipulan que la participación solo es posible cuando nadie depende de otro para poder vivir. Si bien ellos suponían una sociedad de propietarios en el siglo XVIII, su equivalente actual sería un trabajo regular y estable que produzca un ingreso decoroso (Nun, J.1998) La falta de seguridad económica y de educación son mecanismos de exclusión real de la ciudadanía política.

² De acuerdo con este planteo, un sector importante de la teoría política mayoritariamente incorpora a la noción de ciudadanía la dimensión de la responsabilidad (Bustelo E.y Minujin, A.1997; Janoski, T, 1998; Quiroga, H. 1995, 1998, Tassin, E. 1999).

³ Para una interesante comparación de estos modelos ver Habermas J. (1994)

de libres e iguales. Y la razón de la existencia del Estado no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos privados, sino en que garantiza un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad política, en el que ciudadanos libres e iguales dialogan acerca de qué fines y normas redundan en interés común de todos.

La subjetivación política se da en una república democrática con el ciudadano actor. Ahora bien, el hecho de que el ciudadano sea pasivo no supone negarle el derecho a ser activo, sino que, en principio, queda en el ámbito del individuo el actuar o no. En tal sentido, en los neopatrimonialismos los ciudadanos pueden formalmente actuar, no les está vedado como sería el caso de los regímenes autoritarios en los cuales la participación política puede prohibirse.

2. Los ciudadanos: tipologías.

Para solucionar el problema de la homogeneidad en el análisis se ha construido una tipología de ciudadanía sobre la base de una propuesta de Thomas Janoski (1998: 9 y ss) que tiene la originalidad de pensar en ciudadanos y relacionar sus conductas con las motivaciones a la acción.

Además, Thomas Janoski asigna importancia a las obligaciones de los ciudadanos, una cuestión importante pues se refleja en las prácticas. Finalmente, también incorpora dos tipos de racionalidad que denomina egoísta y altruista para aportar a la comprensión de por qué los ciudadanos actúan en el uso de los derechos y cumplimiento de obligaciones desde una perspectiva individual. La propuesta de Janoski brinda una estructura teórica coherente y es susceptible de ser operacionalizada en el análisis empírico, una cuestión que generalmente no se tiene en cuenta en el estudio de la ciudadanía. Sobre su idea se realizan algunos ajustes a fin de que sean operativos para su utilización en el análisis del modelo neopatrimonialista.

Para la construcción de la tipología se tienen en cuenta dos dimensiones: a) las prácticas ciudadanas y b) las lógicas utilizadas para la acción (o inacción).

a) Las prácticas ciudadanas de participación

Las prácticas ciudadanas se evalúan en base a las conductas externalizadas por los sujetos y se agrupan en tres modalidades teniendo en cuenta el modo de participación:

- participantes serían aquellos **ciudadanos activos**, que buscan resultados políticos de su práctica política relativamente constante;
- **ciudadanos pasivos** serían los que no se involucran en prácticas de participación - salvo el ejercicio del voto- o de forma muy aislada;

- **ciudadanos dependientes** son los que encuentran serias limitaciones estructurales y culturales para ejercer derechos de ciudadanía, pues de hecho no se auto perciben como ciudadanos- aunque de derecho lo sean. Su dependencia del Estado para la resolución de necesidades básicas es absoluta.

Las prácticas varían desde la participación activa, o la deferencia pasiva y la dependencia alienante, que es casi una forma de incapacidad ciudadana pues el ciudadano no se auto percibe como tal.

La actividad ciudadana evoluciona desde una participación mínima a una extensa. En el área de los derechos políticos, por ejemplo, iría desde ninguna actividad, votar, relacionarse con un representante, participar en una campaña o en un movimiento, hasta ser candidato. Por ello cabe reflexionar respecto de qué se entiende por participación del ciudadano.

La calidad de actor como supuesto para la participación

Como ya se ha expuesto, la subjetivación política supone actores políticamente responsables y autónomos (a los que el derecho asegura su integridad) que resuelven los conflictos a través del consenso. En la concepción republicana los derechos ciudadanos, entre los que sobresalen los derechos de participación y comunicación política son más bien libertades positivas. Se trata de sujetos “actores”.

Para que la participación sea posible los ciudadanos deben ser autónomos. La ciudadanía presupone, entonces, la viabilidad de la acción. Como consecuencia de ello, una política pública participativa significa la posibilidad del ejercicio de la ciudadanía, es decir de sujetos actores.

Al respecto Manuel Antonio Garretón conceptualiza a los **actores** como “los portadores con base material y cultural, de acción individual o colectiva que apelan a principios de estructuración, conservación o cambio de la sociedad, que tienen una cierta densidad histórica, que se definen en términos de identidad, alteridad y contexto, que se involucran en proyectos y contraproyectos, y en los que hay una tensión nunca resuelta entre el sujeto o principio constitutivo y trascendente de una determinada acción histórica y la particularidad y materialidad del actor que lo invoca” Garretón (2002: 9).

El actor social puede caracterizarse de acuerdo a las capacidades: a) **capacidad de negociación**: posibilidad de influir en las instancias reales de formulación y gestión de las políticas públicas; b) **capacidad para descifrar el contexto**: posibilidad de acceder a la mayor cantidad y calidad de información esencial durante el proceso de política pública; c) **capacidad de representación**: en el caso de actores sociales, posibilidad de

liderazgo para expresar con legitimidad a quienes conforman su “base” de sustentación, en lo que refiere a los actores estatales, posibilidad de respaldo legal que ampare su accionar (Repetto, F. 1996). A esta dimensión subjetiva debe sumarse otra contextual: que son las posibilidades materiales para el ejercicio de las capacidades.

b) La lógica de la acción

Para la otra dimensión utilizada para construir los distintos tipos ciudadanos se seleccionan componentes subjetivos o motivacionales. Se tiene en cuenta el sentido de la acción del sujeto para decidirse (o no) a actuar. La acción orientada a valores supone que la decisión para la acción surge de principios éticos que operan de modo diferente según el ciudadano sea leal u opositor a un determinado régimen político. La conducta es instrumental cuando se basa en intercambios particularistas que impulsan a la acción o inacción. Del cruce de las variables propuestas resultan ocho tipos de ciudadanos. Se aplicará a los regímenes neopatrimonialistas.

TIPOLOGÍA DE CIUDADANOS

PRÁCTICAS	LÓGICAS DE LA ACCIÓN		
	Lealtad Racionalidad Valorativa	Apatía/egoísmo Racionalidad Instrumental	Oposición Racionalidad Valorativa
Ciudadano participante	Ciudadano Incorporado <i>Identificado con el régimen</i>	Ciudadano Oportunista <i>Beneficiario del prebendalismo</i>	Ciudadano Activo <i>Actor político</i>
Ciudadano pasivo	Ciudadano deferente <i>Identificado con los logros del gobierno en la comunidad</i>	↑ Ciudadano Oportunista <i>Cliente</i> ↓	Ciudadano Cínico <i>Desencantado político</i>

Ciudadano dependiente	Lealtad Fatalista <i>Identificado con “el pueblo”</i> <i>Hombre masa</i>	Ciudadano Marginal ← <i>Súbdito estatal</i> →	Oposición Fatalista <i>Parálisis o</i> <i>Violencia</i>
------------------------------	---	--	--

Los identificados con el régimen son los incorporados, los deferentes y los leales fatalistas. Los opositores serán los activos y los cínicos y los que ejercen una oposición fatalista. Los ciudadanos oportunistas no valoran la participación y sienten apatía, aunque el régimen se ocupe de ellos y los beneficie; por ello su movilidad dependerá de la satisfacción de sus intereses y pasarán de la categoría activa a la pasiva acorde con esa situación. En igual sentido operan los ciudadanos marginales, sólo que su situación de abandono les impide muchas veces conocer la oportunidad de que les permitan salir de la inactividad (Janoski, T. 1998: 89).

Como hipótesis de trabajo podría sostenerse que las conductas que propician los regímenes patrimonialistas se encuentran en la primera columna -como en todo régimen- pero los resultados que se obtendrán en relación a la totalidad de la población, (o sea incluyendo apáticos y opositores) llevarán a que predominen las conductas de la segunda fila pues es la pasividad política la consecuencia de los modos de identificaciones políticas que se interpelan. Seguidamente, se procederá a describir las posibles categorías de ciudadanos conforme sus conductas.

c. Categorías de ciudadanos conforme sus conductas

Las prácticas del régimen neopatrimonialista permiten clasificar a los ciudadanos:

Ciudadano Incorporado

Los ciudadanos incorporados a regímenes neopatrimonialistas son aquellos que adhieren abiertamente al régimen, siendo los más fácilmente identificables aquellos que forman parte de la élite que rodea a los gobernantes, y que le permanecen fieles. Participan activamente en el gobierno o el partido y se identifican con sus metas e intereses. En realidad, la élite es un grupo pequeño atado por cuestiones familiares o amiguismo y que recibe constantemente prebendas. Dentro de estos ciudadanos también deben incluirse especialmente a los que forman la clase política y que siendo opositores actúan conforme a la cultura consecuencia del régimen político.

Un requisito esencial para poder detectarlos es la permanencia en el entorno del

poder. La lógica universal no forma parte de su cultura política, de allí que la falta de respuesta a los intereses particulares sea vista como ingratitud por parte de quienes entienden que el favor político es una modalidad de premio. No obstante, estos ciudadanos incorporados acumulan importantes recursos de dominación como consecuencia de la apropiación del metacapital estatal. Por lo expuesto, es difícil diferenciar al ciudadano incorporado del oportunista exitoso en estos regímenes. También forman parte de este grupo aquellos que se identifican con el partido político y respetan las formalidades de selección impuestas por los que lo dominan. Como la lógica prebendaria rige para los cargos partidarios y políticos su obtención es vista también como premios a lealtades (y de hecho los son la mayoría de las veces). De igual modo, la lealtad es premiada en los escalones inferiores de la pirámide del poder mediante puestos públicos o posiciones en lugares claves de la distribución clientelar de favores.

Ciudadano Activo

El ciudadano activo es el ciudadano descrito anteriormente como actor político. Su conducta está signada por una perspectiva universalista, participa en diversos tipos de actividades y es solidario con sus grupos de pertenencia (partidos políticos, movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil). No necesariamente su actividad debe verse asociada a alguna ideología política, pero sí a la demanda de calidad republicana.

Por ser la modalidad opuesta al neopatrimonialismo, este ciudadano es aquel cuyo comportamiento se reconoce como del actor republicano. Por ello, en este segmento se encuentran muchos de los opositores (no necesariamente políticos partidarios) al régimen neopatrimonialista. Su comportamiento es similar al que Janoski describe para los regímenes que él analiza sólo que, en el caso de los neopatrimonialismos, su accionar suele verse trabado por una cultura política que favorece las conductas particularistas, por lo que su comportamiento puede llegar a evaluarse como temerario.

Ciudadano Deferente o respetuoso

Este ciudadano es aquél que naturaliza la dominación sin analizar el contenido ideológico de su origen. Tiene fuerte pertenencia comunitaria y familiar, pero evade las actividades políticas, que atribuye a las élites. Ejerce los roles de votar y de petitionar a las autoridades dentro de los canales formales. El ciudadano deferente es el ciudadano buscado por los neopatrimonialismos. Afectivamente ligado a la comunidad, es fuertemente interpelado por el discurso identitario. Es un actor social eventual y un espectador que no resulta problemático y que suele ser complaciente en la medida en que no vea grandes transgresiones a los principios y las buenas costumbres. Este tipo de

ciudadano no suele diferenciar Gobierno de Estado y naturaliza la dominación patrimonial en la medida que cuente con legitimidad formal.

Ciudadano Cínico

Este tipo de ciudadano es similar al activo en sus discursos e intereses, pero no participa en política excusándose en imposibilidad de producir cambios cualitativos. Este tipo de *cinismo político* es también una incongruencia entre el decir y el hacer pues su discurso es republicano, pero son inactivos, es decir que se no cumple con el requisito central del republicanismo: la participación en el espacio público.

Ciudadano Oportunista

El ciudadano oportunista está guiado por sus intereses particularistas y sus expectativas son cortoplacistas. Toma decisiones racionales sobre intereses materiales y no participa en actividades políticas a no ser que afecten sus intereses. En general la política es poco interesante para el ciudadano oportunista.

Este es el ciudadano por antonomasia y suele representar acabadamente a la lógica particularista del neopatrimonialismo. El discurso neoliberal contribuyó mucho en tal sentido, al imponer la lógica económica a las relaciones sociales. En las clases altas se mueve con la lógica del amiguismo y el prebendalismo y por ello es activo, y, en las marginales que inmovilizado por redes clientelares.

Ciudadano Marginal

La conducta de este ciudadano está orientada a la supervivencia y por ello sus conductas están enfocadas al muy corto plazo. El ciudadano marginal es indiferente a la política a la que suele adherir mediante comportamientos masivos.

Dentro de esta categoría están las personas que viven en la exclusión social o son inhábiles o inadaptados, consecuencia de tener desórdenes emocionales. Dado que se lo considera un factor de riesgo, desde el Estado se trata al ciudadano marginal como un ciudadano pasivo, sujeto de las políticas del Estado, pero no fuera del sistema. Por ello tratará se reinsertarlo a través de la erogación de bienes o recursos para mantenerlo dentro del mercado (Janoski, T. 1998: 72). Se trata más que de un ciudadano de un súbdito estatal, cuya dependencia material del Estado es absoluta.

Ciudadano Fatalista

Janoski (ob.cit) no elabora esta categoría, que aparece como secundaria. Se trata de modos de acción de ciudadanos marginales guiados por valores. Los regímenes neopatrimonialistas tratan de que el fatalismo se cargue afectivamente produciendo lealtad. Cuando son abandonados a su propia suerte existe el riesgo de percepción de la

injusticia y la salida puede ser el fatalismo opositor en donde el desencanto lleva a conductas políticamente paralizantes o que pueden cuajar en violencia anómica.

Hasta aquí la presentación de un esquema útil para caracterizar conductas de ciudadanos y de esta forma superar el problema de la homogeneidad. A partir de allí se puede reflexionar respecto de los variados comportamientos sociales que en una determinada cultura política se van conjugando para producir efectos de conjunto.

Los Ciudadanos Siervos

La calificación de ciudadanos siervos no hace alusión a una calificación de conductas. De hecho, no se ha incluido en el esquema anterior justamente porque no alude a conductas y prácticas políticas. El uso del vocablo “*siervos*” tiene una intencionalidad pues la palabra tiene una carga semántica fuerte: alude a un tiempo histórico, al momento previo de la modernidad. La servidumbre es la institución central del medioevo. Los “siervos” son personas sin autonomía, sin conciencia de la contingencia ni del uso de la libertad.

Para una reflexión más profunda en la configuración de una cultura política no alcanza -si se pretende trabajar en una teoría normativa- con describir variedad de conductas: se impone conectarlas con la dimensión más genérica de “la calidad de la ciudadanía”. Para ello se recurre a esta simbolización elaborada por Juan Ramón Capella (1993) en su libro “*Los ciudadanos siervos*”. Para explicar por qué realiza esta calificación de “siervos” y su aplicación a algunos ciudadanos, Capella propone mirar la configuración histórica de los derechos de la ciudadanía. Explica que estos derechos fueron arrancados al poder estatal y luego al codificarse se transformaron en deberes que fueron impuestos al Estado.

En la historia, para la obtención de los derechos las personas debieron organizarse colectivamente, es decir reunir poder (social y político) alterando las correlaciones de fuerzas para imponerse al Estado. Pero la historia también demuestra que una vez logrado el objetivo de arrancar un derecho al Estado éste queda constitucionalizado o juridificado y son las instituciones estatales (y no ya los agrupamientos de personas) las encargadas de su cuidado. De esta forma, entiende Capella, empieza a disolverse el poder de la ciudadanía y el ejercicio de los derechos pasa a depender del poder estatal y del poder económico que dominan en la sociedad.

Sostiene Capella que “los ciudadanos son libremente siervos.... Son siervos del poder privado carente de deberes... Los ciudadanos siervos son los sujetos de los derechos sin poder. De la delegación en el Estado y el mercado. De la privatización individualista”.

Si bien Capella utiliza la metáfora para referirse a las sociedades centrales, se entiende que en el caso del neopatrimonialismo es perfectamente aplicable, sobre todo porque el Estado está apropiado por un líder y su élite, y ello engendra especiales formas de dependencia ciudadana sobre las que se volverá en las conclusiones.

Para finalizar la primera parte de este libro se presenta un cuadro que sinteriza la propuesta. Su eje es la comparación entre los regímenes políticos representativo-republicanos y neopatrimonialista; es decir entre institucionalidad formal e informal, y se desagregan las dimensiones analíticas. Se desarrolla conforme a las etapas propuestas en el cuadro uno de la introducción y su finalidad es hacer una objetivación concisa de la propuesta que sirva de base para afrontar su aplicación empírica.

3. Identidad Cultural y Ciudadanía

Los individuos se transforman en sujetos porque su vida se desarrolla en una cultura. La vida de cada hombre es un proceso que se da en una determinada sociedad y en un tiempo. Como dice Agnes Heller (1987:19), “para reproducir la sociedad es necesario que los hombres particulares se reproduzcan a sí mismos como hombres particulares”. En otros términos, la identidad individual (lo que nos hace únicos a cada uno de nosotros) se construye en la apropiación subjetiva del mundo, o sea conviviendo con otros hombres en la vida cotidiana, y aprendiendo su cultura, su modo de comer, sus formas de ver el mundo, su educación, sus valores.

Es por ello que, el individuo, al apropiarse del mundo se apropia también de las instituciones (familia, escuelas) de las costumbres (modas, comportamientos sociales) y las creencias (religiosas, políticas), adquiere un lenguaje y un modo de comunicarse, a la vez que determinadas interpretaciones pragmáticas y provisionales de la vida en sociedad. Junto con ello y al mismo tiempo, se apropia de las formas alienadas producidas por los recursos ideológicos de los sistemas de dominación.; es decir naturaliza un sistema en el que algunos manden y otros obedezcan, algunos sean ricos y otros pobres, etc.

Por eso es indispensable entender el proceso de construcción social de los sentidos de pertenencia (identidades sociales y políticas) que se realiza conjuntamente con la producción de “sujetos políticos” (los ciudadanos).

Estudiar las identidades sociales y políticas tiene indubitable importancia, debido a las consecuencias sociales que estos fenómenos producen, ya sea por demasía o por carencia. Por exceso, pues la aparición de los fundamentalismos asociados a la violencia, tienen que ver con las construcciones de sentidos de pertenencia a culturas con fuertes

identificaciones colectivas de sus integrantes que generan fanáticos capaces de violencia terrorífica (cómo es el caso del islamismo terrorista). Por otra parte, por carencia y como absurda paradoja, el modelo del mercado genera en todo el mundo hibridación cultural, quiebra de las identidades y el repliegue del ciudadano a lo privado.

El término “identidad colectiva” hace referencia a múltiples significantes: identidad nacional, ser nacional, pueblo, nación, regionalismos, identidad de clase, de género, cultural o social. Consecuentemente, corresponde precisar que se entiende por identidad colectiva.

Por ello, y siguiendo esta recomendación, se intentará explicitar qué debe entenderse *por construcción de una identidad colectiva*. Y esto es por dos razones: la primera del orden de las prácticas sociales y la segunda desde la perspectiva de la ciencia. En la práctica los actores sociales son percibidos y tratados como miembros de colectivos: jóvenes o viejos, mujeres u hombres, hinchas de Boca o de River, argentinos, latinoamericanos, puntanos o mendocinos. Los colectivos orientan las relaciones sociales, y se utiliza el término *identidad* como colectivo de identificación. Estos son fenómenos a observar, estudiar e investigar desde una perspectiva científica. No son un problema de conocimiento verdadero o falso pues son un producto social. Al investigador no puede pasarle por alto que la efectividad del discurso radica en su posibilidad de imponerse como verdad, no en si es falso o verdadero (que en última instancia es una cuestión filosófica). La eficacia social de las ideas o creencias no depende de su verdad o falsedad sino de los juegos de fuerzas que imponen su eficacia, de los juegos de poder para imponerse como falso o verdadero en el imaginario colectivo. Finalmente, algo es verdadero para el pensamiento del sentido común si la gente cree que es una “verdad”.

La cuestión de la identidad colectiva se puede percibir como una construcción social que realizan los sujetos, justamente, por vivir con otros. Los procesos de identificaciones colectivas son procesos de constitución del “*nosotros*” como consecuencia de haberse producido una significación compartida en un conjunto de individuos. Si un discurso logra generar un “*nosotros*” en las representaciones colectivas de un grupo, generará una “*identidad colectiva*”.

Por ello, a partir de desentrañar estos procesos de construcción (para algunos la deconstrucción) se va a poder explicar cómo se ha construido una creencia colectiva de la existencia de un “*nosotros*” (nosotros “*los peronistas*”, nosotras “*las mujeres*”, nosotros “*los villamercedinos*”

Se trata de una lucha discursiva que genera una creencia de sentido común. En esa

lucha, quienes poseen mayores recursos ideológicos -y en esto el Estado es dominante- cuentan con tecnologías de poder para apropiarse del campo cultural de las significaciones. A través del ejercicio de la violencia simbólica el Estado genera estructuras de sentido que “aparecen” como “identidades colectivas” (nación, regionalismos etc.), las que se enuncian como esencialidades en los discursos del sentido común.

Para poder avanzar en la explicación de procesos de identificaciones colectivas es necesario destruir una equiparación que suele confundir el análisis social y que procede del uso de los términos *identidad* y *ciudadanía*. Para ello hay que determinar qué es una identidad cultural nacional y qué es una identidad política estatal o ciudadanía política. Se trata de dejar en claro dos procesos: la constitución identitaria y la subjetivación política.

Hay que estar precavido para no confundir la identidad de un individuo con su ciudadanía, su ser (privado) con su acción (pública), su sentido de pertenencia comunitaria con su actividad política (Tassin. E. 1999: 49/68). Se trata de diferenciar el “ser-en-común” de las comunidades culturales con el “actuar-juntos” de una comunidad política. Se debe, por lo tanto, diferenciar sus principios fundamentales. La identidad común se funda en el *principio de filiación*, consecuencia de compartir valores culturales. En tanto que la ciudadanía es consecuencia del conflicto político que está fundado en el disenso y adhiere al *principio de acción* llevado en nombre de principios (ídem: 51). Por ello no se deben asimilar dos regímenes diferentes -de individuación comunitaria y de subjetivación política- pues el primero hace a las relaciones que un individuo mantiene con la comunidad a la cual pertenece y el segundo a su accionar en el espacio público.

La pertenencia comunitaria responde a la pregunta de la *identidad*, individual y colectiva: *¿Qué soy?* o *¿Qué somos?* La respuesta ha de buscarse en el reconocimiento de un “yo” y de un “nosotros”. Ejemplos: Yo soy villamercedino, yo soy estudiante, “nosotros los puntanos” “ellos los chilenos” etc.

A su vez, como ciudadano miembro de una sociedad política, la pregunta a efectuarse es: *¿Qué hacemos?* (Soy un ciudadano y debo saber y participar) Todo ello es importante para no confundir el ejercicio de una actividad de ciudadano con la identidad cultural y, así, asegurarse de no subordinar el civismo a la cultura, el *demos* (pueblo) al *ethnos* (raza en sentido cultura).

La subjetivación política, concebida como ciudadanía -y por ello sólo concebible en un espacio democrático-, se elabora no en el compartir valores identificatorios sino por

medio de conflictos políticos en una confrontación con otros sujetos. (Debe recordarse que la política supone conflicto) En tanto que la lógica identitaria, en especial si se trata de un comunitarismo extremo, rechaza los procesos de subjetivación política, sino que busca unificar. Esto es porque en el disenso está la posibilidad individual de descubrir “quién es”, de descubrirse el sujeto a sí mismo como ciudadano, es decir como actor (singular) en un espacio plural.

La ciudadanía política sólo es concebible en democracia pues el autoritarismo y los totalitarismos no reconocen ciudadanos actores. Ser actor es indisoluble de las confrontaciones políticas y de intercambios argumentativos. Esta oposición no implica jerarquización de valores, sino que delimita dos registros de la existencia humana que implican “estilos de vida”. O sea, se puede ser un miembro identificado con una comunidad y a su vez un ciudadano que participa en el espacio público de esa comunidad.

En consecuencia, para elaborar un concepto moderno de ciudadanía se debe comenzar por reconocer estas distinciones problemáticas. Se trata de diferenciar:

- 1) existencia privada (identificación cultural) de existencia pública (subjetivación política);
- 2) nacionalidad, de ciudadanía; y
- 3) comunidad (bien común) de espacio público (bien público).

Pero también hay que reconocer que la identificación comunitaria es condición empírica de ciudadana, y por ende de la subjetivación política. Para constituir una cultura de ciudadanos hay que instituir actores y poner en perspectiva que su accionar será innovador, si entendemos por innovación la posibilidad constante de revisión de las acciones públicas. Esto significa, también, que en una específica cultura política los procesos sociales de constitución de identidad y ciudadanía son inseparables. La lógica histórica del proceso de constitución individual responde a la pregunta “¿qué soy?” y luego surge la pregunta “¿qué hacemos?”, pues ésta aparece en un agente ubicado culturalmente. Ello obliga a que en el análisis social haya que mirar el proceso de constitución de las identidades colectivas para ver si se abren ventanas de oportunidades para la conformación de ciudadanía o son sólo funcionales a la legitimación de otras formas de dominación. El siguiente cuadro aporta una perspectiva sintética de comparación entre los dos procesos de subjetivación social:

Cuadro 2: Matriz significativa de interpelación a los sujetos

	MODOS DE SUBJETIVACIÓN	
DIMENSIONES ANALÍTICAS	COMUNITARIA	REPUBLICANA
	Identidad político-cultural	Ciudadanía política
Dimensión ontológica individual	Ser	Hacer
Dimensión societal	Ethnos	Demos
Principio fundante	Filiación	Acción
Constitución de posición de sujeto	Individuación comunitaria	Subjetivación política de ciudadano
Construcción simbólica de estructuración Social	Relación Individuo - comunidad	Relación individuo-individuos en el espacio público
Bien preservado	Identidad colectiva	Bien público
Valores sociales	Comunitarismo	Civismo
Habitus político	Sujeto político dependiente	Actor político

Para cerrar esta cuestión es importante lo que expresa Fernando Savater (2000: 22) sobre la ciudadanía, entendida como “el derecho de cada persona a su autonomía, inviolabilidad y dignidad propia, sea cual fuere su origen étnico, su nacionalidad, su sexo, o su comunidad de pertenencia”.

II.- MODELOS DE CIUDADANÍA EN CLAVE POLITICA SOCIAL

El presente apartado es un resumen confeccionado por la Prof. Gabriela Ricart de Bustelo E. y Minujin A. (1997). *La política social esquiva* en Revista de Ciencias Sociales Nº 6, pp.7-56. Universidad Nacional de Quilmes.

El documento original se ha seleccionado y editado al solo efecto de facilitar la labor didáctica v

Introducción

En un contexto de importantes transformaciones económicas, políticas y sociales

acompañadas por continuas invocaciones para luchar contra la pobreza, las disparidades y las distintas formas de desigualdad social, América Latina sigue sin resolver importantes cuestiones relacionadas con el desarrollo. Ciertamente la más importante de estas cuestiones es la exclusión social de significativos segmentos de su población sumergidos en el desempleo, el sub-empleo, la pobreza y la indigencia. La política social continúa predominantemente caracterizándose por una modalidad asistencial-clientelista, supuestamente “compensadora” de los ajustes económicos y altamente “sensible” al ciclo electoral. Abandonándose a ser una dimensión marginal y posterior a la política económica, la política social destaca el carácter incompleto del desarrollo en América Latina al continuar esquivando el punto de lo que debería constituir su preocupación central: la concentración de la riqueza y el ingreso.

El presente trabajo pretende plantear la desigualdad en la distribución del ingreso y la riqueza como el punto central de la agenda económica y social de la Región y discutir propuestas para su superación a partir de un modelo de ciudadanía que recupere de la tradición de la política social la centralidad de los derechos, la solidaridad y, por, sobre todo, la construcción de formas más inclusivas de organización social.

Modelos de Ciudadanía: Ciudadanía emancipada, ciudadanía asistida.

Cuando un estilo o modelo de política social se hace hegemónico, una de sus primeras funciones es negar cualquier alternativa rival que implique un desafío a su dominio conceptual. En el caso de América Latina, la perspectiva de una política económica neoconservadora basada en el denominado “Consenso de Washington” que implica, según veremos, una visión muy particular de los derechos sociales y la ciudadanía, ha conseguido implementar un enfoque de política social a la que pareciese no existir una posibilidad viable distinta, equitativa y eficiente. Veremos que ello no tiene fundamentos sólidos.

Siguiendo el planteamiento, veremos que hay esencialmente dos modelos rivales de ciudadanía que hoy disputan la orientación conceptual de la política social en América Latina. Sin embargo, debemos aclarar antes qué se entiende por modelo.

En nuestro caso, se usa la palabra modelo en el sentido de paradigma; como una representación simple de un conjunto valores y conceptos estructurados con un cierto nivel de consistencia. En un modelo es posible reconocer y definir con relativa precisión el conjunto de dimensiones relevantes que estructuran el respectivo paradigma. A través de las distintas dimensiones que componen un modelo es posible entender y diferenciar

dos paradigmas de ciudadanía que se han ido cristalizando en la historia de la política social.

Ahora bien, los modelos no se dan en estado “puro” en la realidad ya que ésta es por definición mucho más compleja. Aun así, los modelos posibilitan diferenciar las formas y/o diferentes estilos de política social en el mundo real y referenciarlos y catalogarlos en términos de dos formas básicas de ciudadanía.

El centrar la discusión sobre modelos de ciudadanía tiene la ventaja de que permite analizar, a través de los mismos, las distintas formas que adquiere la política social en el ámbito de lo concreto. Después de todo, la política social no es más que el conjunto de instrumentos para operacionalizar e implementar distintas modalidades de ciudadanía. La relación modelo de ciudadanía y política social permite entonces captar el sentido más profundo de una determinada política social, qué fines últimos se persiguen y también evaluar las relaciones de correspondencia entre la política como medio y la realización de un conjunto de valores –el modelo de ciudadanía– como fin. Este punto no es menor ya que distintas formas de la política social pueden aproximarse mucho en el tipo de instrumentos que usan, pero tener una estructura de valores y fines muy diferentes. Así, por ejemplo, la descentralización como instrumento de política social puede ser postulada tanto desde un modelo de ciudadanía asistida como en uno de ciudadanía emancipada, y en ambos casos, perseguir fines absolutamente diferentes: en un caso, diluir la “esfera de lo público” a lo “local”, fragmentar la demanda de servicios y restringir la participación de las personas a los problemas específicos que los aquejan, mientras que, en el otro caso, se trata de ampliar los espacios de lo público a través del ejercicio de una ciudadanía plena y la participación democrática.

Volviendo a nuestro punto, entonces, podemos reconocer predominantemente dos modelos de ciudadanía que hoy disputan el contenido de la política social en América Latina. Uno es el *modelo de ciudadanía asistida* (CA) y el otro el de *ciudadanía emancipada* (CE). Para poder diferenciarlos se utilizan diez dimensiones que consideramos relevantes desde el punto de vista del desarrollo histórico de la ciudadanía según, figuran en el Cuadro 1 a continuación.

Para cada una de las dimensiones utilizadas y la conceptualización de los modelos se han tenido en cuenta los trabajos pioneros de Titmuss en el Reino Unido (Titmuss, 1958 y 1974) y de Varsavsky en América Latina (Varsavsky, 1971) así como algunas elaboraciones posteriores (Bustelo, 1990 y Demo, 1995). Lo que sigue es una descripción sucinta de las mismas.

MODELOS DE CIUDADANÍA		
Ciudadanía	Asistida	Emancipada
Igualdad	Fuerte estratificación social. La desigualdad social es “natural”. Políticas gubernamentales distributivamente “neutras”.	Objetivo importante. Todo se analiza por su impacto distributivo. Las políticas públicas orientan el proceso de acumulación.
Solidaridad	Dentro de cada estrato social. Alta competitividad. Individualismo posesivo. Para los pobres: asistencia.	Solidaridad social no competitiva. Cooperación, reciprocidad y simetría social. Altruismo.
Movilidad Social	Competencia: los mejores triunfan. Los individuos “ascienden” por canales de movilidad “reconocidos” p.e., el sistema educativo.	Fuerte. Igualdad de oportunidades en educación, salud, ante la ley, etc. Habilidad a los conocimientos y “códigos” para ascender socialmente.
Sociedad	Atomizada. Prioridad al interés individual y particular. Sociedad reducida a “relaciones sociales”.	Sociedad como ‘Nosotros’. Fuerte esfera pública. Comportamiento sistémico: complementariedades y reciprocidad.
Inclusión	A través del Mercado. Participación restringida: sólo para resolver problemas específicos. Los excluidos como “ciudadanía subsidiada”.	Fundamental. A través del trabajo productivo. Participación amplia: social, política y económica. Ciudadanía emancipada. Democracia activa.
Pobreza	Pobres “objeto” de intervención de políticas gubernamentales. Focalización de programas para pobres.	Constitución de sujetos sociales autónomos. Prioridad sobre la distribución del ingreso y la riqueza: pobres y ricos.
Género	En estratos altos, incorporación de la mujer al modelo del varón. En estratos bajos, mujer en situación de pre-ciudadanía.	Equidad de género. Mujer con ciudadanía plena.
Derechos Humanos	Derechos civiles individuales y derechos políticos. Derechos sociales no “demandables”.	Programa ético básico. Unidad de los derechos humanos: políticos, económicos y sociales.
Estado y Mercado	Estado mínimo y marginal. Mercado asignador de los recursos. El Mercado determina lo social y político. “El mercado” manda. Libertades negativas.	Estado activo y democrático. Fuerte “esfera pública”. Mercado instrumento y no un fin. Mercado y eficiencia compatibles con regulación democrática. Libertades positivas.

Política social y Política económica	Política económica central y hegemónica. Política social marginal y posterior a la política económica. La economía es un fin en sí mismo. Concepción tutelar o de “ciudadanía asistida”.	Unidad de la política social y la económica. Política económica es instrumental y no un fin y está sujeta a regulación democrática. Construcción de la nación “social”. Inclusión social como “nosotros” y como ciudadanía plena.
---	--	--

El Modelo de CA se ubica en la tradición más conservadora de política económica y social. Es la concepción hegemónica asociada a los ajustes económicos y modelos de apertura económica predominantes hoy en América Latina, particularmente relacionados con el denominado “Consenso de Washington” (Williamson, 1996).

Se parte de una concepción atomística de la sociedad en la que se reconocen individuos con intereses como el principio básico organizador de toda asociación humana. El arquetipo de modelo es el “hombre económico”, el que maximizando su beneficio personal automáticamente beneficia al conjunto social.

Las libertades negativas constituyen su vertebración teórica más profunda. Son libertades negativas aquellas mediante las cuales se garantiza el ejercicio pleno de las libertades individuales sin interferencia del estado, de otras personas o, en general, de argumentos que invoquen una razón pública. Así el estado debe ser mínimo y no alterar ni interferir sobre el mecanismo autorregulativo básico en el que se encuentran y optimizan socialmente los intereses de millones de vendedores y consumidores, esto es, el mercado. El mercado es concebido como un mecanismo autorregulatorio, autónomo de la política y la política social, y además su lógica es hegemónica en la formulación de políticas públicas: por eso siempre hay que “escuchar” a los mercados.

No hay modelos ventajosos de cooperación: el estilo es el del “free rider”. Al no existir el “bien público” (otro que el mercado) como algo superior al interés de los individuos, no existe tampoco la posibilidad de políticas públicas.

La ciudadanía es concebida esencialmente como de naturaleza civil. La ciudadanía política es sólo de derechos formales, principalmente el derecho a elegir y ser elegido. Los derechos sociales no son demandables en un sentido positivo a menos que tengan una base contributiva, por ejemplo: un seguro social que consolida en una cuenta individual las contribuciones de cada persona juntamente con los beneficios calculados actuarialmente. Los derechos sociales en el caso de que sean asimilables a servicios sociales están sujetos a la disponibilidad de recursos: por eso son en realidad sólo

“conditional opportunities” (Barbelet, 1988).

No hay preocupación por la distribución del ingreso y la riqueza ya que las desigualdades son naturales y fruto del triunfo de los más aptos. Por lo tanto, las políticas del estado deben ser marginales y distributivamente neutras. Las denominadas políticas sociales deben concentrarse (focalizar) sobre la pobreza y los grupos socialmente más vulnerables formando “redes de contención”, y no sobre la distribución del ingreso. En este punto la política social de CA se junta con el viejo clientelismo electoral y paternalismo social (de ciudadanía “tutelada” por un “líder”) que ha estado tradicionalmente vigente en América Latina. En los presentes ajustes económicos basados en el modelo de economía abierta, la política social se percibe como necesaria para establecer las bases de gobernabilidad que garanticen la legitimación de las reformas exigidas por el mercado.

Las distintas formas de transferencias de ingreso a los pobres que implican la política social se basan sobre una ética de compasión que fundamenta el subsidio: la ciudadanía social es esencialmente una ciudadanía subsidiada. Desde el punto de vista del cálculo económico el subsidio es un desincentivo y, por lo tanto, su uso debe ser marginal y transitorio. Es posible desarrollar políticas de salud y educación estatales mínimas fundamentadas en el capital humano y cuya estructura no escapa a la lógica privada: los individuos invierten en sí mismos calculando el retorno futuro de esas inversiones. También para enfrentar los imponderables y riesgos de la vida, los individuos deben capitalizar parte de sus ingresos en fondos privados o seguros que siguen una lógica actuarial individual. En este punto, la política social “cierra” con la económica ya que provee los fondos necesarios para aumentar el ahorro que se canaliza a la inversión a través del mercado de capitales.

El modelo de CE reconoce otra tradición conceptual, desde los tempranos pensadores utópicos incluyendo los socialistas, y que culmina en los procesos que provocaron el desarrollo del denominado “Estado de Bienestar”, con las reformas sociales impulsadas por los Fabians y Beveridge en Inglaterra, por G. Moller en Suecia (Olson Hort, 1993) y en el ámbito académico por las contribuciones ya mencionadas de Thomas Marshall y Richard Titmuss. Para esta tradición el tema central lo constituye la igualdad social como valor central, entendida principalmente como derecho de las personas –en tanto que miembros/socios de un esquema de cooperación social común– a tener iguales oportunidades para acceder a los bienes social y económicamente relevantes. Igualdad implica equidad –proporcionalidad en el acceso a los beneficios y costos del desarrollo–

y, también, la justicia redistributiva basada en la solidaridad colectiva.

Un esquema de cooperación social implica la existencia de un “nosotros” como posibilidad de hacer viable una sociedad humana particular. No se niega a los individuos, pero hay sociedad y en consecuencia hay esfera pública, en el sentido de una preocupación por lo común, por lo compartible, por el interés del conjunto. El “nosotros” coincide con “lo social” como “asociados”, como el conjunto de “socios” solidarios en una propuesta de cooperación mutua compartida. El “nosotros” como propuesta concreta no es sino compartir una comunidad de argumentos: y esto consiste esencialmente en la definición de a dónde se quiere ir y cómo se pretende caminar. El “nosotros” se constituye así en la dimensión fundante de una sociedad, lo que se hace más relevante en un mundo globalizado en donde se compite con otros proyectos sociales y productivos. Las libertades individuales en la forma de libertades negativas son importantes, pero igualmente relevantes lo son las libertades positivas: ampliar el campo de las personas para acceder a las oportunidades que les permitan su superación y desarrollo. Así, la igualdad más que una propuesta niveladora es un proyecto habilitador.

Así planteada, la CE es por definición una propuesta socialmente inclusiva. Todos forman parte de la conversación a través de la cual se desarrolla una comunidad de argumentos. Y en la comunidad de argumentos hay algunos que son claves para reducir los múltiples aspectos a través de los cuales se reproduce la exclusión: el acceso a un empleo productivo, a una educación de calidad y a los códigos socialmente relevantes que permiten a mujeres y hombres participar y ampliar el campo de sus derechos y responsabilidades. En la CE las personas no son “pacientes” –como objetos de tratamiento o intervención pública– sino actores en su doble dimensión individual y societaria: la emancipación es individual ya que los individuos son autónomos. Pero la emancipación no se cuenta de uno a uno, no es una sola, no es única. Implica, como se dijo, una comunidad de argumentos y una responsabilidad por el conjunto: por eso se trata de una emancipación democrática.

El mercado y la lógica de la ganancia no son sancionables en sí mismos, pero son claramente posteriores. Aquí todas las instituciones políticas, económicas y sociales son analizadas según sus efectos sobre las personas, sobre mujeres y hombres, sobre las nuevas generaciones, sobre si contribuyen a emancipar o a generar dependencia, sobre si degradan, humillan, explotan o concentran poder y riqueza sobre los que deberían tener igualdad de oportunidades.

Como se ve desde el análisis anterior, existen y han cristalizado a través de la

historia dos modelos rivales de ciudadanía y los dos pueden ser plausibles en la realidad de América Latina. Ahora bien, despejado el punto de que no hay alternativas corresponde tratar ahora el argumento sobre el carácter utópico-ideal y hacer algunas precisiones sobre el modelo de CE.

En primer lugar, existe una tensión natural y permanente entre cómo las sociedades son y cómo deberían ser de acuerdo con los valores de igualdad y solidaridad. Es por eso que una CE es social y democráticamente construible. Como lo explica Veca (Veca, 1996), esto presupone “una actitud de confianza razonable –no prometeica– en la posibilidad de diseñar, reformar, corregir y renovar instituciones políticas, económicas y sociales en la dirección coherente con la idea de igualdad”. El carácter de construcción social implica superar una propuesta reducida al compromiso sólo individual o con un proyecto específico o la propuesta banal ridiculizada por R. Rorty (Rorty, 1992) de pretender que la gente sólo “sea más amable y generosa y menos egoísta”.

En segundo lugar, no podría dejar de mencionarse que en el presente contexto de economías abiertas en donde se exigen mayores niveles de productividad e incorporación tecnológica, de desmantelamiento de la intervención estatal y en donde han aumentado las distintas formas de exclusión como la pobreza, las desigualdades, el desempleo y la precarización del trabajo, la nueva “governabilidad” exige la reducción de la política a ser meramente el arte de gobernar los imperativos del sistema de mercado y la lógica de la ganancia. Un determinismo de esa naturaleza negaría toda posibilidad de libertad humana. En el contexto de una CE el rol de las personas no es el de meros espectadores sino el de participantes, habilitados para construir.

En tercer lugar, tampoco se plantea con la CE el regreso del “Gran” proyecto o el “Gran” experimento ni mucho menos resucitar las distintas variedades de “megadiscursos”. No hay ninguna marcha ineluctable de la historia ni la promesa de una redención humana definitiva. La CE se construye democráticamente como un proceso de expansión –no necesariamente lineal–, de una conversación compartida sobre cómo incluir a mujeres y hombres en la igualdad, en un “nosotros” que los libere de las distintas formas de exclusión económica, social y política.

Reflexiones finales

A pesar de las declaraciones y de los ingentes recursos financieros que se invierten para implementar distintas modalidades de políticas sociales “asistenciales/tutelares” de ciudadanía, la pobreza sigue aumentando, nuevos sectores sociales son crecientemente vulnerables, se expanden en fin las distintas modalidades de exclusión social y la

desigualdad social exhibe niveles verdaderamente alarmantes. La hipótesis principal de este trabajo es que la política social predominante en la Región continúa esquivando el principal problema social: la desigualdad en la distribución del ingreso y la riqueza.

Paralelamente se han revisado en el trabajo de una manera sintética las distintas tradiciones de la política social para concluir que gran parte de la explicación de su desarrollo tiene que ver con cómo construir mayores márgenes de igualdad social, cómo incorporar a la gente al empleo productivo y cómo fortalecer los procesos de solidaridad social. Y todo ello tiene que ver, por último, con los procesos de expansión de los espacios de inclusión social a través del reconocimiento de los derechos que posibiliten a los ciudadanos emanciparse de las limitaciones materiales y de los intentos de manipular y tutelar su desarrollo. El medio y no el fin para sustentar una ciudadanía emancipada son las condiciones materiales –ingreso y riqueza productiva– que posibilitan su expansión.

Se trata de poner en movimiento un proyecto social y productivo construible democráticamente para enfrentar los desafíos de una economía globalizada. Expandir el proceso para una ciudadanía emancipada con todo lo que ello implica –fundamentalmente hacer política social como en su verdadera tradición–, es acumular en capital social, que es lo que “sella” económica, social y políticamente una organización social para posibilitarle su desarrollo. Un programa redistributivo no presupone una verdad definitiva y acabada.

Por el contrario, implica sumergirse en la incertidumbre de la construcción de la justicia social y, en un estado esencialmente deliberativo, para poder procesar los acuerdos/soluciones imprescindibles para la democracia y el desarrollo.

Bibliografía:

Bustelo E. y Minujin A. (1997). *La política social esquiva* en Revista de Ciencias Sociales N° 6, pp.7-56. Universidad Nacional de Quilmes.

Trocello, M. G. (2009). *La manufactura de ciudadanos siervo: cultura política y regímenes neopatrimonialistas*. Ed. Nueva Universidad - U.N.S.L. San Luis.



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj
Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

Documento de cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart

UNIDAD N° 4

LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CIUDADANÍA.

I. LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS: A. La doctrina de la seguridad nacional: 1. Una ideología en sentido sustantivo. 2. Desarrollo y seguridad. 3. La militarización de la vida cotidiana. B. La Operación Cóndor: 1. El impacto de la guerra fría en América del sur, 2. El papel de Estados Unidos, 3. La Operación Cóndor: inicios, estructura y fines, 4. Los desaparecidos.

II. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: 1. Encuadre histórico político. 2. Tipificación de los delitos del derecho penal internacional: a. Genocidio, b. Delitos de lesa humanidad, c. Crímenes de guerra, d. Delito de agresión. 3. Principio de complementariedad e inicio del procedimiento. 4. Efectos jurídicos.

I. LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS.

A. La doctrina de la seguridad

El punto A. del primer apartado de la unidad ha sido elaborado por la Dra. María Gloria Trocello en el año 2014.

A principios de la década de 1970 el descontento de gran parte de la población tomó la forma de protestas violentas y se formaron grupos de guerrilleros, algunos con importante capacidad operativa. El poder militar que había asumido en 1966, sumido en el descrédito decidió llamar a elecciones. Resultó vencedor un candidato peronista, Héctor J. Cámpora, que renunció y volvió a llamar a elecciones para facilitar el acceso de Juan Domingo Perón, que comenzó su tercera presidencia.

El nuevo gobierno intentó reflotar las medidas que habían resultado exitosas casi treinta años antes, sin embargo, el escenario era radicalmente diferente: el partido oficialista evidenciaba graves problemas internos entre los sectores de derecha e izquierda, y parecía incapaz de resolver los conflictos. De hecho, puede advertirse a lo largo del período una nueva incongruencia entre el poder formal con instituciones funcionando, y una realidad política violenta impuesta por el accionar de la guerrilla y de los grupos para-policiales y para-militares organizados desde el interior del propio gobierno.

Se había instalado en el imaginario colectivo la escalofriante convicción de que la opción entre la “utopía” revolucionaria de la guerrilla o el “orden” de los militares tendría una resolución violenta. En medio de este incierto panorama, el 1º de julio de 1974, moría Perón, y a mediados de 1975, estalló la crisis económica, y se generalizó el conflicto social. La resolución fue violenta e instaló un régimen que en pocas palabras Felipe Pigna sintetiza:

“La dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983 contó con el decisivo respaldo de los grandes grupos económicos nacionales y el financiamiento permanente de los grandes bancos internacionales y los organismos internacionales de crédito como el Banco Mundial y el FMI. El saldo de su gestión fue el de miles de muertos y desaparecidos, centenares de miles de exiliados, la derrota del Ejército argentino en Malvinas, la multiplicación de la deuda externa por cinco, la destrucción de gran parte del aparato productivo nacional y la quiebra y el vaciamiento de la totalidad de las empresas públicas a causa de la corrupción de sus directivos”.⁴

Pero además de este vergonzoso listado de infamias, el régimen del terrorismo de Estado también realizó un pulcra tarea de implantación de una nueva cultura política: la sociedad era penetrada en sus creencias utilizando todos los recursos ideológicos del

⁴ Historiador argentino ver http://www.elhistoriador.com.ar/historia_argentina/historia_argentina.php

Estado, especialmente el sistema educativo y los medios masivos de comunicación social con la intención de reorganizarla e instalar *un sistema en donde las concepciones de orden y la autoridad penetraban capilarmente en la sociedad civil desde una visión radicalmente autoritaria, vertical y paternalista con que el propio régimen autoritario se concebía a sí mismo* (O'Donnell G. 1984)⁵.

1. Una ideología en sentido sustantivo

Se entiende que la *doctrina de la seguridad nacional*, es un cuerpo de creencias que constituye una ideología en sentido sustantivo (Sigal, S. y Verón E., 1986: 4)⁶ tal como se explicó en la presente unidad. O sea, es un sistema intelectual estructurado que ofrece un guión para interpretar la realidad. Pero además tiene la pretensión normativa de presentarse como la mejor forma de concebir la vida en sociedad, y por ser una ideología de corte autoritario procura organizar un orden social con esas características.

Para ello intentará bucear en el orden simbólico y construirá su discurso basado en el orden mítico para justificar la violación del Estado de derecho, y así presentar a la democracia como incapacitada de gobernar. Se exaltan como valores absolutos el orden y la seguridad, para garantizar la supervivencia de un modo de vida que se definía como occidental y cristiano.

Las fuentes del discurso y los sistemas de creencias que justificaba el accionar de las Fuerzas Armadas se deben buscar en el integrismo de la ultraderecha católica e hispana que explica el mundo desde la concepción maniquea de dos fuerzas encontradas: el occidente espiritual y el materialismo marxista. El totalitarismo marxista, es presentado como que generaba múltiples y complejas formas de infiltración en la sociedad civil: sindicatos, escuelas, iglesia y familia que quedaban a merced de los diversos modos de accionar subversivos. Además, se entendía que esta infiltración solapada utilizaba los medios masivos de comunicación y el sistema educativo como formas de llevar a la descomposición social.

Frente a este diagnóstico desde los Estados Unidos, en la Escuela de las Américas de Panamá se plantea la visión geopolítica de la existencia de una guerra total y permanente que debía desplegarse con dos frentes de lucha: uno externo, los países comunistas, y uno interno en los países latinoamericanos representado por “la guerrilla” y “el subversivo”. Dado que “Occidente” debe pasar al ataque, debía redefinirse en rol de

⁵ O'Donnell, G. (1984) "Democracia en la Argentina: micro y macro" en *El Proceso, crisis y transición democrática*. Oszlak, O. (org.), Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

⁶ Sigal, S. y Verón, E. (1986) *Perón o muerte. Los fundamentos discursivos del fenómeno peronista*, Buenos Aires: Ed. Legasa.

las fuerzas armadas latinoamericanas en lo se vio como guerra contrarrevolucionaria. Estados Unidos toma a su cargo la seguridad hemisférica y las fuerzas armadas de los países latinoamericanos deben ocuparse del frente interno subversivo. En esta guerra total, el único cuerpo de la sociedad que conserva la pureza ideológica eran las Fuerzas Armadas, y a ellas deberán someterse los restantes organismos de seguridad. Para llevar adelante esta guerra antisubversiva la oficialidad es preparada en instituciones militares estadounidenses, especialmente en la citada Escuela de las Américas que se encargó de instruir a militares y policías de toda América Latina en técnicas contra-insurgentes, y que fue la organización que promovió las violaciones a los derechos humanos y la represión clandestina de todos los gobiernos autoritarios de la región.

La mayoría de los estudiosos del tema de la doctrina de la Seguridad Nacional, coinciden en reconocer que la primera conceptualización crítica sobre esta ideología la efectuó el sacerdote belga Joseph COMBLIN - profesor ordinario de la Facultad de Teología de la Universidad Católica de LOVAINA y profesor visitante de HARVARD- en su obra "La Ideología de la Seguridad Nacional". En ella demarca claramente las contradicciones a las que arriba esta ideología generando los mayores extremos de inseguridad pues "apaga una serie de diferenciaciones que parecían hacer parte de la herencia de la civilización"⁷.

En primer lugar, suprime la diferencia entre **violencia y no violencia**. Para obtener la seguridad debe echarse mano a todo tipo de medios, sean estos violentos o no. Presiones económicas, técnicas, psicológicas y otras metodologías pueden ir de la mano –o alternarse- con la agresión armada, conforme lo exija la lucha frente al enemigo. Esto trae como consecuencia, y en el plano de la política externa, no se puedan marcar las diferencias entre guerra y diplomacia, y en el plano de la política interna se borren las barreras entre lo constitucional y lo anticonstitucional. Si cualquier metodología es válida pueden violarse normas de convivencia internacional e invadir a otros pueblos, para asegurar el modo de "vida democrático" definido por los EEUU. Vietnam fue el ejemplo más contundente de esa época. Desde el punto de vista interno el golpe de Estado es la metodología anticonstitucional que se utilizará para acceder al dominio del Estado y efectuar el sometimiento de la sociedad civil.

En segundo lugar, la doctrina de la seguridad nacional destruye la distinción entre

⁷ Las citas han sido extraídas de la transcripción efectuada por Salvador María LOSADA en "Inseguridad y Desnacionalización: La Ideología de la Seguridad Nacional" La Ideología de la Seguridad Nacional. Ir.1 Cid Editor.Bs. As. 1983.

política externa y política interna. El enemigo es el mismo, adentro o afuera del país: el terrorista, lo que conlleva destruir la distinción entre policía y militares. En democracia las FFAA se deben encargar de la seguridad externa y la policía de la interior.

Y finalmente la tercera pérdida de distinción es entre **violencia preventiva y violencia represiva.** Se justifica la guerra preventiva y transformarse en agresor. Esto, en el orden interno, se va a traducir en la posibilidad de actuar, ante la simple sospecha de que algunas conductas pongan en peligro posterior la seguridad nacional. No es necesario probar la culpabilidad previa del delincuente para aplicar la pena. Las fuerzas armadas actúan violentamente ante la sospecha.

2. Desarrollo y seguridad

No quedaría una conceptualización clara de esta doctrina, si no se entendiera que su aplicación era necesaria para asegurar un sistema económico que favoreciera los intereses de las transnacionales y el gran capital nacional asociado a éstas. Por ello el concepto de desarrollo va a adquirir una significación especial y prioritaria.

Hoy, todas las corrientes políticas y económicas hablan de desarrollo. Sus diferencias pasarán por determinar los fines que se propone con ese desarrollo. Se deberá entonces diferenciar si se buscará llevar adelante un tipo de desarrollo que contemple únicamente los intereses del gran capital, o si se tratará de un proyecto de crecimiento económico que tenga como objetivo generar una distribución mas equitativa en pos de hacer realidad la justicia social.

En nuestro país, a partir del golpe de 1966 los conceptos seguridad y desarrollo aparecen estrechamente unidos. A través de las leyes 16.964 (Desarrollo) y 16.970 (Defensa Nacional) se crearon organismos especializados en planificar y generar las políticas sobre estos temas, eran el CONADE (Consejo Nacional de Desarrollo) y CONASE (Consejo Nacional de Seguridad) y dependían directamente de la Presidencia de La Nación.

Para la doctrina de la Seguridad Nacional, los conceptos de desarrollo y seguridad son interdependientes. El desarrollo se concibe como necesario para la seguridad y ésta como requisito para la existencia del crecimiento económico.

¿Pero qué desarrollo? no se trata de un concepto de desarrollo cuyo fundamental objetivo sea asegurar la vida digna de los habitantes; sino que buscará reafirmar el sistema capitalista favoreciendo sólo la acumulación para el gran capital y fomentando la inversión extranjera.

En países insertados como dependientes en el capitalismo mundial -tal el caso de

Argentina- se implantará la salida del libre mercado como la única posible. La lógica de la libre competencia descarnada, sólo podría favorecer a los más poderosos. Nuestra industria pequeña y mediana -que es donde en su mayoría se encuentra volcado el capital nacional- se encontraba inerte para competir frente a los productos importados que ofrecían mejores precios. Imposibilitada de generar nuevas tecnologías, endeudada para adquirir bienes de inversión y licencias, no pudo sobrevivir. En un mercado impregnado de eficientismo, perdió nuestra industria, perdió el capital nacional y se profundizó la dependencia económica.

3. La militarización de la vida cotidiana

Comprender que una ideología es un modo de concebir el mundo y la vida, ayudar a entender su íntima relación con los valores que sustenta. Si por encima de los derechos de la persona humana, se colocan otros valores como el orden y la seguridad, no vacilará en vulnerarlos. El derecho a la vida, a pensar., la libertad y la justicia, decaen frente a un autoproclamado humanismo que se olvida de los hombres.

El diagnóstico que los militares hacían en lo macro político generó a nivel micro social que se removieran los autoritarismos y miserias en la sociedad civil y se engendrara de esta forma *un pathos microscópico* para garantizar para siempre una meta central: *que nunca más sería subvertida la AUTORIDAD de aquellos que, a imagen y semejanza de los grandes mandones del régimen, tenían en cada microcontexto, según esta visión, el derecho y la obligación de MANDAR* (O'Donnell, G. (1984:4)

El régimen militar puso en marcha un sistema represivo basado en la intimidación, la tortura, la muerte y desaparición de personas. Para ello, implantó una estructura represiva oculta con centros clandestinos de detención y grupos de operaciones destinados a la acción antsubversiva. Pero la intención de la cúpula miliar gobernantes - y los cuadros de seguidores- iba mas allá de la aniquilación física, se debía también liquidar todo lo que a su entender había deformado el “cuerpo social de la Nación”.

Guillermo O'Donnell describe con diáfana contundencia:

Si desde el aparato estatal se nos despojó de nuestra condición de ciudadanos y se nos quiso reducir, por los mecanismos del mercado, a la condición de obedientes y despolitizadas hormigas, en los contextos del cotidiano -el de las relaciones sociales y los patrones de autoridad que tejen la vida diaria- se intentó llevar a cabo una similar obra de sometimiento e infantilización: los que tenían “derecho a mandar”, mandando despóticamente en la escuela, el trabajo o la familia. (ídem: 4)

Es decir que la pretensión de quienes gobernaban era sentar las bases para instalar

una ideología basaban la idea de un orden natural de derechos de mando.

La militarización de la vida, dejó muchas secuelas. El individualismo, el convencimiento de poseer “la Verdad” por sobre las verdades ajenas, el no te metas, el consumismo, el pragmatismo exacerbado, las conductas mesiánicas, y los reiterados despliegues de ese "Pathos" autoritario -que no nació en 1976, y se niega a abandonarnos- sólo, algunos de los ejemplos de lo hondo que caló una ideología que, cuando se implantó desde el poder, despojó a los hombres de su condición de tal.

Como ejemplo de la negación de la ciudadanía asociada a la degradación del ser humano se transcribe la nota del diario Página 12 escrita por Miriam Lewin el lunes, 5 de mayo de 2014. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-245499-2014-05-05.html>

Putas y guerrilleras

Militantes en su juventud y periodistas después, las autoras relatan –en el libro *Putas y guerrilleras*, que distribuye Planeta en estos días– las torturas, abusos y violaciones que sufrieron cientos de mujeres en los centros clandestinos en la década del '70. En algunos casos fueron también relaciones tortuosas nacidas bajo tormentos con sus victimarios. Aquí, como anticipo, un extracto de la introducción de Miriam Lewin.

■ Por Miriam Lewin

Mártires y prostitutas

Era un 24 de marzo, aniversario del golpe, y me habían invitado a Almorzando con Mirtha Legrand. Aceptar estar ahí significaba para mí renunciar a ir a la ESMA, ahora a un acto multitudinario, el día de su conversión en espacio para la memoria. Decidí ir al programa de la ex diva del cine argentino devenida entrevistadora, sobre todo porque iban también Estela de Carlotto, presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, y Mariana Pérez, cuyos padres, desaparecidos, habían militado conmigo. Mariana había buscado incansablemente a su hermano Rodolfo, nacido en la Escuela. Yo había estado presente en el parto. Había visto a ese bebé sobre el pecho de su madre, sabía que había sido arrebatado después y había declarado en tribunales sobre el tema. La mesa la completaban dos jueces del Juicio a las Juntas y un periodista. Seguramente el programa iba a ser visto desde sus casas por mucha gente que aún no sabía o no reconocía la verdadera dimensión de lo que había pasado en los dominios del grupo de tareas 3.3.2. Otros miles de personas se reunirían a la misma hora en Avenida del Libertador, frente al campo de concentración, donde el presidente Néstor Kirchner iba a compartir el escenario con Juan Cabandié, otro recién nacido a quien yo había visto en noviembre de 1977 en un pasillo del campo, en brazos de su mamá, una chica de dieciséis años, después asesinada.

Llegué temprano. Un productor veterano, que conocía sólo de vista, me atajó en la entrada. Me llevó a un costado y, consternado, me advirtió que “la vieja” tenía planeado hacerme algunas preguntas inconvenientes y que quería que yo estuviera prevenida.

¿Qué preguntas inconvenientes? –indagué, con la seguridad de que no iba a ir más allá de lo que alguna vez me habían preguntado los defensores de los militares en algún proceso al que había ido como testigo. Por lo general, me atribuían –para descalificarme– hechos armados, atentados o secuestros en los que no había participado.

El productor tosió, nervioso.

–No sé, me imagino que algo tendrá que ver con la colaboración, con la delación. Te lo adelanto para que no te sientas incómoda.

–No te preocupes, estoy acostumbrada. Te lo agradezco mucho.

Tenía en claro para qué estaba ahí y las intrigas no me importaban. El día de la recuperación del espacio del campo de concentración para la sociedad civil yo le iba a hablar a una parte de ella que tal vez nunca había prestado atención al tema. Tal vez si lo decía sentada a la mesa de Mirtha todos comprenderían. Me vinieron a buscar y me arrearon al estudio.

Detrás de unos paneles me colocaron el micrófono, casi invisible, un cable que trepaba por debajo de mis ropas hasta el escote y un receptor colgando de la cintura. En pocos minutos estaba en el centro de la escena, rodeada por cristales, jarrones con flores, brocados, caireles, alfombras y cortinados. Ya había concluido el rito acostumbrado de la descripción del vestuario, zapatos y joyas de la conductora, y las risitas y aplausos del enjambre de asistentes y empleados que la acompañaba detrás de cámaras.

Era una jornada especial. No hubo almuerzo servido por mucamas de uniforme. Tampoco se distribuyó el regalo acostumbrado para cada invitado, un reloj pulsera. “No es un día para festejar”, dijo Mirtha, y todos asintieron, admirando su sensibilidad.

No sé cómo ocurrió. No me acuerdo si ella tenía la pregunta anotada en un papel “ayudamemoria”. Tampoco recuerdo si en ese momento estábamos solas, todo lo solas que se puede estar frente a una audiencia de cientos de miles de personas... Pero después de hacerme una observación sobre lo bien que me quedaba mi nuevo color de pelo, me disparó: “¿Es verdad que vos salías con el Tigre Acosta?”. Hubo un silencio sólido, un contener la respiración de todos los que estaban en el estudio.

–¿Cómo que “salía”?

–Bueno... –recló–. Si es verdad que salían a cenar, eso es lo que dice la gente...

Inhalé profundamente, como reuniendo fuerzas. Podría haberme levantado y salido del estudio, podría haberme ofendido. Seguramente, la escena habría sido reproducida decenas de veces en los programas de chismes del espectáculo. “Periodista de Puntodoc le hace un desplante a Mirtha cuando le pregunta si tuvo un amorío (nadie diría ‘fue abusada sexualmente’, por supuesto) con el jefe del grupo de tareas de la ESMA.” Pero no lo hice. Le respondí.

–Es verdad, nosotras mismas lo relatamos en el libro *Ese Infierno* que escribimos sobre lo que vivimos en el campo. Nos sacaban a cenar. No salíamos por nuestros propios medios. No teníamos derecho a negarnos. Eramos prisioneras. Nos venían a buscar los guardias en plena noche y nos llevaban. A una compañera, Cristina Aldini, el Tigre Acosta la llevó a bailar a Mau Mau después del asesinato de su marido. Que a una mujer la lleven a bailar a un lugar de moda los asesinos de su compañero me pregunto si no es una forma refinada de tortura. A Cristina un oficial de la ESMA le llevó la alianza de su esposo, Alejo Mallea, a su cucheta en Capucha, adonde estaba engrillada, para demostrarle que lo habían asesinado. Le preguntó si ella quería ver el cadáver. Cristina al principio dudó, pero después aceptó porque pensó que, de lo contrario, siempre se iba a quedar con la incertidumbre. Cuando lo vio, tenía dos tiros en la cara. Uno era el de gracia, entre ceja y ceja. Lo habían ejecutado.

Mirtha se sintió en falta. Miró detrás de cámaras, como buscando apoyo.

–Bueno, yo tengo que preguntar...

Nadie contestó.

–¿O está mal que pregunte? –dijo, al borde del lloriqueo, ensayando un mohín angelical.

Cuando todo terminó, me acompañó a la puerta una productora.

–No sé cómo pedirte disculpas –me dijo, resoplando y sacudiendo la cabeza. Me dio la impresión de que a ella también le había dolido. Era una mujer de mi edad. Parecía abatida, indignada, avergonzada. Tal vez tenía algún pariente o amigo desaparecido, pensé.

Ese “salías” de Mirtha encerraba un significado concreto. Tenía razón en sorprenderse por la reprobación de su claqué. Probablemente Mirtha encarnaba el pensamiento de miles de personas, esas que hubieran querido preguntar como ella, así, elípticamente, si me había salvado por acostarme con el jefe del grupo de tareas. Porque alguna explicación tenía que tener que yo hubiera pasado de encapuchada en el campo de concentración a invitada a la mesa de la diva. Y su pregunta implicaba una condena, una sentencia que en ese momento no supe desarticular dando vuelta el argumento, provocándola como ella me provocaba, desde su pretendida ingenuidad informada. Diciendo, por ejemplo: “No, no me acosté con el Tigre Acosta, pero si lo hubiera hecho para salvar mi vida, ¿qué? ¿Quién podría juzgarme? ¿Quiénes pueden asegurar qué es lo que habrían hecho si hubieran estado en mis zapatos?”.

Ninguna de nosotras tenía posibilidad de resistirse, estábamos bajo amenaza constante de muerte en un campo de concentración. Estábamos desaparecidas, sin derechos, inermes, arrasada nuestra subjetividad. Su dominio sobre nosotras era absoluto. No podíamos tomar ninguna decisión, eso era absolutamente inimaginable. De ellos dependía que comiéramos, que durmiéramos, que

respiráramos. Ellos eran nuestros dueños absolutos. No quedaba resquicio alguno para nuestro libre albedrío. ¿Pero si hubiera existido? Si la mirada lasciva de ellos sobre nuestros cuerpos hubiera sido usada por nosotras como un arma en su contra, un resquicio de fortaleza en nuestra extrema indefensión, ¿hubiera sido correcto condenarnos socialmente?

Como mujeres, la utilización de nuestros cuerpos o el deseo que despertamos en el otro como instrumento de manipulación o de salvación es condenable. No pasa lo mismo con los hombres.

(...)

Las mujeres sobrevivientes sufrimos doblemente el estigma.

La hipótesis general era que, si estábamos vivas, éramos delatoras y, además, prostitutas. La única posibilidad de que las sobrevivientes hubiéramos conseguido salir de un campo de concentración era a través de la entrega de datos en la tortura y, aún más, por medio de una transacción que se consideraba todavía más infame y que involucraba nuestro cuerpo.

Nos habíamos acostado con los represores. Y no éramos víctimas, sino que había existido una alta cuota de voluntad propia: nos habíamos entregado de buen grado a la lascivia de nuestros captores cuando habíamos podido elegir no hacerlo. Habíamos traicionado doblemente nuestro mandato como mujeres: el de la sociedad en general y el de la organización en la que militábamos. No se nos veía como víctimas, sino como dueñas de un libre albedrío en verdad improbable.

Resulta imposible explicar por qué quienes nos juzgaban sin haber vivido las condiciones que se sufrían en un centro clandestino de detención suponían que las mujeres teníamos el poder de resistirnos a la violencia sexual, a los avances de los represores y podíamos preservar “el altar” de nuestros cuerpos impoluto.

Las mujeres teníamos un tesoro que guardar, una pureza que resguardar, un mandato que obedecer. Nos habían convencido de que así era.

Yo no escapaba a ese mandato. Por eso, lo abrumador del rechazo que me provocaba la conducta de la mujer de mi responsable. Nunca se me ocurrió que podía usar la atracción que provocaba en su captor para conseguir el precioso tesoro del contacto telefónico con su hijita, para aliviar su dolor de madre separada de su cachorra. Tampoco que no había tenido el poder de resistirse a los avances sexuales de su secuestrador, desaparecida y privada de todos sus derechos, en manos de un grupo de ilegales que disponía de su vida y de su cuerpo. Del mismo modo que no había podido preservarse de las laceraciones de la picana. Para mí, para la Petisa, para todos, esa muchacha era la encarnación de lo peor, de lo más repulsivo. Sentíamos más miedo de convertirnos en eso que de inmolarnos. Queríamos ser mártires y no prostitutas.

No me era posible terminar este libro, que ideé con mi amiga y compañera Olga, sin incluir un pasaje de mi propia historia que me atribuló durante años. No podía, no hubiera sido honesto, exponer las experiencias de otras mujeres y callar la mía. Es en realidad parte de una novela autobiográfica que empecé a escribir hace un tiempo, precisamente para clarificar dentro de mi mente lo que había atravesado. Por eso, al final de Putas y guerrilleras, relato lo vivido en La Casa de la CIA.

B. La Operación Cóndor

El punto B. La Operación Cóndor del primer apartado de esta unidad, ha sido elaborado por la responsable de la asignatura, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

Introducción

La reconstrucción de lo que fue la operación Cóndor fue posible en virtud de las investigaciones desarrolladas por las organizaciones de memoria verdad y justicia, los testimonios de los sobrevivientes como así también familiares de víctimas, pero en el año 1992, a partir de unos archivos descubiertos casualmente en Paraguay, fueron despejadas

todas las dudas respecto a su existencia. Del mismo modo el involucramiento de Estados Unidos fue objeto de comprobación, pues desde el año 2002 se procedió a la desclasificación de documentos de distintas agencias de aquel país que así lo corroboran⁸.

En el presente trabajo se analizará el periodo anterior al nacimiento de la Operación Cóndor, es decir el impacto de la guerra fría en países americanos, el papel de Estados Unidos en las distintas dictaduras, la Operación Cóndor propiamente dicha, haciendo alusión a dos conceptos fundamentales para entender la existencia y los objetivos del Cóndor: La doctrina de la Seguridad Nacional y el concepto de Desaparecido.

1. El impacto de la guerra fría en América del sur

El final de la segunda guerra mundial, supuso el comienzo de lo que se dio en llamar guerra fría por la cual el mundo quedó dividido en dos bloques, el occidental o capitalista y el comunista encabezados respectivamente por Estados Unidos y la URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas). Ello también tuvo efecto en los países americanos, por cuanto EEUU buscó detener que el comunismo se extendiera tal como había ocurrido en países asiáticos.

Dos hechos importantes ocurrieron en América que pusieron en alerta a EEUU. El primero fue el ideario revolucionario que prendió en las juventudes, académicos y sectores progresistas de América latina, pues el triunfo de la revolución cubana acaecida en 1959 y liderada por Fidel Castro derrocó a Fulgencio Batista y a las elites que tenían vinculaciones profundas con el país del norte, ello significó un reflorcer de utopías, pues el triunfo de la revolución importaba que el cambio era posible. Por el contrario, para los sectores más acomodados lo ocurrido en Cuba representaba una amenaza a los modos de vida de las elites y ello no podía ser permitido.

El segundo fue la constitución de nuevos partidos políticos identificados con la izquierda. En ese sentido, en Chile se conforma la Unión Popular quien gana las elecciones en 1970, así Salvador Allende accede a la presidencia a través de elecciones generales. Lo significativo de este hecho es que Allende triunfa de manera democrática, hecho que alarmaba aún más a EEUU y las elites locales, pues sentaba un precedente peligroso. Es así que uno a uno los países de América del Sur vieron como sus

⁸ La última entrega fue realizada a la Argentina en el año 2019, tal como reproducen distintos medios periodísticos. Según Pagina 12 se trata del mayor volumen entregado, constando de 45.000 páginas que incluyen material aportado por el Departamento de Estado y por 14 agencias de seguridad e inteligencia como el FBI, la CIA y la que depende del Pentágono. Publicación del 14 de abril de 2019 disponible en <https://www.pagina12.com.ar/187125-el-plan-condor-la-cia-la-muerte-y-el-extermio>

instituciones democráticas desaparecían ante los “golpes de Estado” producidas por los militares con apoyo de las burguesías locales y las implicancias de EEUU, “el objetivo de los militares era acabar con los grupos izquierdas reformistas, para ello la mejor estrategia era la toma y la administración del poder directamente por el Estado Mayor” (Ferreira Navarro, 2014, p. 157). En el caso chileno Allende es asesinado en la Casa de La Moneda⁹

2. El papel de Estados Unidos

La Operación Cóndor, tuvo un antecedente ideológico y factico en la que intervino directamente EEUU y que posibilitó su constitución posterior. Es así que, en años anteriores a los golpes militares, la Escuela de las Américas con sede en Panamá- la que dependía del departamento de defensa de EEUU-, formó a las fuerzas de seguridad de países del cono sur, especialmente en lo que se llamó doctrina de la seguridad nacional, siendo también un espacio de vinculación entre la oficialidad de distintos países. Las ideas difundidas eran de que se estaba frente a una guerra, con la característica de que el enemigo (comunismo) era difuso, y como tal estaba en todas partes. Ello significó cambiar la función de las fuerzas armadas, pues “la Doctrina resignificó el concepto de “amenaza”, el cual pasó a comprender también a los movimientos internos, y el de “soberanía”, que pasó a estar asociado también al mantenimiento del orden”¹⁰. En definitiva, se trataba de una guerra cuyo enemigo comunista era invisible que se infiltraba en el cuerpo social corrompiéndolo, por ello se tenía la idea de un estado de guerra permanente que modifica su noción al no tratarse de un campo de batalla. Esta idea es fundamental para comprender lo que fue el plan cóndor, toda vez que se estructura sobre información recopilada del “enemigo” y de acciones de “combate” desterritorializadas. Por otra parte, la Escuela de las Américas ofrecía entrenamiento militar en técnicas ilegales contrainsurgentes como, por ejemplo, cómo proceder en interrogatorios, con uso de tortura y tratos degradantes.

3. La Operación Cóndor: inicio, estructura y fines

La formación en la Escuela de las Américas en los postulados de la doctrina de la seguridad nacional sentó las bases ideológicas, pero los golpes de Estado posibilitaron

⁹ Véase Archivo Histórico: Golpe de Estado a Salvador Allende, disponible en <https://youtu.be/TSxAFCbWKFs> También puede verse: https://youtu.be/ZHST-z3_COM

¹⁰ Consideraciones Previas (2015). “A 40 años del Cóndor” De las coordinaciones represivas a la construcción de las políticas públicas regionales en derechos humanos. IPPDH. Mercosur, pp.10-21.

que la operación Cóndor y su manto de impunidad se pudiera materializar.

Antes del plan Cóndor la mayoría de los países había comenzado con la escalada de violencia, individualmente o por acuerdos bilaterales entre países. Es por ello que a medida que iban apareciendo las dictaduras y la represión las personas buscaban protección en países aledaños. “La región quedó así inmersa en un frenético ir y venir de refugiados, donde a medida que se fueron expandiendo las dictaduras militares, quedaron de lado los viejos santuarios para los exiliados políticos” (Pasten, 2006, p.7)

Para los años 70, ya con los militares en el poder, acordaron formal y conjuntamente colaborar en la detención e intercambio de personas exiliadas, para la protección de los valores occidentales. La operación Cóndor fue constituida en 1975 en la “Primera Reunión de Trabajo de Inteligencia Nacional” realizada en Santiago de Chile. En un principio la Operación Cóndor agrupó a Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil, extendiéndose posteriormente a otros Estados. La sede central se encontraba en Chile en la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional).

Siguiendo a Ferreira Navarro (2014), las funciones de la Operación pueden agruparse en tres fases, según las tareas requeridas:

La fase I estuvo destinada a recopilar e intercambiar información de personas y organizaciones entre los diversos servicios de inteligencia, para conformar de esta manera una base de datos de aquellos que se consideraban subversivos o afines a los mismos. La comunicación y la trasmisión del contenido de la base de datos a requerimiento de los países miembros era realizada mediante servicio postal, fax o a través del condortel, que era una tecnología aportada por la CIA. En definitiva, se trataba de la recopilación de registros fotográficos o documentales como listado de personas, sus familiares, amigos o sus actividades.

La fase II consistía en pasar a la acción, “los objetivos del operativo se extendieron a actuar contra aquellos elementos sobre los que habían recopilado información” (Ferreira Navarro, 2014, p. 167), ello significaba localizar a los individuos y llevarlos a los centros de detención clandestinos o directamente asesinarlos, pero se actuaba dentro del territorio de América del Sur.

Por otra parte, la fase III se trataba de actuaciones fuera del ámbito geográfico del cono sur, ya sea mediante atentados o mediante secuestros y traslados al país originario cuyo destino final era la muerte.

Para la realización de la Operación Cóndor, se necesitaba de infraestructura que habilitarán tales operaciones, así las disposiciones de líneas aéreas de bandera para los

traslados de personas, juzgados que no investigaran y juzgaran dichas acciones, servicios postales que intercambiaban comunicación, estructuras edilicias que escondían centros de detención, etc. Asimismo, los operativos se encubrían con la conformación de empresas comerciales que en realidad no eran tales y que les permitieran operar en distintos países.

4. Los desaparecidos

Para entender como la operación cóndor pasaba a la acción, resulta necesario comprender que es el desaparecido, desentrañando su significado. A partir de los años 70 la voz “desaparecido” se haya indefectiblemente unida al terrorismo de Estado de los gobiernos de facto de América del Sur y como tal define un accionar ilegal, “una práctica represora con una operatoria singular” (Macciuci, 2018, p. 90).

Raquel Macciuci (2018) apunta que esta figura debe entenderse de manera distinta a aquellas muertes producidas en campos de batalla, pues no se trata de un soldado desconocido.

En ese sentido las acciones llevadas a cabo por la operación Cóndor consistían en el secuestro de personas, eran “chupados”, para ser llevadas a centros clandestinos de detención donde eran torturadas, sometidas a vejámenes y posteriormente, la mayoría eran asesinadas sin que se sepa el paradero de sus restos. En ese proceso, no se tiene registro ni de la detención, tampoco de la muerte; ello obligó a cientos de familiares de víctimas de la represión a su incesante búsqueda: con vida en aquellos años y su cuerpo posteriormente. Así formulada, la figura del desaparecido tuvo una finalidad evidente, esto es ocultar la ilegalidad, pero también una solapada, conformar una tecnología de poder productora de terror y “de disciplinamiento social que confluyeron en la desarticulación de la territorialidad social del campo popular” (Lampasona, 2013, p. 2), que acabaría en un modo particular de exterminio de sujetos con la intensión de destruir ideologías. Por lo tanto, la desaparición opera en un doble sentido, en el campo individual vulnerando al sujeto y en el social de los vínculos y pertenencias que son quebrantados y dispersados.

Julieta Lampasona (2013) ilustra con un fragmento de Vega Martínez que aquí se reproduce:

“¿Qué es lo que desaparece? Un individuo, un cuerpo, personifica y a la vez articula relaciones sociales que, ante la irrupción súbita de esta forma de violencia tan particular, se rompen, se vulneran. Se rompen sobre cada uno de los cuerpos que han desaparecido, pero también sobre los cuerpos de los sobrevivientes. Se rompen, se vulneran y desaparecen, porque un cuerpo, un individuo, ha sido dominado, ha sido sometido, ha sido avasallado, ha sido supliciado, ha sido “DESAPARECIDO”, a partir de considerar que es en el sujeto y en su propio cuerpo el lugar en donde se asienta y se debate el problema de la dominación y del poder” (Vega Martínez, 1997: 187).

En el orden normativo internacional existen dos instrumentos especiales respecto

de la desaparición forzada de personas. El primero se adoptó en el año 1994 en el ámbito americano, la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, el segundo en el ámbito internacional en el año 2010 la “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”.

Ambos documentos describen que se entiende por desaparición forzada. El instrumento universal en su art. 2 estipula: *“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”*.

Se puntualiza que los dos instrumentos disponen que la desaparición forzada debe ser tipificada como delito en el derecho interno. En el derecho argentino en el año 2011 se introdujo en el Código Penal el art. 142 ter. el que expresa: *“Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.”*

Por otra parte, en el sistema penal internacional se establece como delitos el genocidio, los delitos de lesa humanidad, agresión y crimen de guerra. El tratado de Roma especifica en su art. 7 que los crímenes de lesa humanidad son aquellos actos que tiene la característica de que se cometen como *“parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”*, entre los actos que

enumera se encuentra la desaparición forzada de personas.

Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre la desaparición forzada de personas de nuestro Código Penal y aquel que constituye una conducta del delito de lesa humanidad?

El delito de lesa humanidad se inscribe dentro de un contexto determinado que lo diferencia de los delitos comunes. El art. 7 citado describe, que el delito es generalizado, supone que es a gran escala, o es sistemático, es decir obedece a un plan. Pero además de ello agrega que se realiza un ataque cuyo objetivo es la población civil, requiriendo un elemento interno que es el conocimiento de la agresión. Esta conducta descrita debe ser como parte de una política de Estado que le da de alguna manera continuidad.

Finalizando, la desaparición de personas de manera forzada puede perpetrarse hoy no ya como un plan sistemático diseñado por gobiernos de facto, sino también como forma de arremeter contra el adversario político, incluso con la muerte. Por ejemplo, en Ayotzinapa México en el año 2014, 43 estudiantes secundarios normalistas desaparecieron y aun hoy sus restos no han sido encontrados. Los mismos se dirigían en distintos colectivos a una marcha en la capital mexicana, sin embargo, nunca llegaron.

II. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL:

El presente apartado es un resumen extraído de Wlasic, J. (2011). Manual Crítico de Derechos Humanos. - 2ª ed. Actualizada- Buenos Aires: La Ley.
El documento original se ha seleccionado y editado al solo efecto de facilitar la labor didáctica y el estudio. Se ruega no reproducir ni citar.

1. Encuadre histórico político

El individuo, como sujeto del Derecho Internacional, en el proceso de evolución de éste, puede analizarse desde dos perspectivas. la primera, como titular de derechos humanos, (sujeto activo) y la otra, como responsable penalmente por la comisión de determinados delitos, (sujeto pasivo). Ello sin dejar de señalar que, si bien no se puede afirmar que esta condición del individuo como sujeto del derecho internacional sea de carácter absoluto, sí podemos decir que. en un proceso de evolución progresiva, que iremos tratando en cada etapa pertinente del presente, su condición como tal va paulatinamente afirmándose y perfeccionándose en el tiempo.

La primera de las perspectivas, es y será un eje central en el desarrollo integral del presente Manual, por lo cual, nos remitimos a todo lo que, al respecto, exponamos.

Aquí nos detendremos en el análisis de la segunda de las perspectivas.

Histórica y normativamente, podemos ubicar esta evolución a partir de mediados del siglo XIX, y en especial, en el contexto de lo que se denomina el derecho de la guerra y, en especial, entendido como aquel que tiende a regular la conducción de la acción bélica, lo que da origen a diversas normas de carácter internacional con el objeto de regir las hostilidades, que tienen como objetivo final humanizar la guerra de tal modo que limita el número de individuos que pueden ser blanco de las hostilidades, clasificándolos en combatientes legítimos y no combatientes; prohíbe ciertos medios de hostilización contra los combatientes y los protege cuando son capturados o heridos. Así. p. ej.: La Declaración de Derecho Marítimo de París de 1856; El Convenio de Ginebra de 1864, y el de Ginebra de 1906, y de Ginebra de 1926 a fin de mejorar la suerte de los heridos y enfermos en campaña; los Convenios de la Haya de 1889 y 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre; el Protocolo de Londres de 1936 sobre la guerra submarina, etc. Evolución que se perfecciona con el dictado de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales que sistematizan lo que se denomina el Derecho internacional humanitario.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha sintetizado, del modo que sigue, sus normas fundamentales: A) Las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. B) Se prohíbe matar o herir a un adversario que se rinde o que está fuera de combate. C) La Parte en conflicto en cuyo poder estén recogerá y prestará asistencia a los heridos y a los enfermos. D) Los combatientes capturados y las personas civiles que estén en poder de la parte adversa tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones. Serán protegidos contra todo acto de violencia o de represalia. Tendrán derecho a intercambiar noticias con los respectivos familiares y a recibir socorros. E) Cualquiera persona se beneficiará de las garantías judiciales fundamentales. No se someterá a nadie a tortura física o mental ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes. F) No existe derecho ilimitado en lo que respecta a la elección de los métodos y de los medios de guerra. Se prohíbe emplear métodos como armas de guerra que puedan causar pérdidas inútiles y sufrimientos excesivos; y G) Las partes en conflicto harán en todo tiempo distinción entre población civil y combatientes, protegiendo a la población y los bienes civiles. Los ataques se dirigirán contra los objetivos militares. (Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales).

Al momento de la finalización de la Segunda Guerra Mundial (1945): a) que había

un proceso de creciente normativización convencional del denominado Derecho Humanitario (que se sistematizará definitivamente con los Convenios de Ginebra de 1949); b) Que ellas estaban fundadas en consideraciones mínimas de humanidad de carácter general; y c) Que las reglas y usos de la guerra reconocidos convencionalmente, no representan la negación de otros provenientes de los principios del Derecho de Gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública. Ello se vinculará con el surgimiento y evolución de los denominados "Crímenes de Guerra" como de los denominados "Delitos de Lesa Humanidad".

Ubicados en el contexto previo hasta aquí descrito, los cuatro países triunfantes de la Segunda Guerra Mundial (EE.UU-Gran Bretaña-Francia- URSS), suscribieron en Londres, el 8 de agosto de 1945 un acuerdo que incorporó la carta del tribunal militar internacional, para enjuiciar a los alemanes responsables por Crímenes de Guerra, la que estableció tres categorías de crímenes del Derecho Internacional a) Crímenes contra la Paz: Preparación, desencadenamiento y prosecución de una guerra de agresión o en violación de acuerdos internacionales; b) Crímenes de Guerra en sentido estricto: Asesinatos, malos tratos, deportaciones de población civil para trabajos forzados y otros fines, asesinatos y malos tratos a prisioneros, ejecución de rehenes, saqueo de bienes públicos o privados, destrucción de ciudades o pueblos sin motivos, devastaciones no justificadas por razones militares, etc. Y c) Crímenes contra la humanidad asociados a los Crímenes de Guerra: Asesinatos, exterminio, reducción a esclavitud, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, o cualquier acto inhumano cometido contra la población civil antes o durante la guerra.

Estableciendo el principio de la responsabilidad penal del individuo, distinta de la responsabilidad internacional de los Estados por la conducta de sus órganos. Dicho tribunal se constituyó en la ciudad alemana de Nuremberg, dando lugar al juicio que se conoce con el nombre de la referida ciudad. Con principios análogos funcionó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente (1948) que sesionó en la ciudad de Tokio (Japón).

Las controversias jurídicas que el Juicio de Nuremberg generó, lo fueron en especial, respecto a la legalidad de las categorías de los denominados Delitos de Lesa Humanidad, y los Delitos contra la Paz, que algunos autores entienden violatorios del principio "nullum crimen sine poena" al ser tipificados "ex post facto" por el Tratado de Londres; y otros defienden su legalidad, sosteniendo que los delitos de Lesa Humanidad

sólo eran sancionables en la medida en que estuvieran vinculados con los crímenes de guerra y que en la práctica el tribunal sólo sancionó a los cometidos con posterioridad a la iniciación de la misma, y que la noción de Delitos contra la Paz estaba ya reconocida en el Pacto de la Sociedad de las Naciones que limitaba el "ius ad bellum" (derecho a la guerra).

El otro punto de controversia es el referido a la constitución del Tribunal a posteriori de los hechos juzgados, violando el principio de juez natural. Si bien, en sentido estricto ello es cierto, en el campo del derecho internacional podemos afirmar que, si los derechos vulnerados (reconocidos por el ius cogens) lo son a través de delitos reconocidos como tales por el derecho internacional, la regla consecuyente de ello, también de carácter imperativo es la sanción de los responsables. De allí que la constitución de un Tribunal "ad hoc" deviene como una necesidad de cumplimiento de dicha obligación principal, para el caso de no existir. Ello se reafirmó, además, por la práctica posterior de la comunidad internacional, como ser, con la creación del Tribunal

Penal Internacional para la Vieja Yugoslavia (1993), p. ej, y que efectivamente condujo, finalmente, a la Constitución de un Tribunal Penal Internacional Permanente, con la aprobación del Tratado de Roma en 1998, actualmente en funciones con sede en La Haya.

El Comité de Derecho Internacional en 1994 adoptó un Proyecto de Estatuto de un Tribunal penal Internacional que sirvió de base para el aprobado en Roma, en 1998, como Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente, actualmente en funciones, el que, al definir su competencia material, precisa los delitos del derecho internacional, receptando reglas imperativas del derecho consuetudinario y de la evolución convencional previa. Asimismo, en 1996, los trabajos de la CDI culminan con la adopción, el 5 de julio, del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Todo lo cual ha reafirmado, en forma progresiva, la responsabilidad individual por la comisión de delitos del derecho internacional.

2. Tipificación de los delitos del derecho penal internacional

A partir de la Carta del Tribunal Penal Internacional de 1945, de la aprobación de la Convención contra el Genocidio de 1948, pasando por las Convenciones tanto universal como interamericana contra la Tortura y otros tratos, crueles, inhumanos y degradantes, la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Desaparición Forzada de Personas y por los Estatutos del Tribunal Penal Internacional "Ad Hoc" para la Antigua Yugoslavia (1993) y de Ruanda, la adopción del Código de

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en 1996, hasta llegar al Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, aprobado en 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma (Italia), se ha producido una evolución en el Derecho Internacional, vinculado con la tipificación penal autónoma de los crímenes que pueden ser sancionados en este ámbito.

Ya hemos señalado las tres categorías básicas de delitos descritas en la Carta del Tribunal Penal Internacional "ad Hoc" de 1945. A partir de allí, y en el marco de los antecedentes descriptos, se fue perfilando la tipificación del derecho internacional: de cuatro tipos de delitos:

a. El Genocidio

Se parte del reconocimiento del Genocidio como delito de derecho internacional y se lo define como los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, consistentes en: a) Matanza de miembros del grupo, b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y e) Traslados por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Se define a este como "un delito de resultado cortado", en el sentido de que, si bien los actos descriptos deben tener por fin "destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso" esto no necesariamente debe lograrse efectivamente (la norma habla de "Intención") pero si debe tender a ello. Este factor además permite diferenciar el tipo penal del Genocidio del de los Delitos de Lesa Humanidad.

Incluye una pluralidad de medios de comisión tan amplia como efectivas hayan sido tales conductas para conseguir el objetivo destructor, es decir un concepto extensivo de los medios de comisión, que da a la enumeración del art. carácter ejemplificativo, no taxativo. Por ejemplo, en lo referido a medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, las conductas delictivas subsumibles en el enunciado general, pueden ser no sólo la esterilización, la mutilación sexual, la separación de sexos o la prohibición de matrimonios, sino también otras conductas contra la libertad sexual en atención a su carácter sistemático y su eficacia destructora del grupo tales como los embarazos forzados, especialmente cuando la pertenencia al grupo se define en función de la identidad del padre o la violación como factor de agresión psíquica generador de profundos traumas que impide la procreación posterior y provoca un rechazo social hacia

la víctima. En cambio, en relación con el concepto de grupo que puede ser objeto de los delitos descritos, se ha mantenido en términos estrictos, en general, con el enunciado de la convención, no incorporando otros, como ser los grupos políticos o lingüísticos.

b. El crimen contra la humanidad

En términos generales se ha definido este tipo de delitos como aquellos actos inhumanos que chocan con la conciencia colectiva en la medida en que lesionan al ser humano de manera tal que trascienden al individuo que sufre el daño.

Podemos, formular algunas precisiones:

En primer lugar, el sujeto pasivo de dichos delitos es la Población Civil.

Dicho concepto incluye a los no combatientes civiles y a los militares heridos o que hayan depuesto las armas o a los miembros de grupos de resistencia. Que existan militares entre la población civil no altera la consideración del conjunto, tampoco importa la nacionalidad de las víctimas.

Por otra parte, la existencia del crimen es Independiente de cualquier situación de conflicto armado interno o internacional.

Al ser la población civil el sujeto pasivo de este delito, se ha exigido que el mismo cuente con una escala amplia en la naturaleza del crimen. Dicho carácter se puede medir, alternativamente, por la existencia de algunos de estos dos elementos: Masividad o Sistemática. Ello permite formular un abordaje tanto cuantitativo (masividad) como cualitativo (sistemática) del delito, ya que al exigirse sólo uno de aquellos, podría existir este tipo de crímenes, aun en relación a un solo caso, si se lo puede vincular a una metodología premeditada debidamente organizada, y/o en el caso de una comisión reiterada de un mismo delito. Aunque algunos autores han señalado que la redacción del art. 7 del Estatuto de Roma, podría encubrir la exigencia conjunta de ambos elementos; al exigir además de la Sistemática y/o la masividad del ataque a la población civil, el "conocimiento de dicho ataque" lo que remontaría a la aplicación generalizada del principio de Sistemática, (art. 7.1) y además, el art. 7.2 implicaría la comisión de múltiples actos contra la población civil, que encubriría la exigencia generalizada de la masividad.

Lo cierto es que, desde mi punto de vista, en la realidad y en la generalidad, los dos elementos se dan casi necesariamente en conjunto: nadie monta una organización delictiva (Terrorismo de Estado, p. ej.) para cometer uno o muy pocos delitos de esta naturaleza; como, asimismo, la reiteración delictiva masiva, de una u otra forma, encierra algún tipo de organización sistemática que lo respalda. Desde ya, y a los fines de poder

distinguir este tipo de delitos de un acto inhumano cometido por propia mano, de carácter individual, se exige como requisito imprescindible la existencia de una política concreta a la que respondan las conductas, que puede estar representada, a mi entender, al menos, por la tolerancia o aquiescencia por parte del Estado a su organización sistemática y/o ejecución masiva, para el caso de estar las mismas a cargo de grupos para-estatales (Escuadrones de la Muerte, p. ej). Sin perjuicio de lo cual, y a los fines de la imputación individual por la comisión de estos crímenes, la exigencia de sólo uno de los dos elementos, tiene importancia práctica.

Con relación a las Conductas Delictivas que, dentro del contexto general antes descrito, pueden constituirse en la práctica de este tipo de crímenes, el Estatuto de Roma de 1998, señala: Asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de la población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación; esclavitud sexual; prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada; o cualquier otra forma de violación sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como aceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; la desaparición forzada de Personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física, la salud mental o física.

Luego precisa el Estatuto de Roma que, para que se configure ataque a la población civil, se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos antes referidos contra una población civil de conformidad con la política de un estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. Luego define el delito de apartheid como la realización de los actos inhumanos antes mencionados en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. Finalmente define a la desaparición forzada de personas como la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre dicha privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas.

En su relación con el Genocidio, hay que señalar que el ataque a grupos étnicos,

religiosos, raciales o nacionales, constituye este delito cuando la intención es la destrucción parcial o total del mismo, y delito de Lesa Humanidad, cuando dichos ataques no tienen este componente intencional. Por otro lado, en relación a los grupos políticos, de género, o culturales los actos descritos contra los mismos sólo podrán constituir delitos de Lesa Humanidad, ya que están excluidos como sujetos pasivos del delito de Genocidio.

c. Los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra, son, dentro del derecho internacional, de aquellos que mayor consideración convencional previa han tenido, desde las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, para actualmente se encuentran íntimamente vinculados con las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, (según sean estos de carácter internacional o no) dentro del marco establecido por el Derecho Internacional, entendidas, estas últimas, como las prácticas prohibidas.

Son requisitos propios para la configuración de estos delitos, en primer lugar, estar ante conflictos armados internacionales, es decir entre dos o más Estados independientes, o ante conflictos armados no internacionales, definidos como aquellos conflictos armados que tengan lugar en el territorio de un Estado y cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos, lo que excluye las situaciones de disturbios o tensiones internas, como los motines, actos aislados o esporádicos de violencia u otros análogos.

Por otra parte, el Estatuto de Roma formula una distinción, en el sentido de que en relación con los conflictos armados internacionales, refiere a graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949, y con relación a los conflictos armados no internacionales, sólo refiere a las graves violaciones cometidas del art. 3 común de los cuatro Convenios de 1949. Por otra parte, distingue, con relación a graves violaciones a las leyes y usos aplicables, diferenciando unas y otras, conforme los distintos tipos de conflicto armado de que se trate.

Que, por otra parte, y a los fines de la competencia del Tribunal Penal Internacional Permanente, en relación con estos delitos, estos deben cometerse como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Con respecto a las conductas que pueden dar lugar a la comisión de estos delitos, destacando que siempre ha de tratarse de violaciones graves, remitiéndonos al art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y aplicable, en especial, a los

conflictos armados no internacionales, podemos señalar: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente los homicidios en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. La toma de rehenes. Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes y las condenas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

En referencia a los enfermos y heridos en campaña se prohíbe expresamente: atentar contra su vida y su persona, especialmente matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia; exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. Con respecto al trato debido a los prisioneros de Guerra, todo acto ilícito o toda omisión ilícita que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra. Las mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos, que no se justifiquen por el tratamiento médico. Las medidas de represalia.

Finalmente, con relación al trato debido a la población civil cabe señalar: Actos de violencia y de intimidación. Violación. Prostitución Forzada. Actos de coacción de índole física o psíquica, para obtener de ellas o de terceros, información. Exterminio, Homicidio. Torturas. Castigos corporales. Mutilaciones. Experimentos biológicos o médicos no requeridos por el tratamiento médico. Malos tratos. Castigos colectivos. Medidas de intimidación o de terrorismo. Las medidas de represalia. La toma de rehenes.

Sobre dicha base, el Estatuto de Roma establece, para cada una de las categorías descritas en párrafos anteriores, una enumeración pormenorizada de los actos que constituyen delitos de esta naturaleza (art. 8).

El contexto de un conflicto armado internacional o no internacional, nos permite distinguir, inicialmente y con claridad, los crímenes de guerra, del delito de Genocidio o de los Crímenes contra la humanidad, aunque algunas conductas resulten comunes a los tres.

d. El delito de agresión

La competencia de la Corte Penal Internacional Permanente de carácter material, con respecto al delito de agresión, se establece en el art. 5. 1 punto d) del Estatuto, pero en el párrafo siguiente se establece que la misma se ejercerá una vez que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en que se hará, mediante una disposición adoptada en los términos de los arts. 121 y 123 del Estatuto.

El problema de la definición del delito de agresión, ya había tenido lugar al

momento en que la Asamblea General de la ONU le encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (1946), la formulación de los principios de Nuremberg y que preparará un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, lo que cumplió la Comisión en 1950 respecto a la formulación de los principios, y en 1954, respecto al proyecto de Código, cuyo examen se aplazó por problemas vinculados con la definición del delito de agresión contenido en el mismo. Ello recién fue posible superar, inicialmente, en 1974, a partir de la definición del delito por Resolución de la Asamblea General.

En el contexto del Estatuto de Roma, a la fecha de la última reunión de la Asamblea De Estados Partes, no se había podido arribar a una definición y a la descripción de los elementos constitutivos, del delito de agresión, encontrándose en funcionamiento un Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, cuyo objeto es ir aportando diversos puntos de vista y niveles de consenso orientativos de la discusión en la Asamblea del tema.

Tomando como base el Documento de débale propuesto por el Coordinador del Grupo de Trabajo, podemos señalar que, con relación a la definición: "Una persona comete un " crimen de agresión" estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona, intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidad, como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado".

Pero a partir de allí se formulan diversas divergencias, como ser: siendo el delito de agresión, "un delito de dirigentes" cuál es el nivel de responsabilidad de los partícipes y cómplices en el mismo, dónde se enfrentan, una tesis restrictiva que sólo apunta a las autoridades máximas, militares o políticas, y otra más amplia, que incorpora por ejemplo, a toda la plana mayor de autoridades militares o a los responsables de los servicios de inteligencia o de otras autoridades políticas, que intervengan activamente en el proceso de planificación, iniciación, preparación o realización. Otro punto de divergencia es el referido a la determinación de si una conducta constituye o no acto de agresión, en la medida en que previamente, así sea reconocido por el Consejo de Seguridad de la ONU; o si se pueden abrir vías alternativas ante la falta de un pronunciamiento de este organismo, como ser, recurrir a la Asamblea General de la ONU o a una opinión

consultiva ante la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, y las consecuencias que ello generaría respecto a la capacidad del Fiscal General de iniciar una investigación o de la Corte de ser competente para intervenir.

Otro punto divergente es el referido a la posible punición de este delito en grado de tentativa: Una posición restrictiva lo niega, en la medida que sostiene que los actos deben efectivamente constituir una guerra de agresión o producir los efectos de ocupación militar o de anexión, de todo o parte del territorio de otro Estado y una posición amplia, que sostiene que al referirse la definición a los actos de "preparación", ello posibilita la figura de la tentativa.

Otro punto divergente es el referido al requisito de intención y conocimiento del carácter de acto de agresión en el obrar del individuo penalmente responsable, ya que algunos señalan que ello es sobreabundante, debiéndose aplicar la regla general del art. 30 del Estatuto, y por ende, eliminarse la frase de la definición.

Que finalmente deseamos señalar que, conforme lo dispuesto por el art. 9 del Estatuto del Tribunal penal Internacional, también corresponde a la Asamblea de Estados Miembros, por el total de los 2/3 de sus miembros, aprobar los elementos de los crímenes detallados en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto, que circunscribe con mayor precisión las exigencias que el tipo penal descrito en el Estatuto requiere se cumplan, a los fines de su configuración y justiciabilidad.

3. Principio de complementariedad e inicio del procedimiento

Cabe señalar por último que, en relación la competencia del Tribunal Penal Internacional, al igual que la de las Cortes de Derechos Humanos, rige el principio de complementariedad (art. 1 del Estatuto), por el cual corresponde, por regla general, al Estado Parte juzgar los delitos que habilitan la competencia material de la Corte, conforme su derecho interno, de allí, como ya señalé, la obligación de tales Estados de adecuar sus normas internas a los términos del Estatuto, para que ello sea posible. Se establece como reglas de excepción, cuyo análisis queda a cargo de la Corte, que el Estado parte obligado a efectuar una investigación o enjuiciamiento no esté dispuesto a llevarlo a cabo o no pueda realmente hacerlo; o que la decisión de no incoar acción penal resulte de tal no disposición o incapacidad. Están habilitados para instar la competencia de la Corte, a través de una presentación al Fiscal, cualquier Estado Parte o el Consejo de Seguridad, y la propia Fiscalía de oficio. En este último caso, el Fiscal podrá recabar información ante el Estado Parte, los órganos de Naciones Unidas, organismos intergubernamentales, incluso de organismos no gubernamentales, y recibir testimonios

escritos y orales en la sede de la Corte. Si considera que hay mérito para iniciar una investigación, deberá efectuar una presentación ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, a fin de que habilite la investigación. El resultado negativo no impide presentarse posteriormente, con nuevos hechos o elementos de prueba. Del mismo modo la resolución negativa del fiscal respecto al mérito de los antecedentes para abrir una investigación, no impide su revisión, frente a nuevos hechos o pruebas obtenidas (art. 15).

Si bien las víctimas no pueden habilitar la competencia de la Corte, pueden instar al Fiscal que decida de oficio abrir una investigación; además el Estatuto les admite ciertos niveles de participación, como ser, en los procesos de impugnación de la competencia o la admisibilidad a fin de hacer llegar sus observaciones.

Es importante señalar la prohibición de formular reservas, aunque una cláusula transitoria admite la posibilidad de que un Estado Parte solicite una suspensión temporal de su vigencia, desde el momento de la ratificación.

Cabe resaltar la facultad que tiene el Consejo de Seguridad de petitionar la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento por un plazo máximo de doce meses y la posibilidad de que determinados Estados, en especial, el caso de EE.UU., requieran y obtengan inmunidad con relación a sus nacionales en terceros Estados Parte del Estatuto, lo que debilita la eficacia jurisdiccional de la Corte. Ello ha sucedido efectivamente, por ejemplo, respecto a Colombia que con fecha 17-09-03, otorgó la referida inmunidad a EE.UU.

Esto exige su análisis en el marco de relaciones de profunda desigualdad entre Estados Miembros de la Comunidad Internacional, de dependencia y subordinación, no sólo económica, sino también política, que no sólo implica la posibilidad de que países poderosos, en especial EE.UU., obtengan beneficios extraordinarios de países más débiles, dependientes y subordinados; sino además, que ello se trasluce, en las relaciones dentro de los organismos internacionales, que dependen de quienes, llegado su momento, terminan desafiándola o desconociendo su autoridad. Entiendo que sólo un proceso de profunda democratización de Naciones Unidas, y del Consejo de Seguridad (eliminación del derecho a veto, por ejemplo), sobre la base de estrategias concretas de los países miembros, sobre todo de aquellos países subordinados, que paradójicamente, constituyen la gran mayoría, podrá en la actual coyuntura, superar las graves y serias contradicciones existentes, que solo permiten hacer justicia con los débiles y con los vencidos, y por los más poderosos.

4. Efectos jurídicos

La calificación de determinadas conductas como comisivas de los denominados delitos del Derecho Internacional, no sólo importa porque habilitan la justicia del Tribunal Penal Internacional, sino también por los efectos jurídicos consiguientes que acarrea. Estos son:

Imprescriptibilidad. Tales delitos no son alcanzados por el instituto de la prescripción, es decir que, el transcurso del tiempo no es impeditivo del ejercicio de la acción penal, o del cumplimiento de la pena, y por ende, tanto en el ámbito del derecho nacional, como del internacional, puede instarse la investigación penal en cualquier tiempo, como hacerse efectiva la pena consiguiente, según el caso. Dicho efecto es tanto una regla general imperativa del "ius cogens", como una disposición convencional. Tratándose de delitos de estas características, surge clara la voluntad de la comunidad internacional de evitar su impunidad.

Prohibición de impedir el juzgamiento y el cumplimiento de la pena impuesta. Esta consecuencia jurídica general, surge de diversas estipulaciones convencionales y de la práctica internacional. Como ya se señaló la práctica internacional, desde mediados del siglo XIX es demostrativa, principalmente, a través de la creación y funcionamiento de tribunales penales internacionales "ad hoc", hasta la constitución del Tribunal Penal Internacional Permanente, y como respuesta a la ineficacia, en muchas ocasiones, de los sistemas penales nacionales, que resulta una regla del ius Cogens (costumbre internacional) el sometimiento a juicio de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y el necesario cumplimiento de las penas impuestas.

Esto se refleja también en diversas disposiciones convencionales, como ser: Incorporación de las figuras delictivas en el derecho penal nacional a fin de asegurar su sanción con las penas más graves; obligación de los estados de establecer su jurisdicción sobre el delito: cuando el delito se haya cometido en su jurisdicción territorial, o aeronave o buque de su bandera; cuando el presunto responsable sea de su nacionalidad y/o cuando la víctima sea de su nacionalidad, de considerarlo apropiado; obligación de extraditar o juzgar en su propio territorio; Prohibición de la obediencia debida como causa de justificación; el carácter de delito continuado o permanente de la desaparición forzada de personas y prohibición de la jurisdicción militar; no admisión de privilegios, inmunidades y dispensas especiales en tales procesos.

Bibliografía.

Ferreira Navarro, M. (2014). "Operación Cóndor: Antecedentes, formación y acciones" en *Ab Initio*, Núm. 9, pp. 153-179.

- Lampasona, J. (2013). Desaparición forzada en Argentina: Entre la desaparición y la sobrevivida. O sobre la 'regla' y la 'excepción' en el despliegue de la tecnología de poder genocida en *Aletheia*, vol. 3 (6), 20 p.
- Macciuci, R. (2018). El concepto de desaparecido en España y en Argentina: Nuevas consideraciones en *Decir desaparecidos: Una figura transatlántica y sus representaciones culturales*. Münster: LIT Verlag. pp. 89-104.
- Pasten, G. (2006, noviembre). *Seguridad regional en el proceso de integración: PLAN CÓNDROR (antecedente de la integración del Cono Sur)*. Ponencia presentada en el III Congreso de Relaciones Internacionales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). La Plata.



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj.
Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

Documento de cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart

UNIDAD N° 5

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

I. ESTUDIOS DE GÉNERO: 1. Grupos vulnerabilizados. 2. Movimientos feministas en la historia. 3. Los conceptos de la teoría feminista. 4. Interseccionalidad. 5. Teoría Queer. 6. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 7. Violencia de género. Tipos y ámbitos estipulados por la ley N° 26.485 modificada por la ley 27533.

II. PUEBLO INDÍGENA: 1. Historia de una masacre. 2. Racismo y Etnicidad. 3. Reconocimiento normativo e institucional de las comunidades originarias. 4. La definición de pueblo indígena en los instrumentos internacionales. 5. Identidad y Territorio. 6. Régimen de tierras, territorios y recursos. 7. Convenio sobre la Diversidad Biológica.

III. LAS INFANCIAS: 1. Concepto de Infancia. 2. La visibilidad de la infancia. 3. Desarrollo normativo. 4. La Convención internacional de los Derechos del Niño: Principios contenidos en la Convención: el Interés Superior del Niño.

La presente unidad ha sido elaborada por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

I. ESTUDIOS DE GÉNERO¹¹

1. Grupos vulnerabilizados

Cualquier situación de vulnerabilización es un problema social que requiere ser puesto en tensión. La vulnerabilización de los grupos o colectivos vinculada a las desigualdades, presenta la posibilidad de sufrir menores oportunidades o mayor violencia. La idea de vulnerabilidad aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos reafirmando derechos a grupos, dando cuenta de la desigualdad en su goce.

La idea de “los vulnerables” refiere a situaciones de indefensión individual desde el sujeto. Se entiende que es más apropiado hablar de vulnerabilización, dejar de mirar lo vulnerable como una condición del sujeto y pensarlo como una consecuencia del contexto. Camarotti y Kornblit (2015, p. 217) han dado cuenta de que “las personas no son vulnerables, sino que están vulnerables”. Y en ese sentido constituye un proceso en donde se articula lo individual con lo social, por ello el contexto social, político y cultural afecta a los sujetos exponiéndolos a situaciones de riesgo.

Para entender la complejidad de las situaciones de vulnerabilidad no alcanza con normas o con mayor información, se debe comprender los elementos estructurales de la sociedad que dan continuidad a las situaciones de desigualdad en que se hayan los sujetos.

En los próximos párrafos se aborda el estudio de las vulnerabilizaciones vinculadas al género.

2. Movimientos feministas en la historia

Para adentrarnos en los estudios de Género concepto clave de la teoría feminista, hay que partir por entender que es el feminismo. El feminismo es un movimiento social y político. Como tal se encuentra enmarcado dentro de la acción colectiva por el cual las personas realizan esfuerzos para influir en la distribución de poder. Manuel Garretón ha conceptualizado los movimientos sociales como “acciones colectivas con alguna estabilidad en el tiempo y algún nivel de organización orientados al cambio o conservación de la sociedad o de alguna esfera de ella” (Garretón, 2001, p.14). Ahora bien, los colectivos feministas abordan las reivindicaciones de justicia para las mujeres, entendida como igualdad entre mujeres y hombres en tanto personas humanas, toman

¹¹ Algunos conceptos utilizados en el primer apartado se extrajeron de la ponencia “LAS MÚLTIPLES SUBORDINACIONES EN EL SISTEMA PATRIARCAL”, autoras Vilchez-Ricart presentada en el XX Congreso Nacional y X Latinoamericano de Sociología Jurídica, 2019. La Pampa

conciencia de la dominación masculina a la que están sujetas, buscando la transformación social.

Como grupo o colectivo con demandas explícitas sus iniciativas se pueden ubicar a fines del siglo XVIII. No es que tales iniciativas antes no existieran, pero ellas eran individuales o si no lo eran tenían escaso impacto, no resultando un problema para el orden social vigente. Varias investigaciones estudian el movimiento feminista según las distintas etapas históricas a las que llaman “Olas” haciendo foco en reivindicaciones puntuales. Autoras como María Luisa Feminias (2007) interpretan que dichas etapas no se pueden aplicar al estudio Latinoamericano, pues los contextos son diversos al europeo y al de EEUU, pues “la sociedad latinoamericana está fundada sobre tres raíces poblacionales fundamentales: la autóctona indígena, la europea “blanca” y la “negra” (p.11).

La primera Ola se ubica en el periodo que va de finales del siglo XVIII a mitad del siglo XIX, llamado feminismo ilustrado. Se resaltan las reivindicaciones que las mujeres de la revolución francesa hicieron, demandando para sí los derechos y libertades esenciales definidos por los hombres de la revolución. Aquellos nacidos del ideario pactista por la cual se reivindican derechos por el solo hecho de ser humanos y que sin embargo las mujeres no gozaban. Las feministas de aquellos años instalan la idea de vindicación, es decir, pedir para sí, para las mujeres, estos mismos derechos y transformaciones sociales que se definieron para los hombres, en tanto canon de lo humano. Olympe de Gouges en 1791 publicó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, dos años después de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Dicho documento contiene el siguiente preámbulo:

"Las madres, las hijas, las hermanas, representantes de la Nación, solicitan ser constituidas en Asamblea Nacional. Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer en una solemne declaración los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer, con el fin de que esta declaración, presente continuamente en la mente de todo el cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; con el fin de que los actos de poder de las mujeres y los actos de poder de los hombres puedan ser comparados en cualquier momento con el objetivo de toda institución política, y sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de las ciudadanas, basadas en lo sucesivo sobre principios sencillos e incontrovertibles, tiendan siempre hacia el mantenimiento de la Constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos. En consecuencia, el sexo superior, tanto en belleza como en valor —como demuestran los sufrimientos maternos—,

reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes Derechos de la Mujer y de la Ciudadana."

La segunda Ola se ubica en la mitad del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. El siglo XIX se caracterizó por los movimientos de reivindicaciones de los trabajadores, por ello los grupos de mujeres unieron su lucha con las de los obreros. Los movimientos obreros nacen como consecuencia de los grandes problemas sociales que había ocasionado la industrialización y el capitalismo. Por lo tanto, aparecen en la época otras demandas de aquellas heredadas de la ilustración. De un lado las mujeres estaban excluidas de la participación política y de los derechos civiles, del otro se le sumaba la situación de exclusión y marginación de las mujeres proletarias.

Se pueden distinguir en diferentes países, dos corrientes en los movimientos de mujeres. Por un lado, están las mujeres de la burguesía o de clase social ascendente que, siguiendo los ideales de la igualdad, exigían que se les reconocieran los mismos derechos que a los hombres en cuanto al derecho a voto, lo que se conoció como el sufragismo. De manera simplificada, a estos movimientos se les identifica como el Feminismo Liberal.

Por otro lado, las mujeres de los sectores obreros, o que se identifican con ellos. Ellas creen que la condición de opresión de las mujeres no va a cambiar si no cambian las condiciones de explotación presentes en la sociedad. En ese sentido, el reconocimiento de derechos que plantean las sufragistas, por ejemplo, no es suficiente. Proponen cambiar la estructura capitalista para avanzar hacia una sociedad igualitaria, donde las mujeres podrán ser libres. Los movimientos de mujeres que siguen estas ideas se identifican en grandes rasgos con el llamado Feminismo Materialista, otras, con el Feminismo Anarquista.

La tercera Ola llamado neofeminismo, nuevamente es el despertar del movimiento, aparece una obra fundamental "El Segundo Sexo" cuya autora es Simone de Beauvoir publicado en 1949 libro de referencia para el colectivo deja al descubierto el modelo hegemónico atribuyendo a la mujer el rol de madre y esposa. Manifiesta que "no se nace mujer, se llega a serlo", por lo tanto, el ser mujer no es una esencia o algo natural, sino que es una condición producida por la sociedad y el sistema dominante. Es decir, que es una construcción cultural.

No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. (Beauvoir, 1987, p.87)

En esta etapa se unifican los movimientos feministas. A las reivindicaciones por la participación y la igualdad laboral se suman las demandas por la igualdad sexual y reproductiva, es decir el control o derecho a decidir sobre la reproducción y el derecho al placer. Y también se comienzan los estudios de género tratando de analizar las causas de la sujeción de las mujeres en las distintas culturas. Aparecen los conceptos teóricos como patriarcado, género, entre otros que marcan las indagaciones y las investigaciones hasta nuestros días.

Por ello puede sostenerse que el feminismo es pensamiento y práctica. Es pensamiento en la medida que produce teoría y es práctica, pues el activismo se va construyendo en la medida que las sociedades van cambiando.

3. Los conceptos de la teoría feminista:

El concepto de género es central para la teoría feminista. La idea de género surge a partir de que aquello considerado masculino o femenino producto de las diferencias sexuales y biológicas trasmuta a una desigualdad social entre esos dos polos, siendo una construcción cultural que se ha manifestado históricamente y que constituye el sistema de dominación que ha permeado todos los lugares y épocas. “A lo largo de la historia todas las sociedades se han construido a partir de las diferencias anatómicas entre los sexos, convirtiendo esa diferencia en desigualdad social y política” (Cobo Bedia, 1995, p.55), es decir se toma un dato de lo real (la diferencia sexual) para legitimar un discurso que provoca desigualdad. De este modo la realidad social es construida por la división en un binomio masculino- femenino, que asigna espacios y roles jerarquizados. A lo masculino le pertenece el espacio público y por tanto su rol se encuentra en consonancia con el mismo. Así el hombre será proveedor, cultura, creación. A lo femenino le corresponderá el espacio privado, el lugar doméstico, y su deber será ser madre y esposa.

Por tanto, existe una jerarquía entre sexos donde el varón es representado en el escalón superior: su lugar es el público el de la mujer lo privado, y existe una división sexual del trabajo: los roles. Así la teoría feminista pone de manifiesto que las tareas designadas históricamente a las mujeres no tienen su origen en la naturaleza, sino en la sociedad. En distintas sociedades en mayor o menor medida los varones se han dedicado a cumplir roles políticos, económicos, militares, es decir aquello que es visible y valorado. Sin embargo, las mujeres cumplen las tareas de cuidado, de sus hijos, marido, padres y del hogar. En las sociedades occidentales, muchas mujeres trabajan fuera de su hogar,

pero deben compartir mayormente las tareas laborales con las de cuidado. Al introducir el aspecto social de los géneros para explicar la realidad, se develan construcciones que no eran tomadas en cuenta o se naturalizaban.

Otros de los conceptos fundamentales de la teoría feminista es el de patriarcado, entendido como un sistema de dominación. Un sistema de dominación requiere la interrelación de las partes que lo conforman para sujetar la voluntad de un sector respecto de otro, imposibilitando su reversión. En relación al patriarcado y siguiendo a Cobo Bedia (1995, p.62) se produce un pacto –no necesariamente explícito- interclasista entre los varones para dominar a las mujeres, y como todo sistema de dominación supone desigualdad y subordinación de unos sobre otros, de hombres respecto a las mujeres.

Pese a la permanente crítica y constataciones de los estudios de derechos humanos y género que intenta desnaturalizar, concientizar, prevenir, sancionar y eliminar el patrón patriarcal, este siempre encuentra una línea de fuga, colocándose nuevos ropajes y máscaras, configurando nuevas y variadas modalidades de desigualdad.

Ahora bien, las sociedades asentadas en la desigualdad generan mecanismos ideológicos de reproducción de dicha inequidad que la justifican. Tal vez, sea el estereotipo el mecanismo ideológico más exitoso para su reproducción. Se entiende por él aquellos pensamientos o creencias compartidas por la sociedad que no responden a razones de científicidad, es decir son ideas simples no contrastables. En ese sentido, en cuando a la desigualdad de género el estereotipo sexual presenta a los géneros como diferentes porque poseen características propias y excluyentes en el binomio masculino-femenino. Así por ejemplo se entiende a la mujer como naturalmente intuitiva y a los varones como naturalmente racionales.

Como todo sistema de dominación el sistema patriarcal presenta relaciones de poder, ello repercute en la distribución desigual de los recursos, por tanto, el acceso a bienes también será desigual. Si tomamos el salario por ejemplo o la propiedad, la misma es distribuida en forma despareja entre varón y mujer.

Cabe preguntarse cómo es posible que el sistema patriarcal sea el más longevo de todos los sistemas de dominación. Para analizar ello recuperamos los estudios realizados por Rosa Cobo Bedia (1995) al respecto. La autora sostiene que el patriarcado es el sistema más universal pues ha existido en todos los tiempos y regiones. Expone que hay dos explicaciones por las cuales el patriarcado se reproduce, una que hace foco en el aspecto coercitivo y otra en el consenso.

Las teorías que destacan la coerción para estudiar la dominación femenina se pueden agrupar en estudios de macro medio y micro nivel. Así las teorías de macro nivel explican que la sujeción de las mujeres se debe a que los sistemas económicos por sí son desiguales, “afirman la existencia de apoyo mutuo de los sistemas capitalista y patriarcal en el sostenimiento de la opresión femenina” (Cobo Bedia, 1995, p.71). Las teorías de medio nivel explican que las desigualdades de género se originan en virtud de la división sexual de tareas y la jerarquización del “ejercicio de papeles sociales diferentes y desiguales”. Las teorías de micro nivel hacen foco en las interrelaciones entre varones y mujeres, poniendo de manifiesto que las desigualdades generadas en el macro y micro nivel generan relaciones desiguales directas.

Todas las teorías comparten la visión de que la desigualdad se sostiene porque “los hombres cuentan con los medios políticos, económicos, ideológicos y físicos para que subsista, independientemente de lo que las mujeres puedan desear” (Cobo Bedia, 1995, p.72). La autora sostiene que la expulsión de las mujeres del mercado del trabajo en momentos de crisis o de los espacios de poder político, señalan formas de violencia. Pero también el patriarcado cuenta con la fuerza física, la violencia sobre las mujeres que muestra cada día su costado más cruel en los medios de comunicación. Rita Segato (2016) advierte que en la actualidad “lejos de ser residual, minoritaria y marginal, la cuestión de género es la piedra angular y eje de gravedad del edificio de todos los poderes” (p. 15). Ello tal vez explique porqué la violencia y delitos contra las mujeres se han recrudecido, pues una de las herramientas usadas por el patriarcado para resistir al embate propinado por el reconocimiento de derechos, es la coerción usada sobre los cuerpos de las mujeres y traducido en violaciones, abusos, acosos, trafico, etc.

Por otro lado, las teorías que hacen foco en el consenso o voluntariedad, estudian los motivos por el cual las mujeres reproducen el patrón patriarcal. Esto es, entender por qué las mujeres voluntariamente se comportan de la manera que el patriarcado requiere. Rosa Cobo Bedia utiliza aquí dos enfoques teóricos, la teoría psicologistas o teoría feminista neofreudiana sostiene que el percibirse varón o mujer se adquiere a temprana edad y se origina en el apego. Existe un vínculo emocional de los niñ@s con la madre y que en un momento posterior se produce la separación para tomar dimensión del propio yo. Explica, que sin embargo esta ruptura del lazo emocional se produce de manera distinta en los niños y niñas. Los niños se separan antes, en cambio las niñas permanecen unidas a sus madres por más tiempo. Para esta teoría, esto produce en las niñas la adquisición de las características de sensibilidad y emocionalidad.

A su vez las teorías de la socialización explican que los niñ@s son socializados en la diferencia, van internalizando las normas sociales definidas para el sexo correspondiente. Es decir, desde una edad temprana se va aprendiendo a ser mujer y ser varón. El trato dispensado por los adultos a ambos sexos es diferente y se recrea en los juegos, la vestimenta, los libros. Posteriormente en los grupos de pares o en instituciones como la escuela se continúa reproduciendo la diferencia. “La socialización implica que cada género tiene que haber interiorizado las pautas necesarias para saber qué tiene que pensar o hacer para satisfacer las expectativas de género” (Cobo Bedia, 1995, p.74).

Han existido críticas respecto a los estudios de género analizados hasta el momento, pues para las mujeres negras, de ciertas etnias, pobres o trans no necesariamente se cumplen las categorías explicadas. Por ejemplo, en cuanto a la asignación de espacios públicos y privados, muchas de ellas han compartido el espacio público con el varón, de la misma manera la pareja puede no ser de distinto sexo. Al estudio de estas realidades nos adentraremos seguidamente.

4. Interseccionalidad.

Desde fines de los años 80', se empieza a producir el cuestionamiento a la homogenización del feminismo y su teoría, pues hacia el interior del movimiento no se tenían en cuenta las diversas situaciones por las que transitaban las experiencias de otras mujeres. Estas feministas problematizarán las relaciones de poder de raza y clase enfrentándose al feminismo de mujeres blancas.

Los feminismos de color abordarán la problemática de mujeres negras, pero también de latinas inmigrantes, mujeres indígenas, entre otras. Sus estudios comienzan en los Estados Unidos a partir del trabajo de Kimberlé Williams Crenshaw abogada feminista afrodesendiente, quien aborda la violencia contra las mujeres de color. La autora utiliza el concepto de interseccionalidad “para señalar las distintas formas en las que la raza y el género interactúan” (Crenshaw, 2012, p 89). La vida de estas mujeres se encuentra atravesada por la intersección o entrecruzamiento de patrones racistas y patriarcales, por ello sus experiencias son distintas y con ello las formas de abordar los problemas de raza o género que en sus vivencias son inseparables.

Por otra parte, autoras como Rita Segato (2003) analizan el patriarcado de comunidades originarias en el contexto latinoamericano, identifica que en estas comunidades existe un patriarcado de baja intensidad. Las comunidades indígenas se encuentran asentadas en la división sexual del trabajo y en una economía doméstica.

Expone que las mujeres indígenas se encuentran en una paradójica encrucijada entre ser leal a la comunidad o ser leal al género. Entre denunciar o no, debilitando las demandas de los pueblos originarios.

Después de iniciado el período de contacto intenso con la sociedad nacional, la mujer indígena pasa a padecer todos los problemas y desventajas de la mujer occidental, más uno: el imperativo inapelable e innegociable de lealtad al pueblo al que pertenece, por el carácter vulnerable de ese pueblo. (Segato, 2003, p. 141)

Tal como manifiesta la autora las mujeres indígenas se encuentran expuestas a “un chantaje permanente” (Segato, 2011), pues si cuestionan al patriarcado de sus comunidades se puede correr el riesgo la identidad y cultura de su pueblo, por cuanto generalmente estas comunidades dependen de la contraprestación del género.

En definitiva, la interseccionalidad revela los múltiples sistemas de opresión en que se encuentran las mujeres. Lo mencionado, puede aplicarse a procesos socioeconómicos adversos, que suponen desigualdad social y cultural, ubicando a las mujeres en una doble matriz de subordinación. Por un lado, subordinada a los patrones socio-económicos que configuran la exclusión mediante el eje desintegrador del desempleo; por el otro, subordinada a las relaciones sociales cotidianas donde predomina el modelo patriarcal, lo que contribuye a explicar la reproducción de las desigualdades sociales.

5. Teoría Queer

Las teorías de las desobediencias de género, conocidas como teoría queer aparecen en los años 90' en Estados Unidos. Queer siempre ha estado ligado a connotaciones negativas: raro, marica, sin embargo, fueron los movimientos de liberación gay los que convirtieron la palabra en signo de resistencia política, al decir de Teresa de Lauretis (2015) “Al igual que las palabras gay y lesbiana, queer ha designado, en primer lugar, una protesta social, y sólo en segundo lugar una identidad personal” (p. 109). Es decir, lo queer es una forma de reapropiación política de un insulto, al autonombrarse como “la loca del barrio, la tortillera”, existe pues, un posicionamiento no binario constituyendo formas de resistencia y de emancipación política. Lo queer significará la reacción u oposición a la normalidad binaria masculina- femenina, pero también como teoría apunta a cuestionar la homogenización de lo no binario, que había comenzado como una disidencia. En ese sentido, los estudios anteriores gay lésbicos no daban cuenta de las diferencias entre gays y lesbianas ni respecto a otras identidades.

En el pensamiento disidente hay una fuerte crítica a la construcción binaria de la realidad (varón- mujer), pues se parte de la constatación de que ello trae violencia hacia otras identidades sexuales, se trata aquí de una nueva forma de pensar la sexualidad. Ello significará también una crítica a los movimientos feministas por su carácter heterosexistas, por lo cual propondrán transformaciones a los estudios de género.

En ese sentido la hetero-normatividad es uno de los conceptos fundamentales de la teoría queer, demuestra que la realidad es marcadamente heterosexual estructurando lo que se considera normal y anormal y organizando la sociedad de esa manera. En las sociedades tal como hoy las conocemos se ha considerado desviado la constitución de identidades por fuera del canon, ello en la consideración de que las identidades dominantes constituyen el orden natural de las cosas, la consecuencia será la existencia de un nosotros distinto a ese otro. En ese sentido Judith Butler (2007, p. 8) sostiene que, en la modernidad occidental, se ha instituido un régimen normativo en lo concerniente al género y la sexualidad: la heteronormatividad o heterosexualidad obligatoria, que define cuáles son las identidades de género correctas castigando aquellas que no lo son, siendo las identidades sexuales verdaderas ser varón o mujer. La autora expone que existe “coherencia y continuidad entre sexo, género, práctica sexual y deseo” (Butler, 2007, p. 73) donde el deseo se orienta al sexo entendido como opuesto. Si la continuidad desaparece el sujeto es considerado como anormal y por tanto son víctimas de violencia, exclusión y marginalidad, las disidencias sexuales serán condenadas a una “suspensión de la vida”, o aún más grave a “una sentencia de muerte sostenida” (p.24).

En definitiva, la hetero-norma es una ley social, que se ha naturalizado existiendo en todos los espacios públicos y privados y que lleva consigo el germen de la violencia.

6. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

En el año 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU), aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, siendo un tratado obliga a los Estados firmantes, comprometiéndose a erradicar las prácticas discriminatorias respecto del colectivo femenino.

Ahora bien, el principio de no discriminación ya había sido enunciado en la Carta de Naciones Unidas, replicada del mismo modo en la Declaración de 1948, proclamando que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de*

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (art. 2). Por otra parte, los dos Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos Sociales y Culturales hacen la misma mención.

Cabe preguntarse entonces por la necesidad de sancionar un documento que expresara el principio respecto de este grupo vulnerabilizado. Como ya se ha expresado en otras unidades temáticas de esta asignatura los derechos humanos son fruto de un proceso histórico que va de la positivación, pasando por la generalización, internacionalización y finalmente la especificación. Respecto de esta última etapa- la especificación- se constatan que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de carácter general, no son suficientes para lograr la igualdad real de los grupos vulnerabilizados. En ese orden, se consideró que era necesario contar con otros medios para proteger los derechos humanos de la mujer porque el mero hecho de su "humanidad" no ha sido suficiente para garantizar a las mujeres la protección de sus derechos. Por ello, la convención es un instrumento que refuerza derechos ya contenidos en los documentos de carácter general.

El art. 1 de la convención alude a la definición de discriminación: *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*.

De este artículo se pueden realizar una serie de consideraciones para su análisis. La convención introduce un elemento objetivo: la diferencia de trato de carácter sexual. A su vez ese elemento provoca un resultado: impedir u obstaculizar a la mujer el ejercicio de derechos y libertades de la que es titular y también el reconocimiento de los mismos. Respecto del elemento interno: no importa que hubiera una conducta intencional o no, lo determinante es el menoscabo real. También la norma alude a dos ámbitos, tanto el público y el privado es decir el doméstico, están contenidos en la convención.

El artículo 2 de la convención establece las obligaciones de los Estados para erradicar las prácticas discriminatorias:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

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

En Argentina la Convención tiene jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, a partir de su introducción en el art. 75 inc. 22. Del mismo modo, en nuestro derecho interno se han eliminado ciertas figuras como el “adulterio” del Código Penal que reprimía a la mujer con pena de prisión de un mes a un año.

También se han adoptado leyes en consonancia con la Convención y las obligaciones que tienen los Estados. Así la ley de cupo femenino político y sindical, que establece una participación de al menos un 30% de mujeres en las listas de candidatos, también la ley de salud sexual y procreación responsable, ley de violencia contra la mujer, parto humanizado, etc.

Pero la obligación de los Estados no se agota en sancionar leyes o modificar y derogar aquellas contrarias al principio de no discriminación, pues los Estados tienen la obligación de tomar medidas para modificar los patrones culturales asentados fuertemente en estereotipos que producen desigualdad y violencia. En ese sentido, políticas educativas que contienen la perspectiva de género son una herramienta para trabajar estos objetivos.

7. Violencia de género. Tipos y ámbitos estipulados por la ley N° 26.485 modificada por la ley 27533.

La ley de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, N° 26.485 del año 2009, modificada en parte por la ley 25.533 de 2019, introduce en el art.

4 el concepto de violencia contra la mujer, expresa: ARTICULO 4°. Definición. “*Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*”.

Según la norma son los varones los perpetradores de violencia, siendo las mujeres las víctimas de la misma. Los estudios que se han encarado sobre violencia contra las mujeres denominan a la misma como violencia de género. Sin embargo, investigaciones más amplias engloban en dicho enunciado también a aquellos cuerpos que no se adecuan a la visión hegemónica de lo considerado masculino.

En ese sentido siguiendo los lineamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al analizar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que resultan aplicables al interpretar la norma nacional, se coincide en que si bien la orientación sexual y la identidad de género no están expresamente incluidas, éste es un “instrumento vivo que debe ser interpretado de conformidad con los tiempos actuales y con base en un criterio evolutivo”¹². En virtud de ello, la ley 26.485, si bien refiere al sujeto “mujer”, en una lectura en consonancia con la Ley de Identidad de Género y la interpretación de la CIDH, abarca los casos de violencia que se produzcan a la comunidad LGBTI +.

El art. 5 de la ley citada expresa los tipos de violencia: “*Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:*

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

¹² CIDH, “Violencia Contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 52

2.- *Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.*

3.- *Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.*

4.- *Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:*

a) *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;*

b) *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;*

c) *La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;*

d) *La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.*

5.- *Simbólica: La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.*

6.- *Política: La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones.*

Por su parte, el art. 6 de la ley citada expresa: “*Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de*

violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de

comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

g) Violencia contra las mujeres en el espacio público: aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019)

h) Violencia pública-política contra las mujeres: aquella que, fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros.

Analizando estos artículos de la norma, se comprende que el art. 5 identifica prácticas específicas que se traducen en violencia produciendo daño o menoscabo físico, moral, patrimonial etc. Se trata de acciones puntuales sin que dichos comportamientos se vinculen a situaciones contextuales.

Sin embargo, el art. 6 enumera los ámbitos o lugares posibles donde las conductas violentas pueden producirse, y las modalidades que adquieren en los mismos. Se trata de los contextos espaciales, los diferentes escenarios donde actúa la violencia. Ello en virtud de que la violencia no es un acto aislado descontextualizado, sino que se trata de acción y como tal atravesado por componentes relacionales, en definitiva, se trata de que ciertas relaciones sociales asumen las características de ser violentas.

II. PUEBLOS ORIGINARIOS

Introducción

El presente trabajo propone un recorrido jurídico sobre las principales normas a nivel internacional y nacional sobre las comunidades originarias. Sin embargo, el trabajo sería inacabado si no se analizaran algunos sentidos respecto de la etnicidad y su consecuencia el racismo y discriminación. Ello en virtud de que el cambio de las configuraciones jurídicas y sus obstáculos, solo pueden entenderse a partir de la realidad profundamente desigual en que se hayan ciertos grupos, en este caso las comunidades originarias, producto de discursos contruidos históricamente y que siendo dominantes acaban instalándose en el imaginario colectivo reproduciendo la desigualdad.

1. Historia de una masacre

El estado de situación de las comunidades indígenas en América Latina, se entiende a la luz de los procesos históricos que comienzan con la llegada del europeo a América. En efecto, a partir de entonces comenzó la apropiación y despojo de las tierras y territorios que las comunidades habitaban, constituyendo el centro de su existencia y los espacios de reproducción cultural y social. Este proceso de sustracción iniciado en la época de la conquista durará hasta nuestros días.

La ocupación europea en Amerindia redujo la población indígena, ello como resultado de las masacres, pero también de las enfermedades europeas hasta entonces desconocidas, sarampión, viruela, cólera, sellaron su fatal destino. Sumado a ello el sometimiento a trabajo forzado y en condiciones inhumanas sobre todo en las minas de metales preciosos que eran llevados a Europa.

Posteriormente en el siglo XIX, con los procesos de formación de los Estados-Nación aparece el latifundio como modo de producción sumado a los marcos jurídicos que privilegian la propiedad privada, esto justificará las campañas del desierto, particularmente en Argentina y Chile.

A mediados del Siglo XX hasta nuestros días se produce un proceso de colonización con otras características, ya no abiertamente homicida. En efecto, la desposesión de los territorios -sobre todo en la Amazonia y zonas aledañas- consecuencia del extractivismo de los recursos naturales por parte de empresas nacionales y extranjeras, y el corrimiento de la frontera agrícola inciden negativamente en los ecosistemas repercutiendo en las comunidades indígenas que se hayan fuertemente unidas a ellos.

2. Racismo y Etnicidad

La cuestión indígena ha sido sistemáticamente negada en Argentina, ello, en virtud de los procesos ideológicos que hacen énfasis en la herencia europea en la formación de la nación. Incesantemente se escucha “somos un crisol de razas”, entendidas estas siempre como europeas. Este discurso reproduce la creencia que los argentinos somos europeos. Por ello, niega e invisibiliza el origen de una nación étnica.

Antes de realizar el análisis de los discursos hegemónicos y sus consecuencias, se debe entender que es la etnicidad y que lo diferencia de la raza, si es que hay alguna diferencia. Siguiendo a Aníbal Quijano (1995) el mundo colonial capitalista ha producido diferencias, entre ellas la de raza, entendida como “distinciones biológicas” entre los europeos y no europeos asentadas en el color de la piel. “La "superioridad racial" de los "europeos" fue admitida como "natural" entre todos los integrantes del poder” y de esta manera se fue proyectando al imaginario colectivo. Desde ya antes -siglo XVI- en Europa, se estudió a las personas de la misma manera que a las plantas y animales por sus características físicas. Las medidas anatómicas, el tamaño de la cabeza y el color de piel comenzaron a ser clasificados como rasgos de tipologías raciales específicas, relacionándolos con niveles de inteligencia y civilización. Este argumento racializado ha seguido vigente hasta nuestros días no ya asentados en esa supuesta superioridad biológica, sino que la diferencia se construye socialmente siendo fuertemente estereotipada.

Por otra parte, la etnicidad proviene del concepto griego *ethnos* que significa pueblo o nación, refiere a un conjunto de atributos culturales que una sociedad o comunidad étnica comparte de manera colectiva y que se transmiten de una generación a otra. Ahora bien, desde la construcción de los Estados-Nación que unificaron las diversas identidades (europeas), es que se fue produciendo la idea de diferencias enfocadas en características culturales diversas a la europea y por supuesto catalogadas como inferiores.

Es allí, en la imagen de inferioridad que etnia y raza se conjugan, produciendo racismo y en consecuencia discriminación. La discriminación alude a separar o diferenciar una cosa de otra. En el campo de lo humano y específicamente respecto del racismo es una forma extrema de discriminación respecto de sujetos y grupos sociales y que se expresa a través de mecanismos simbólicos y acciones concretas o como políticas oficiales como por ejemplo el *apartheid*.

Por otra parte, una definición jurídica de racismo la encontramos en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965,

en la que discriminación racial es *“cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en raza, color, descendencia u origen nacional o étnica que tenga el propósito o el efecto de anular o perjudicar el reconocimiento, gozo o ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*

Rita Segato (2007) hace una serie de consideraciones que es necesario tener en cuenta. Así la autora refiere a racismo distinguiendo en él dos elementos: discriminación y prejuicio. El prejuicio refiere a convicciones íntimas negativas respecto de personas no blancas y discriminación es la exteriorización del prejuicio, es decir, puesto en acto y que puede consistir en una acción u omisión pero que requiere una conducta exteriorizada o que debe ser exteriorizada en el caso de la omisión. Expresa Segato que desde la mirada legalista se hace énfasis en el elemento exterior pero que este se alimenta necesariamente del prejuicio, sin el cual no existiría, por tanto, hay que trabajar sobre este último para su desaparición.

La autora distingue cuatro tipos de racismo:

1. Un racismo de convicción, axiológico: se expresa a través de un conjunto de valores y creencias explícitas que atribuyen predicados negativos (o positivos) en función del color, trazos físicos o grupo étnico al que la persona pertenece. Afirmer que la gente negra es mejor dotada para los deportes o la música popular que para las actividades que necesitan de pensamiento abstracto es un ejemplo de este tipo de racismo.
2. Un racismo político-partidario-programático que sirve de base para la formación de agrupaciones políticas que votan mancomunadamente y abogan un antagonismo abierto contra sectores de la población racialmente marcados, como el Ku-Klux-Klan, todavía en existencia en los Estados Unidos de Norte América, y los grupos anti- inmigración de Australia, como son el Australian National Action, the Confederate Action Party y First Movement, entre otros. En los países de ibero América, este tipo es el menos común, y puede considerarse representado por el movimiento de los skin-heads y pequeños grupos neo-nazistas en los grandes centros urbanos que actúan en internet a través de sitios de comunidades virtuales como Orkut.
3. Un racismo emotivo, que se expresan manifestando miedo, rencor o resentimiento con relación a personas de otra raza o grupo étnico. Es el caso de aquéllos que se asustan al tener que compartir un elevador a solas con una persona no-blanca, o sentir su presencia próxima en la calle.
4. Un racismo “de costumbre”, automático o “acostumbrado”: irreflexivo, naturalizado, culturalmente establecido y que no llega a ser reconocido o explicitado como atribución explícita de valor diferenciado a personas de grupos raciales y étnicos. Se opone a los racismos fundamentados en una consciencia discursiva. Este tipo de racismo hace parte del universo de nuestras creencias más profundas o arraigadas: el profesor que simplemente no cree que un alumno negro o indígena pueda ser inteligente, y que por eso no lo oye ni repara en su presencia dentro del aula; el portero del edificio de clase media que simplemente no puede concebir espontáneamente que uno

de los visitantes al edificio sea no blanco; o la familia que apuesta sin dudar en las virtudes de su miembro de piel más clara. (Segato, 2007, pp. 68-69).

Rita Segato advierte que esta última forma de racismo es la más frecuente en Latinoamérica y, por cierto, la que encuentra más puntos de fuga, pues “opera sin nombrar. La acción silenciosa de la discriminación automática hace del racismo una práctica establecida, acostumbrada y, por eso mismo, más difícilmente notificable” (p. 69). De esta manera se invisibiliza a los sujetos colocándolos en los no lugares, desplazándolos de los espacios valorados socialmente que son ocupados por personas blancas, así por ejemplo en el ámbito educativo, profesional, o político, configurando formas de violencia.

3. Reconocimiento normativo e institucional de las comunidades originarias

A partir de la vuelta de la democracia en Argentina, las comunidades indígenas lograron importantes objetivos a nivel institucional y normativo. En ese sentido, en el año 1985 se crea el INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) institución descentralizada con participación indígena que depende del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación¹³.

En el año 1994 se reformó la Constitución Nacional, que además de la introducción de los instrumentos internacionales de DDHH a través del art. 75 inc. 22, incorpora en el mismo artículo el inc. 17, el que establece: *“Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”*.

Por otra parte, en el ámbito internacional universal existen tres instrumentos relativos a las Comunidades Originarias: el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y

¹³ Una de las funciones del I.N.A.I. es la de disponer la inscripción de comunidades indígenas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI), para ello coordina su acción con los gobiernos provinciales. Es responsable de arbitrar todos los mecanismos disponibles para el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras.

Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la “Declaración Internacional sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas” de la Organización de Naciones Unidas(ONU); y la “Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” de la Organización de Estados Americanos (OEA). El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en el año 1989, y que, por ser un convenio obliga a los Estados firmantes, el mismo fue ratificado por la mayoría de los Estados Latinoamericanos.

Por otra parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblo Indígenas fue aprobado en 2007. En el ámbito regional, en el año 2016 se aprobó la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Oswaldo Kreimer (2008) refiriéndose al instrumento universal, advierte que, si bien es una declaración, es un paso importante en el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, pues establece un estándar mínimo de derechos, representando un cambio de paradigma en la visión de los derechos humanos (p.11). En efecto, tal como hemos estudiado los derechos humanos pertenecen a la persona humana individualmente considerada, sin embargo, en los instrumentos internacionales referidos a comunidades originarias dejan sentado los derechos colectivos de la comunidad indígena más allá del derecho de cada miembro como sujeto. Ello es así porque se entiende que el goce de los derechos humanos que le corresponden a cada miembro indígena es inseparable de los derechos reconocidos a la comunidad de la que forma parte. Estos documentos afirman el derecho humano a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas por su relación intrínseca con la naturaleza, como así mismo el derecho de la comunidad en la crianza, educación y bienestar de niños y adolescentes. Ello por las particularidades culturales que adquieren las tareas de cuidado en estas comunidades.

4. La definición de pueblo indígena en los instrumentos internacionales

La definición de pueblo indígena ha resultado problemática, tanto organismos internacionales, Estados, como organizaciones indígenas se han opuesto a definirlo, pues cada comunidad tiene distintas particularidades que, como grupo los diferencia de otros, por ello se ha argumentado que no es posible construir una definición lo suficientemente amplia que se aplique a todos los pueblos indígenas. En ese sentido las organizaciones indígenas han advertido que al definir se deja afuera la posibilidad del goce de derecho a comunidades y personas que se identifican como tal. Por tanto, ha prevalecido la idea que es a la persona indígena y su comunidad a quien le incumbe autodefinirse, y ese es el

criterio prevalente en las declaraciones internacionales. Así la declaración del ámbito americano estipula: Artículo 1: *1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas. 2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.*

Sin embargo, a los fines prácticos existe consenso internacional para utilizar la definición del art. 1 del convenio 169 el que considera pueblo indígena: *“los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.*

Se puntualiza que los pueblos indígenas son portadores de lenguaje sistema de creencias y conocimientos particulares y que poseen una relación especial con la tierra y los recursos naturales la que es primordial para su existencia tanto física como cultural por su conexión espiritual con la misma. Es posible identificar al menos cuatro dimensiones relacionadas a los pueblos indígenas: el reconocimiento de la identidad, el origen común, la territorialidad y la dimensión cultural y política, de allí que a partir de los instrumentos internacionales y siguiendo a Osvaldo Kreimer (2008, p. 20-21), se pueden extraer los siguientes elementos caracterizadores de los pueblos indígenas:

- 1) Continuidad histórica con las sociedades previas a la colonización y/o las invasiones. Se reconocen las injusticias históricas y sus consecuencias. Puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente de uno o más de los siguientes factores: ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; ascendencia de los ocupantes originales de esas tierras; cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, idioma, estilos de vida, etc.).
- 2) Libre determinación como pueblos indígenas. Determinación de mantener y reproducir su medio ambiente ancestral y sus sistemas como pueblos y comunidades distintivas. Ello incluye transmitir a futuras generaciones su identidad étnica (su lengua, sus costumbres, modo de organización social, etc.) como así también el mantener o recuperar los territorios y servirse de los recursos naturales; autogobierno y prácticas de autonomía hacia el interior del grupo; preservar su muy particular y especial identidad cultural,

social, económica, etc., dentro del seno de la comunidad nacional de la que forman parte, respetando la integridad del Estado.

- 3) Fuerte vínculo con los territorios y los recursos naturales conexos.
- 4) Sistemas políticos, sociales y económicos distintivos.
- 5) Idioma, cultura y creencias distintivos.
- 6) Grupos no dominantes dentro de una sociedad. Si bien esta situación se ha presentado en forma continua desde la colonización, ello no quiere decir que la comunidad deje de ser indígena por colocarse en un pie de igualdad con los sectores dominantes de la sociedad.

5. Identidad y Territorio

Una de las características de los pueblos indígenas que se han enunciado precedentemente constituye el fuerte vínculo con el territorio, tal vez esta sea la característica que comparten todas las comunidades originarias en su vasta heterogeneidad, pues la identidad indígena “está asociada fuertemente a su calidad de sujetos colectivos que mantienen ancestralmente una vinculación especial con el territorio” (Ramírez, 2017, p.11) ello explica las reivindicaciones incesantes a las tierras de las que fueron despojados y que son la causa de debates y enfrentamientos en todas las latitudes. Del mismo modo el tema de los territorios ha sido objeto de posiciones encontradas previo a la redacción de las declaraciones, puesto que la significación de territorio en el ámbito de las comunidades indígenas es diferente a la propiedad privada clásica. En efecto, la mirada indígena se aleja de la concepción occidental de la propiedad como derecho real de dominio, en el sentido de que el territorio es comprensivo del suelo, subsuelo, la flora y fauna, y su hábitat; sumado a ello existe una conexión profunda entre las comunidades indígenas con el territorio tanto física como espiritual que difícilmente se entienda desde el enfoque occidental. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, la que ha expresado: “...para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...”.

Hay tres cuestiones a considerar en este punto: el concepto de tierra, territorio y recursos, la identidad colectiva, y la “propiedad” comunitaria indígena. La declaración

¹⁴ por ejemplo, en la causa “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

universal como la regional hacen mención de que los pueblos indígenas tienen derecho a la tierra, territorios y recursos. En ese sentido según el Convenio 169 el término tierra debe incluir el concepto de territorios, ello implica la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera. Kreimer, O. (2008), analiza ello y manifiesta que si se trata de comunidades agricultoras tierra y territorio se funden, en cambio para las comunidades que viven en los bosques “sus tierras son el espacio físico donde viven y parte de su territorio es el bosque de donde obtienen sus alimentos, plantas medicinales y otros elementos necesarios para mantener su cultura y pervivencia” (p. 61)

Respecto a la identidad colectiva de las comunidades indígenas, está estrechamente ligada al territorio y en ese sentido sin ese elemento corre grave riesgo de desaparecer. Así el territorio es el soporte vital donde la comunidad desarrolla su espiritualidad, su cultura y su cosmovisión, constituyendo el derecho para el goce de los demás derechos de la comunidad indígena.

Por otra parte, la propiedad comunitaria indígena es colectiva en el sentido de que no se centra en un individuo o individuos específicos sino en el grupo, a diferencia de la sociedad occidental que se haya fuertemente anclada sobre la base de derechos individuales. Asimismo, la propiedad no es entendida a la manera clásica, “no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual” (Kreimer, 2008).

6. Régimen de tierras, territorios y recursos

El art. 25 de la Declaración Americana sobre pueblos indígenas expresa: *Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos:*

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.*
- 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*

4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

Este artículo como el instrumento universal reconoce el derecho a esas tierras, territorios y recursos, y agrega “aquellos que hayan adquirido de otra forma”, o sea, no por posesión o utilización. Esto debe entenderse como adquisición, por ejemplo, por acuerdos con el Estado y no en el sentido de una adquisición a la manera del derecho privado clásico. Además, la enunciación del artículo no se limita a la posesión actual sino también refiere a aquellas “que tradicionalmente han poseído, ocupado...”, es decir las tierras y territorios del pasado de las que fueron despojados.

En ese sentido y según los instrumentos internacionales y la propia Constitución Nacional, el Estado Argentino tiene las siguientes obligaciones:

- Reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente.
- Adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas, así como para evitar todo traslado forzado (DU art. 8). Del mismo modo la Constitución Nacional en el art. 75 inc, 17 expresa que las tierras no son enajenables, transmisibles, ni susceptibles de gravámenes o embargos. En ese sentido en el año 2006 se sancionó la ley 26.160 de emergencia de la propiedad comunitaria indígena del país, que declaró la emergencia por el término de cuatro años, durante los cuales se suspende la ejecución de sentencias de actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras. Dicha norma ha sido incesantemente prorrogada. También establece que, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas debe realizar el relevamiento técnico-jurídico- catastral de la situación de dominio de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, en cumplimiento de ello, en el año 2007 se creó el Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas.

- Todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (DU, art. 10).
- Realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el consentimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en las tierras y territorios indígenas (Convenio 169, art. 6; DU, arts. 19 y 32); al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que antes de otorgar concesiones se deben realizar estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas (Caso Saramaka, párr. 129).
- Aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de autorizar o emprender la exploración o explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en las decisiones y también en los beneficios de tales actividades (Convenio 169, art. 15).
- Asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (DU, arts. 20 y 28). Ello refiere también al traslado, el que debe ser consentido previamente por la comunidad indígena, pero además debe realizarse con acuerdo previo de una indemnización y si es posible la opción del regreso a dichas tierras.

7. Convenio Sobre la Diversidad Biológica

El convenio sobre la “Diversidad Biológica” (CDB), si bien no es un tratado específico sobre las comunidades originarias, es importante su estudio pues, es relevante para los Pueblos Indígenas porque reconoce la dependencia de muchas Comunidades Originarias de los recursos biológicos, y la contribución del conocimiento tradicional tanto para la conservación como para el uso sostenible de la diversidad biológica.

Este instrumento fue adoptado en el marco de la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en el año 1992. Surge como respuesta a la preocupación por el estado de la biodiversidad en el mundo y funciona como un marco legalmente vinculante para el compromiso de las naciones con el desarrollo sostenible. El Convenio entiende por biodiversidad la diversidad dentro de las especies, y entre las especies y los ecosistemas. El CDB entrelaza a los humanos y nuestras necesidades básicas, con la salud y la conservación de los ecosistemas. En ese sentido vincula la conservación y la economía, teniendo como premisa utilizar los recursos biológicos de manera sostenible. El convenio

destaca especialmente a los pueblos indígenas en el Preámbulo y en su articulado: Conocimiento tradicional; Uso consuetudinario sostenible de la biodiversidad; Intercambio de información; Cooperación técnica y científica.

Cabe hacer notar que el convenio presta especial atención a los conocimientos indígenas y sus beneficios para la utilización con conservación, de la diversidad biológica. Por ello los Estados tienen el deber de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas, teniendo que compartir equitativamente con las comunidades los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos.

III. LAS INFANCIAS

1. Concepto de Infancia

En este trabajo se analizará la niñez y adolescencia, desde la categoría infancia como construcción histórico social, de manera que permita relacionar su concepción en distintos momentos vinculados a la legislación, ello sería inacabado sin el estudio de las representaciones sociales y miradas dominantes respecto de la infancia.

Se puede rastrear la aparición de la categoría infancia en el desarrollo del capitalismo que produce cambios en dos instituciones básicas: la familia y la educación¹⁵. Analizar la infancia como grupo o colectivo significa desentrañar el lugar que tienen las nuevas generaciones respecto de la adultez en el marco social, revelando la asimetría en las relaciones asentadas en el componente temporal (edad) y que se manifiesta en relaciones de subordinación y dependencia.

La dimensión temporal ha compartimentado la vida humana en ciclos, correspondiendo a cada uno de ellos ciertas acciones, dando lugar a derechos y obligaciones: cuidados y estímulo en los primeros años, posteriormente educación para su desarrollo, trabajo en la edad activa, y jubilación en la vejez. (Bustelo Graffigna, 2012, p.289) Ahora bien, respecto de la infancia se ponen en juego la idea de madurez y educación para transformarse paulatinamente en una persona adulta. En esta concepción lineal, y desde una posición adulto céntrica a la infancia le falta algo, por lo tanto, es carencial de ciertos atributos que sí poseen los adultos, por ello la referencia es la adultez. Hay en la temporalidad un fin, siempre hay sujetos preparándose para ser adultos. En ese sentido Mariano Narodowski (2011) expresa:

la infancia fue definida por la pedagogía de la modernidad como una suerte de discapacidad (Narodowski, 2011b), que posee dos dimensiones:

¹⁵ Ambas han sido estudiadas en la asignatura Nociones de Sociología

por un lado, una discapacidad operativa (no poder ciertas cosas) y necesitar de otro para operarlas; por otro lado, una discapacidad epistémica (no arribar a la comprensión cabal de ciertas cosas) y necesitar de otro para pensarlas.

Ambas dimensiones están entrelazadas y articuladas en la constitución de la verdadera discapacidad, la discapacidad superior: discapacidad moral de no atinar a determinar por sí mismo qué es lo bueno y qué no lo es, necesitando

para esto de otro que así lo haga.

Al otro no infantilizado de las relaciones interculturales de la modernidad lo denominamos adulto y quien ocupa ese lugar es quien asume la guía hasta que el menor de edad se apropie de la capacidad autónoma, esto es, se convierta en un mayor de edad, en un par, un igual de quien lo formara.

(p.105)

En el universo infancia se coloca a niños niñas y adolescentes en contraposición al mundo adulto, y ha sido analizada por distintas disciplinas, más no como sujetos actores. Estos saberes en distintas épocas han marcado aquello que los niños podían o no hacer y las responsabilidades de los adultos, estas concepciones han permeado distintas legislaciones en nuestro país.

2. La visibilidad de la infancia.

La construcción social de la categoría infancia se encuentra estrechamente vinculada a la institución escuela, que coincide en nuestro país con el proceso de formación del Estado Nación y su último atributo de estatidad, esto es la identidad colectiva. Será el Estado mediante la herramienta de la educación formal en establecimientos especialmente diseñados, el que brindará un ámbito de socialización donde se adquirirán conocimientos, pero también disciplinamiento como forma de control social.

Sin embargo, no todos tendrán acceso a la escuela, en los conglomerados urbanos grupos de niños inmigrantes o nacidos de inmigrantes por diversos motivos no asistirán a la misma. Así las diferencias socio culturales se establecerán al interior de la categoría infancia: los que tienen acceso a la educación formal y los que no, de tal manera que el concepto genérico de infancia no los abarcará, “los excluidos se convertirán en “menores” (García Méndez, 1992, p.422). En ese orden de ideas, la categoría diferenciada “menor” será objeto de otro tipo de control institucional, judicial, psiquiátrica y educativa. Ahora bien, dentro del paraguas de concepto de menor se agrupaban distintas situaciones: los niños en peligro, es decir los abandonados, aquellos que no poseían la crianza y educación deseable; y los menores peligrosos es decir delincuentes. Se crea así una estructura

apuntalada por la doctrina de la situación irregular, marco jurídico a partir del cual el Estado intervendrá discrecionalmente sobre la situación de la minoridad y que durará todo el siglo XX. Es decir, este sistema tutelar se ocupaba únicamente de los niños, niñas y adolescentes considerados en situación irregular, aquellos que no se encontraban en estos casos no serán tenidos en cuenta por la normativa pues las familias serán las encargadas de su cuidado y protección.

En este sentido, la categoría infancia si bien es homogénea en cuanto a quien se opone, el adulto, no lo es hacia su interior, pues “es heterogénea respecto a las distintas dimensiones que la cruzan como clase social etnia, género, pertenencia urbana o rural, pertenencia religiosa, lenguaje, etc.” (Bustelo Graffigna, 2012, p. 291)

3. Desarrollo normativo

El Código Civil de Vélez Sarsfield ligó a los niños, -en términos de Vélez “Menores”- a la patria potestad. El art. 264 establecía que la patria potestad es el “conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores y no estén emancipados”.

Posteriormente en 1919 se sanciona la ley 10903 de Patronato de Menores, conocida también como “Ley Agote”. La preocupación, que dio origen a esta norma era los niños y adolescentes de clases populares nominados como abandonados o en el peor de los casos como delincuentes. Así se va sedimentando la idea de que este colectivo se podía encontrar en peligro o sin más eran peligrosos para la sociedad. Asimismo, el patronato de menores fue creado para sustituir a la patria potestad que los padres hubieren perdido por los motivos que la ley expresaba. El art. 21 expresaba: “A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

Entonces la propuesta para los menores fue la intervención de los tribunales de menores indiferenciando si se trataba de abandono moral, abandono material o peligro

moral, generalmente el tratamiento era además de la pérdida o suspensión de la patria potestad, la internación en establecimientos a cargo del Consejo del Menor. Ello significó “la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como primera opción antes que, como última ratio, la vigencia de la categoría de abandono y peligro moral y/o material como justificativo de la intervención jurídico burocrática, y la consecuente criminalización de situaciones de carencia socioeconómica”. (Villalta, 2019, p. 73). En el fondo se trataba de evitar la peligrosidad entendida como miedo social, más que de proteger a los niños y niñas en tales condiciones. Así la ley de patronato de la infancia encontró el modo de ejercitar el control sobre la minoridad considerada peligrosa para salvaguardar a la sociedad.

Más tarde, en el año 1989 fue aprobada en el ámbito internacional la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con la reforma constitucional de 1994 adquirió rango constitucional con su introducción en el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina. Aparece así una nueva doctrina llamada desde entonces “Doctrina de la Protección Integral”. Finalmente, en el año 2005 se produjo la sanción de la Ley N° 26061 denominada “Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, adhiriendo al nuevo paradigma de protección y a los postulados de la Convención Internacional, propiciando un cambio en la cultura y significaciones respecto de las infancias.

En consonancia con la CIN, que concibe a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 regula la capacidad restringida de este colectivo teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, así el art. 26 dispone “*Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...*”. Ahora bien, la norma califica que la madurez como suficiente, esto guarda conexidad con el acto que el sujeto realiza, el código establece distintos supuestos que las personas menores de edad pueden realizar por sí mismos o con autorización de sus progenitores o en última instancia por decisión del juez.

A continuación, para mayor comprensión se esboza un cuadro de la consideración de la infancia en la normativa y sus alcances, en dos etapas:

	1° Etapa	2° Etapa
--	-----------------	-----------------

Normativa	Ley 10903 de Patronato de Menores (1919)	- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño - Ley N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Código Civil y Comercial de la Nación
Visión	Menores: Peligrosos (delincuentes) En peligro (abandonados moral y materialmente)	Niñ@s como sujetos de Derecho
Sistema	Tutelar	De protección integral
Doctrina	Situación Irregular	Protección Integral

Se advierte que la definición de niñ@s como sujeto de derecho contenida en la Convención ha resultado un avance respecto a la significación moderna de infancia como niño desvalido y del adulto como individuo protector y sujeto responsable. “Así cuestiones como la ciudadanía infantil, la responsabilidad, el derecho a elegir, a ser escuchado, etc. tensionan los atributos asignados por la modernidad a la infancia y conmueven el lugar de los adultos...” (Diker, 2009, p. 28).

4. La Convención Internacional de los Derechos del Niño

La adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIN) en el año 1989 significó un cambio de paradigma en la consideración de la infancia.

La convención en su art. 1 dispone: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

En la convención se destacan como característica fundante, la concepción del niño- aquellos menores de 18 años de edad- como sujeto de derecho. Siguiendo a Miguel Cillero Bruñol (1999) El instrumento internacional, “no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad” (p. 4). Es decir, desde la convención se cambia el enfoque en la comprensión de infancia, pues ya no será un ser preparándose pasivamente para la adultez, sino que es una persona y como tal valorada y con derechos, por lo tanto, la Convención no supone un sujeto dependiente y subordinado a los adultos, en tanto es

concebido como sujeto con capacidad de autonomía en la medida de su desarrollo progresivo. Así el art. 5 expresa: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

El artículo citado contiene el principio de autonomía progresiva, pues reconoce las responsabilidades y derechos de los adultos que estén en consonancia con el ejercicio de los derechos de los niños atendiendo a la “evolución de sus facultades”.

Por otra parte, la Convención supone una reafirmación de derechos en tanto persona humana, de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos sociales y culturales, pero también es fuente de otros derechos propios, por las particulares circunstancias de desarrollo, que regulan las relaciones de los niños con los adultos. Ello tiene como fin la protección y el desarrollo integral de la infancia.

Principios contenidos en la Convención.

Se llaman principios a aquellas directrices o preceptos guías que en sí son derechos pero que tienen como función el goce de otros derechos. Ello permite que cada vez que se tenga que tomar una decisión en una cuestión particular o diseñar una política pública se tenga en cuenta los principios fundantes básicos que permiten en definitiva el goce y ejercicio de derechos de las infancias.

La Convención establece que el principio prioritario es el interés superior del niño. Pero también existen otros como el derecho a ser escuchado, el de no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo.

a. Principio Interés Superior del Niño

El Art. 3.1 de la Convención expresa: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Por su parte el Art. 18.1 dispone: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

Así la Convención Internacional de los Derechos del Niño menciona el Interés Superior del niño como un principio garantista que se dirige en primer término al Estado en su doble faz: para el diseño e implementación de políticas sociales y como límite a la facultad interpretativa de los jueces que deben resolver los casos sometidos a su conocimiento. Pero también se constituyen en destinatarios de la garantía, los progenitores o los individuos bajo cuyo cuidado se encuentran los niños y la sociedad en su conjunto, destacando la responsabilidad social que debe existir frente a la infancia.

Sin embargo, la convención no explicita cual es el contenido de dicha regla. Ahora bien, la Observación General N° 14 del año 2013, del Comité de los Derechos del Niño ha puntualizado que el Principio de Interés Superior del Niño es “el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (p.3)

Es decir, el principio en análisis es la plena realización de los derechos por parte de la infancia, pero tal concepto en términos del Comité es dinámico, debiendo evaluarse en cada caso concreto tal interés, siendo “flexible y adaptable”. Como cada situación es distinta en cuanto a contextos, desarrollo y necesidades personales si la definición de interés superior se encorsetara podría producirse el efecto inverso.

Respecto al desarrollo el comité ha precisado que se trata de un concepto holístico, esto es, tener en cuenta el desarrollo integral del niño, en su totalidad, incluyendo su entorno, abarcando aspectos físicos y mentales como también sociales.

Por otra parte, y siguiendo a Miguel Cillero Bruñol (2007, p.137), el principio en análisis posee una triple función:

- Función hermenéutica: pues el principio en análisis permite interpretar en forma sistémica el contenido de la convención, en ese sentido si alguna de sus disposiciones permite varias interpretaciones se elegirá aquella que satisfaga en mayor medida el interés superior del niño, reconociendo el carácter integral de los derechos de la niñez y su interdependencia que a esta edad se ven con más nitidez.
- Función resolución de conflictos de derechos: Así en lo que se vincula con los derechos de los adultos, el interés superior del niño debe primar como por ejemplo cuando entran en colisión con los derechos de una comunidad originaria de la que formen parte los niños. Por otra parte, cuando se trate del ejercicio de dos o más derechos reconocidos en la Convención, por ejemplo, cuando el derecho a su integridad personal entre en conflicto con el derecho de convivir con su familia,

en el caso de maltratos, aquí el juez podrá separarlo de su familia para su protección.

- Función de priorización en las políticas públicas: Ello significa que en todas las decisiones que deban tomarse y que esté implicado directa o indirectamente la niñez deben priorizarse antes que el interés social. Por ejemplo, en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal, y la disminución de la edad de imputabilidad.

b. Principio de no discriminación

Por otra parte la convención enuncia el principio de no discriminación en su art. 2:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El artículo citado hace una clara referencia a dos situaciones, en primer término, refiere al reconocimiento, respeto y goce de los derechos contenidos en la convención para todos los niños y niñas, sin limitantes de ningún tipo. En segundo lugar, plantea aquellas situaciones concretas que en virtud de ciertas vicisitudes de sus núcleos primarios repercutan negativamente sobre las infancias, dando como resultado actos discriminatorios o castigos. Ello requerirá la adopción de medidas positivas por parte del Estado para corregir una situación de desigualdad real.

Ahora bien, queda claro la vinculación del Principio de Interés Superior del Niño con el derecho a la no discriminación, pues la consideración primordial es la protección de la niñez y el goce de derechos contenidos en la convención.

c. Principio Autonomía progresiva y el derecho a ser escuchado

La Convención en análisis en su art. 5 expresa: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los*

tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Por su parte el art. 12 dispone: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

Al considerar a los niños sujetos de derecho la formulación del paradigma no es meramente declarativa, sino que tiene efectos y alcances, pues el contenido está dado por derechos efectivamente gozados, es decir no son expectativas o condicionados a alcanzar la edad adulta, por el contrario, se trata de derechos que serán ejercidos de acuerdo a su evolución y desarrollo. Ambas dimensiones (evolución-edad y desarrollo-madurez) se encuentran implicadas en el ejercicio de los derechos.

Ahora bien, el desarrollo progresivo implica autodeterminación y por tanto autonomía. Por eso el art. 5 pone en cabeza de los adultos la responsabilidad de acondicionar el contexto para que los niños y niñas alcancen su autonomía. Por su puesto que la mayor o menor autonomía será variable en atención a la edad y grado de evolución.

En ese orden de ideas, algunos autores han puntualizado que los niños y niñas no replican las directrices adultas, no son meros sujetos pasivos, sino que las recrean y resignifican “en sus propios términos” (Bustelo Graffigna, 2012, p.291) ello en ejercicio de su autonomía.

Por otra parte, el art. 12 de alguna manera establece el modo como el niño debe ser escuchado incluyendo sus opiniones en todas las cuestiones que lo afecten, en ese sentido el derecho a ser escuchado está en clara vinculación con el principio de autonomía progresiva pues debe tenerse en cuenta la gradualidad en evolución, pero además es el derecho a ser escuchado permite el goce de los demás derechos lo que entra en clara vinculación con el interés superior del niño.

En la observación General N° 12 del Comité, se advierte que el derecho de los niños a emitir sus opiniones es un derecho, más no una obligación y que los Estados deben partir de la premisa de la capacidad para formarse sus propias opiniones y de expresarlas,

no imponiéndose ningún límite de edad pues recalca que ello puede suceder desde temprana edad. Del mismo modo el lenguaje oral no es el único expresable, existen otros medios como el gestual en que los niños pequeños se pueden dar a entender. Recalca que son herramientas también el dibujo y la pintura.

Ahora bien, el derecho a ser escuchado comprende: en todo asunto que le concierne, y también en proceso judicial o administrativo que lo afecte, esto significará tanto procesos de familia o materia penal como así también decisiones administrativas sobre educación, salud, etc.

d. El principio-derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

Por otra parte, el art. 6 de la Convención dispone: *1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

El derecho a la vida será objeto de análisis en la unidad temática pertinente por los que aquí se hará hincapié en el desarrollo, solo diremos que vida significa vivir una vida de calidad que implica mucho más que la ausencia de muerte. El Comité de los Derechos del Niño ha también interpretado históricamente el “desarrollo” como comprensivo no solo del desarrollo físico e intelectual, sino también moral y social. Así el art. 27 expresa:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados

Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Cabe aclarar que el artículo en análisis establece una corresponsabilidad de la familia y el Estado para garantizar el desarrollo integral de niñas niños y adolescentes. Ahora bien, por desarrollo se entiende hacer posible las potencialidades humanas en las infancias como así también al derecho a elegir y posibilitar cada proyecto de vida, lo que requiere de libertad para poder decidir nuestro destino, pero también la existencia de otros, sean estos familia, comunidad o Estado. Por tanto, el desarrollo está íntimamente vinculado al ejercicio de la libertad para realización de personas autónomas.

Reflexiones finales

La construcción del modelo de infancia ha evolucionado teniendo en cuenta la constricción de los adultos hacia los niños. A pesar del reconocimiento de derechos específicos a la niñez, y constituyendo la convención un avance respecto a la situación anterior a su existencia, se visibiliza que existe distancia entre la formalidad y la materialidad, entre los derechos escritos y su goce y disfrute en situaciones reales.

Por otra parte, no existe un modo único de vivir la infancia, coexistiendo distintas maneras de ser niño por lo que niñez no puede constituirse en un universal aplicable a todas las circunstancias y espacios en las que un niño es, pues *“el mismo niño podrá mostrarse autónomo en una situación y necesitado de protección, orientación, cuidado, en otra...”* (Diker, 2009:30).

Ahora bien, la distancia entre la norma y la realidad, o si se quiere entre el reconocimiento de derechos y la materialidad sigue existiendo. Tal como concurren las desigualdades sociales en el mundo adulto con mayor razón se siguen practicando respecto de los niños innumerables conductas que colocan en situación de vulnerabilidad a los ya vulnerables, es allí donde el Estado es llamado a restablecer la relación protegiendo a los vulnerabilizados. El cambio de paradigma por el cual se considera a los niños sujetos de derecho no significa que se suprimen los padecimientos o sufrimientos de estos.

Asimismo, la institución judicial lugar donde se dirimen los conflictos, se encuentra atravesada por concepciones de niños ideales, también por modelos ideales de familia, y de educación, se trata de *“discursos que conllevan mensajes coercitivos y prescriptivos que, lejos de ser producciones fantasmagóricas de organismos burocráticos y abstractos, deben ser vistos como “representaciones sociales que forman*

parte del sentido social que tiene la institución en cada época; resultado, a su vez, de los procesos de hegemonización en el campo cultural” (Grassi, 1998, p. 10) (Villalta, 2010:12).

Bibliografía

- Beauvoir, S. (1987). *El segundo sexo* (1a. ed.). Buenos Aires: Siglo XX.
- Bustelo Graffigna, E. (2012). Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano en Salud Colectiva, vol. 8, núm. 3, pp. 287-298. Buenos Aires. Universidad Nacional de Lanús.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Camarotti, A. y Kornblit, A. (2015). Abordaje integral comunitario de los consumos problemáticos de drogas: construyendo un modelo. *Salud Colectiva*, V. 11, N° 2. Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús, p. 211-221.
- Cillero Bruñol (2007). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño en “Justicia y derechos del niño” N° 9, pp. 125-142. Santiago de Chile: Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Cillero Bruñol, M. (1999). *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios*. En *Derecho a Tener Derecho*, vol. 4, pp. 1-13. Montevideo: Unicef, Instituto Interamericano del Niño.
- Crenshaw, K. (2012). Cartografiando los márgenes: Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 75-86). Barcelona, España: Bellaterra
- Cobo Bedía, R. (1995). *Género en 10 Palabras Clave sobre Mujer*. España. Ed. Verbo Divino, p. 55-84.
- De Lauretis, T. (2015). *Género y teoría queer en Mora*. *Revista de Instituto interdisciplinario de estudios de Género* N° 21, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p.107-118.
- Diker, G. (2009) *¿Qué hay de nuevo en las nuevas infancias?* Buenos Aires. Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Femenías, M.L. (2007). Esbozo de un feminismo latinoamericano. En *Revista Estudios Feministas*, 15 (1), 11- 25. Florianópolis.
- García Méndez, E. (1992). La Convención Internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos en *Revista Nuevo Foro Penal* N° 57, 421- 432. Bogotá. Ed. TEMIS
- Garretón, M. (2001). *Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina en Serie Políticas Sociales*. Santiago de Chile: Cepal Naciones Unidas.
- Kreimer, O. (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
- Narodowski, M. (2011). No es fácil ser adulto. Asimetrías y equivalencias en las nuevas infancias y adolescencias en *Revista Educación y Pedagogía*, vol. 23, núm. 60, 101-114. Medellín. Universidad de Antioquia, Facultad de Educación.
- Quijano, A. (1995). Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas. *Estudios Latinoamericanos*, 2(3), 3–19.
<https://doi.org/10.22201/cela.24484946e.1995.3.49720>

- Ramírez, S. (2017). Pueblos indígenas, identidad y territorio -Sin territorio no hay identidad como pueblo- en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 15 N° 1, mayo 2017, pp. 11-32. Facultad de Derecho. Centro de Estudios de Posgrado en Derecho. CABA. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/ediciones.html
- Segato R. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Segato, Rita (2011). “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”. En: *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*. Karina Bidaseca y Vanesa Vazquez Laba (comps.) Buenos Aires: Ediciones Godot/ Colección Crítica.
- Segato, R. (2007). Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales en *Educación en Ciudadanía Intercultural. Experiencias y retos en la formación de estudiantes universitarios indígenas*. 63- 89. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Segato R. (2003) *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Villalta, C. (2019). La convención sobre los derechos del niño en perspectiva. En Herrera, Marisa, Gil Domínguez, Andrés y Giosa Laura (comps.) *A 30 años de las Convención sobre los derechos del niño. Avances críticos y desafíos*. Buenos Aires. Ediar.
- Villalta, C. (2010). Introducción en Villalta (comp.), *Infancia, justicia y derechos humanos*. Buenos Aires. Universidad Nacional de Quilmes.



**Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales**

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj.
Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

**Documento de Cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart**

UNIDAD N° 6

ALGUNOS DERECHOS HUMANOS BASICOS DE “NATURALEZA CIVIL”:

I. EL DERECHO A LA VIDA: 1. Concepto de vida, su protección. 2. Principio y fin de la vida: a. Comienzo de la vida: reproducción asistida. Interrupción voluntaria del embarazo. b. Fin de la vida: pena de muerte. Suicidio asistido. Eutanasia. Muerte digna.

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 1. Desarrollo en el derecho interno. 2. Dimensiones del derecho a la libertad de expresión. 3. Funciones del Derecho a la libertad de expresión. 4. Prohibición de la censura previa. 5. Excepciones a la prohibición de la censura previa. 6. Límites al ejercicio de la libertad de los medios de comunicación. 7. La doctrina de la real malicia. 8. El derecho a réplica.

III. DERECHO A LA INTEGRIDAD: 1. Definición de Tortura. 2. Prohibición absoluta de la tortura. Desmantelamiento de los intentos de justificar la tortura. 3. Otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. 4. Principio de no devolución. 5. Jurisdicción universal. 6. Tratados en el marco de la Organización de los Estados Americanos. 7. Factores y situaciones de riesgo.

El apartado I y II de la presente unidad han sido elaborados por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

I. EL DERECHO A LA VIDA:

1. Concepto de vida, su protección.

El derecho a la vida y el análisis de su esencia ha sido uno de los temas más discutidos en la escena jurídica, atravesado por discursos morales y religiosos, pues este derecho está imbricado íntimamente con el concepto de persona, y con el comienzo de su existencia.

El derecho a la vida ha sido reconocido explícitamente en los instrumentos internacionales, así el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona*”. Ahora bien, desde una mirada simplista se podría decir que vida es la ausencia de muerte, sin embargo, el derecho a vivir no es un mero existir, es mucho más que eso, e implica vivir una vida digna. Wlasic (2012, p.227) expone que se trata de vivir “una vida de determinada calidad”, esto es, poder satisfacer determinadas necesidades que van desde las más biológicas como alimentación, salud, etc., a las sociales y culturales. En ese sentido el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su art. 11 inc. 1 expresa: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.*

Ahora bien, vivir una vida de calidad supone poder desarrollar nuestras capacidades, y ello se vincula no solo a las potencialidades biológicas sino también al medio social en el que nos insertamos. En efecto, la personalidad del ser humano se construye desde un programa biológico y en un entorno físico sociocultural en el que se vive. Las capacidades para pensar, sentir, querer, comunicarse, actuar, tienen raíces biológicas, pero no pueden explicarse adecuadamente sólo desde categorías biológicas, como tampoco desde marcos exclusivamente individualistas. Es obligado situarse en la interacción del ser humano con su medio físico y sociocultural. Así su vida, siendo biológica, se convierte en biográfica, construida socialmente por vivir con otros. Una vida de calidad supone el desarrollo de nuestras capacidades, para que cada uno de nosotros podamos decidir nuestro proyecto de vida.

Calidad de vida es un concepto complejo pues refiere a múltiples dimensiones objetivas y subjetivas incluyendo lo físico, lo psicológico y lo social. La Organización Mundial de la Salud (OMS), en Ginebra, en el año de 1966, durante el Foro Mundial de la Salud, acuñó una definición para calidad de vida: “La percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia, en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, expectativas, normas y preocupaciones”

(OMS, 2002). De este modo y siguiendo los determinantes sociales de la OMS (2008) pueden incluirse aspectos tales como:

- Factor entorno urbano de calidad: que incluye calidad de vivienda, disponibilidad de transporte, acceso al agua potable, etc.
- Factor ambiental: que posibilite el desarrollo sostenible, ríos saneados, tratamiento de basurales, etc.
- Factor cohesión social: integración y lazos de solidaridad.
- Factor emancipación política, integración y posibilidad de expresarse: Ello refiere a la posibilidad de tomar decisiones y participación democrática.
- Factor satisfacción de necesidades básicas: alimentación, vivienda, servicios, etc.
- Factores sociales: acceso a la educación, trabajo, patrimonio cultural, salud pública, ocio, etc.

2. Principio y fin de la Vida

Siguiendo la propuesta de Wlasic (2012) se analizarán aquellos nudos problemáticos más relevantes en los dos extremos. En cuanto al comienzo de la vida: reproducción asistida e interrupción voluntaria del embarazo. Respecto al fin de la vida: pena de muerte y suicidio asistido y eutanasia.

a. Comienzo de la Vida

1. Reproducción Asistida:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su art. 4.1 que: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...*”. Se enfatiza que el documento en análisis expresa y, *en general, a partir del momento de la concepción*, ello se debe a que se intentó comprender en el artículo las diferentes posiciones de los Estados en cuanto al comienzo de la vida no excluyendo a ninguna.

En el caso particular de Argentina, la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, estuvo acompañada de un intenso debate en torno a uno de los más controversiales tópicos jurídicos vinculados con la persona humana: el relativo al comienzo de su existencia. En efecto, el artículo 19 del nuevo Código que fue el centro de tal polémica, se establece lo siguiente: *“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”*. Analizando la norma surgen dos cuestiones: en primer término, que se existe y por tanto se es persona humana desde la concepción, entendida está a partir del momento en que el óvulo fecundado anida en una

persona con órganos femenino; cuando la concepción se realiza de manera natural, no se plantean mayores problemas, siendo persona tal como sostiene el derecho privado argentino durante todo el proceso de gestación hasta su nacimiento. Ahora bien, la principal discusión se ha centrado en el estatuto jurídico del embrión humano fuera del seno materno. La corte del sistema interamericano en autos “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”, señaló que “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación y que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción”. Es decir, hay concepción desde la implantación. Sin embargo, al ser interpretación jurisprudencial solo vale para el caso concreto, podría ocurrir que algún tribunal en Argentina no sostenga esta misma postura teniendo que recurrir a instancias superiores y llegar así al sistema interamericano.

Ahora, se debe conceptualizar que se entiende por técnicas de reproducción asistida, “son los diferentes procedimientos que en mayor o menor medida pueden remplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción, es la posibilidad de que el proceso reproductivo comience fuera del seno materno”. (Florencia Luna citado en Wlasic, 2012, p. 232). El autor enumera las distintas técnicas que se pueden emplear, a saber:

Inseminación artificial: Sustituye la relación sexual y se puede realizar con espermatozoides de la pareja o de un donante. *Fecundación In Vitro:* Se extraen óvulos de la mujer para colocarlos en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio y a esta solución se le agrega el espermatozoides. La fertilización se realiza en un tubo de vidrio. El ovulo fertilizado se introduce por la vagina en el útero y cuando el embrión se implanta en la pared del útero hay embarazo. *Transferencia intratubaria de gametos:* Consiste en la transferencia de dos óvulos junto con espermatozoides en un catéter por medio del cual se colocan en el tercio externo de las trompas de Falopio. *Maternidad sustituta:* consiste en la combinación de las técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro con un nuevo tipo de contrato: la gestación de un feto por una mujer que después del nacimiento no será la madre social del bebe. (Wlasic, 2012, p. 233)

Del mismo modo advierte que de estas técnicas o modos de reproducción, pueden surgir cuestionamientos desde el ámbito jurídico:

- Vinculados a la filiación sanguínea: respecto del espermatozoides donado por un tercero o en el caso de la maternidad sustituta. ¿quién es el padre o la madre?

- Vinculados con el derecho a la identidad: En relación al hijo en el caso de espermatozoides donados por un tercero y maternidad sustituta. ¿Cuál es el nivel de información que debe manejar?
- Vinculados con el derecho a procrear: Este derecho se encuentra ínsito en el derecho a constituir una familia, ahora ¿Existen límites? ¿Se garantiza el derecho a la igualdad?
- Vinculados con la prohibición de experimentos médicos: Es decir la posibilidad de que se implementen programas que no tengan como objetivo solo la infertilidad, sino también obtener niños “de determinada calidad”. ¿Cuál es el límite de la ciencia?
- Vinculados al tratamiento jurídico de los embriones: A partir de la posibilidad de su congelamiento y su sobreproducción. Su abandono o destrucción o donación a terceros, o aquellos que son producto de personas ya fallecidas. El peligro de la comercialización de embriones y su producción para la investigación. ¿Cuál es el tratamiento de los embriones? ¿Existen límites?

No cabe duda que las técnicas de reproducción asistida han posibilitado ser padres a quienes se encontraban físicamente imposibilitados, sino también ser padres a parejas del mismo sexo, o personas que toman la decisión individualmente, con el deseo de constituir una familia.

2. Interrupción voluntaria del embarazo:

El delito de aborto ha sufrido modificaciones en virtud de la ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, del año 2020. El Código Penal Argentino no define el delito de aborto limitándose a describir las conductas que lo tipifican. Sin embargo, se puede ensayar una conceptualización, en ese sentido Laje Anaya (2003) distingue el punto de vista médico del jurídico y dice: “en la medicina el punto queda resuelto con decir que el aborto consiste en la expulsión del producto de la concepción provocada en forma prematura” Desde el punto de vista jurídico penal sostiene “el aborto mira a la muerte causada al feto, por interrupción prematura del proceso, exista o no expulsión del seno materno...” (p.53). A su vez Wlasic (2012) sostiene que aborto es “la terminación intencional de un embarazo”. El autor hace hincapié en el elemento subjetivo para considerar la conducta delictiva, además del presupuesto de un embarazo y la consecuente vida del feto y posterior muerte producto de la acción intencional.

Ahora bien, los debates previos a la sanción de la ley de interrupción voluntaria del embarazo que perduran hasta hoy son innumerables, en este caso se enfocarán en aquellos que se referencian en la normativa internacional como criterio de justificación.

Los argumentos en contra de la interrupción voluntaria del embarazo se centran en que nuestro país ha ratificado diversos instrumentos internacionales, y, en consecuencia, la existencia de una ley que despenalice la práctica en cuestión, resulta contraria a las normas que conforman el bloque constitucional. En ese sentido, esta posición utiliza dos instrumentos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Respecto a la primera sostienen que Argentina efectuó una “reserva” respecto de la consideración de niño, entendiendo que se es tal desde la concepción y que como es una “reserva” la convención no debe aplicarse en este punto. Por tanto, según este argumento hay persona desde el momento de la concepción, siendo el aborto voluntario un delito que debe ser penado. Del mismo modo, respecto de la CADH se hace hincapié en el art. 4.1 de este instrumento, en el que se protege la vida generalmente desde la concepción, interpretando que la convención entiende que desde ese momento hay persona y por tanto debe ser protegida dicha vida, pues según sostienen es un derecho absoluto.

Por otra parte, los argumentos a favor de la interrupción voluntaria del embarazo, han replicado esta interpretación de ambos instrumentos, introduciendo además en su posición la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Respecto de los argumentos asentados en la convención internacional sobre los derechos del niño replican la existencia de una reserva, aduciendo que en realidad es una “declaración interpretativa” y que como tal aclara el significado o alcance de un tratado o algunas de sus disposiciones, no produciendo efectos en el ámbito internacional. Este último sentido es el receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en el fallo “FAL s/ medida autosatisfactiva” del 2012.

Respecto a la CADH, siguen la explicación dada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto que la frase “en general desde la concepción” del art. 4.1 se debió a la necesidad de respetar las regulaciones de aquellos países que incluían supuestos de aborto legal, entienden que ello probaría que no se impide la despenalización del aborto, justamente porque no establece un derecho absoluto a la vida del feto y ese es el sentido seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo este argumento a favor de la interrupción voluntaria del embarazo, introduce en su posición la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (C.E.D.A.W. por su sigla en inglés) la que en su art. 12 establece: *"los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar en*

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". En el articulado de la convención es clara su redacción en cuanto a la obligación del Estado que se extiende a la prestación de servicios sociales, en especial servicios de salud en materia reproductiva. De igual modo, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son derechos humanos y toda persona tiene derecho a decidir libremente sobre su reproducción.

Más allá de los argumentos en favor y en contra que pueden ser sostenidos libremente, lo cierto es que la interrupción voluntaria del embarazo es una cuestión de salud pública siendo una de las observaciones emitidas en el ámbito de Naciones Unidas: “Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas...” (Observación General N° 36. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, año 2018).

Llegados a este punto, corresponde hacer un análisis sucinto de la ley 27610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, que en el art. 4 dispone: *“Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.*

Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:

- a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida;*
- b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante”.*

Por otra parte, dicha ley ha modificado el Código Penal, el nuevo art. 85 del Código, dispone:

Artículo 85: El o la que causare un aborto será reprimido:

- 1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.*
- 2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.*

Analizado el artículo se advierte que, el que puede cometer el delito es cualquier persona, protegiendo en el inc. 1 la autodeterminación reproductiva de la persona gestante, pues no existe consentimiento de la misma. La acción puede consistir por ejemplo en la provisión de drogas que induzcan abortos, intervenciones quirúrgicas, lesiones, etc.

Si la persona gestante presta el consentimiento de que otra persona le practique el aborto después de la semana catorce también es penado, salvo en caso de violación o riesgo de vida tal como dispone el art. 86.

Por su parte, el nuevo artículo 86 dispone: *No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.*

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

El artículo en cuestión en su primera parte expresa que no es delito el aborto hasta la semana catorce inclusive, por supuesto con consentimiento, así introduce un sistema de plazos, un umbral que marca el inicio de la protección legal de la vida del feto, esto ocurre a partir de la semana quince de gestación, tiempo en que el aborto es penado.

Ahora bien, existen dos casos en que el aborto ocurrido a partir de la semana 15 se encuentra justificado: ellos son los llamados clásicamente aborto terapéutico y aborto sentimental. Esto es, embarazos producto de un abuso sexual o cuando seguir adelante con la gestación es incompatible con la vida o salud de la gestante.

A su vez el art. 88 reza: *“Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta”.*

La norma refiere a la directa realización o participación –mediante al menos su aceptación– del sujeto gestante. De esta manera la ley cierra el círculo penando a

cualquier persona y a la propia gestante de tal conducta. Sin embargo, la norma introduce la posibilidad de eximición de pena teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas y de contexto que serán determinadas a criterio del juez.

b. Fin de la Vida

Resta analizar diversas situaciones que se pueden presentar en la conclusión de la vida. Pero determinar la muerte de una persona depende de la concepción que se tenga de ella. Siguiendo a Wlasic (2012) la clásica mirada médica en Argentina ha certificado la muerte de una persona con el paro cardiorrespiratorio. Sin embargo, el concepto de muerte fue redefinido a partir de los avances médicos que permitieron mantener el corazón funcionando mientras se esté conectado a un respirador artificial, entonces habrá muerte cuando desaparezcan las funciones cerebrales, lo que se conoce como muerte encefálica, ello permite la ablación de órganos no cadavéricos. Existe otro criterio no utilizado en país que refiere a “a la muerte neo cortical o de las funciones superiores del cerebro, vinculadas con las funciones racionales, de comunicación y de la relación con los otros” (Wlasic, 2012).

1. Pena de Muerte

Se puede decir en general que, la pena de muerte es la interrupción de la vida de manera no natural, pero si legal en la medida que se establece como sanción penal.

El art. 18 de la Constitución Nacional establece: “...*Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes...*”. Este artículo obedece a redacción original de la Constitución de 1853, sin embargo, a partir de la reforma de 1994 y con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos de rango constitucional aparece el principio de progresividad abolicionista de la pena de muerte, por lo que la muerte no puede ser establecida como pena en ningún caso en Argentina.

En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece:

Artículo 4. Derecho a la vida

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*
- 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la*

comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Este instrumento internacional con jerarquía constitucional expresamente limita la aplicación de la pena de muerte, teniendo como propósito su desaparición en el derecho interno de los Estados. Por ello es progresivo en la medida que va estableciendo umbrales de prohibición o ajustes hasta lograr ser abolida. En ese sentido propone:

- en aquellos países que tenían pena de muerte y se abolió, no podrán crear o modificar normas que contemplen la pena de muerte como sanción.
- en aquellos países que en sus sistemas normativos nunca contemplaron la pena de muerte, no podrán según el principio de progresividad abolicionista, instaurarla.
- en aquellos países que sí tiene pena de muerte en sus sistemas jurídicos, hay una serie de limitantes: no pueden extender su uso a otros delitos para los que no está prevista. Además, solo podrá aplicarse a los delitos más graves. No se puede aplicar a los delitos políticos y conexos con los políticos. Se prohíbe su aplicación a las mujeres embarazadas, a las personas mayores de 70 años y a las personas menores de 18 años.

Del análisis del artículo referido de la Convención se desprende que la imposición de la pena de muerte contraviniendo lo dispuesto por ella, significaría la ilegalidad del castigo, en virtud de que sería una privación arbitraria de la vida tal cual dispone. Las limitaciones a la pena de muerte se fundan en que constituye la forma de castigo más absoluta, y sus efectos son irrevocables imposibilitando la revisión de la sentencia que la impone, por los efectos destructores de la pena. Es por esto que, entre los Estados partes que todavía la admiten, su imposición debe ser excepcional.

2. Suicidio asistido y Eutanasia

El suicidio “a secas” que es la interrupción voluntaria de la propia vida, constituye una acción privada que sólo afectan al que realiza el acto. En ese sentido, la Constitución Nacional expresa en su art. 19 *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Además, sería ilógico imponer pena a quien ha decidido terminar con su vida. Distinta es la figura de la instigación al suicidio contemplada por el Código Penal en su art. 83: *“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayude a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”*. La instigación afecta terceros, así al propio suicida y a su entorno por lo que queda afuera del ámbito privado del art. 19 de la Constitución.

Ahora bien, en el ámbito médico se ha dicho que hay suicidio asistido “en el caso del paciente que pone fin a su vida con una dosis letal de una medicación prescrita por su médico con la intención de ayudarlo” (Wlasic, 2012). Por su puesto que esta situación configura la instigación descripta en el Código Penal.

Se ha dejado sentado que el derecho a la vida no es un mero existir, sino vivir una vida de calidad, una vida digna. En ese contexto se analiza sus implicancias con la eutanasia, frente a enfermedades irreversibles o dolorosas. La eutanasia posee dos variantes que difieren en el modo en que se la practique y que deben distinguirse.

La eutanasia activa se da en el supuesto de que directamente el profesional médico o de salud le suministra en forma directa al paciente una medicación que le produce la muerte, en palabras de Wlasic “cuando ha perdido del paciente el médico le administra dicha dosis letal con el fin de evitarle un sufrimiento mayor”.

A su vez la eutanasia pasiva tiene lugar cuando el médico no administra el tratamiento que se requiere para tratar la enfermedad del paciente y este último no tiene conocimiento de tal omisión. Es decir, cuando el medico a sabiendas de la enfermedad terminal de su paciente no prolonga su vida, sin mediar en tal omisión el consentimiento del enfermo, sustituyendo por ejemplo la medicación que se requiere, por otra que no surte o no intenta surtir efectos en la afección. En ambos casos - eutanasia activa y pasiva- la conducta del médico configura en nuestro derecho penal un homicidio.

3. Muerte digna

La situación de eutanasia pasiva debe distinguirse de la llamada “muerte digna” contemplada en la ley 26742. En la muerte digna, existe un rechazo voluntario al

tratamiento por parte del paciente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, importando el respeto a las decisiones personales, pues cada uno elige su propia plan o proyecto de vida en la medida que no perjudique a terceros. Por otra parte, si dicha negativa se encuentra fundada en convicciones religiosas debe sumarse al derecho a decidir, el derecho a la libertad religiosa.

La ley 26742 de “Muerte Digna” ha establecido los casos y las situaciones en que una paciente puede negarse a que se le suministre un tratamiento a saber:

“ART 1º... El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad...En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Introducción

Este derecho libertad se inserta dentro de los derechos reconocidos por el constitucionalismo liberal del siglo XVIII y XIX, siendo el derivado histórico de la libertad de conciencia, y por tanto se constituye en la posibilidad de pensar y expresar dichas ideas, siendo uno de los clásicos derechos de libertad frente al Estado, que protege a los individuos de las interferencias provenientes de terceros y del propio Estado.

Políticamente encuentra su justificación pues es piedra angular del Estado de Derecho, ello porque existe una conexión intrínseca entre sistema democrático, y libertades de expresión e información, en virtud de que cualquier restricción al debate en la escena pública obstaculizaría no solo dichas libertades sino también conculcaría a la democracia como régimen. En consecuencia, es uno de los derechos considerados básicos

y necesarios para la formación de la voluntad política y para la elección del proyecto de sociedad en el que se quiere vivir.

1. Desarrollo en el derecho interno

La Constitución Nacional Argentina de 1853 introduce expresamente el derecho a la libertad de expresión en el art. 14 que en su parte pertinente dice: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber ... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”*. Obviamente al sancionarse, la Constitución hacía referencia a la facultad de comunicar las ideas a través de la prensa escrita, único medio existente en la época. Con el paso del tiempo fueron desarrollándose otros medios de expresión que la amplían, así *“la artística, simbólica, radial, televisiva, etc.”* (Wlasic,2011, p.273). Sin embargo, se hacía hincapié en el derecho individual de expresarse por parte del emisor, único tenido en cuenta hasta ese momento.

A partir de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, se introduce la vertiente, derecho a la información. Se destaca entre dichos instrumentos la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Así el Art. 19 de la declaración dispone: *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

Por su parte, el art. 13 de la Convención Americana, en su parte pertinente, reza: *“Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1.Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”*

A partir de estos instrumentos internacionales se encuentran protegidas la libertad de expresión y la libertad de información, pues se incluye *“la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”*. Con ello se ha ampliado el contenido original del derecho a la libertad de expresión que se pensaba solo como como el ejercicio individual de expresar las propias ideas.

Entonces, la libertad de expresión comprende dos dimensiones: la libertad de expresión propiamente dicha y el derecho a la información. Así Francisco Eguiguren Praeli (2012 p.89) advierte que de tales dimensiones una es “individual, que alude al derecho que tiene cada individuo de manifestar informaciones e ideas por cualquier medio que sea apropiado para su difusión; y una social, que hace referencia al derecho que tiene la colectividad de recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno”. La Corte Interamericana en diversas oportunidades ha advertido que ambas dimensiones se encuentran interrelacionadas, de tal manera que la restricción de una necesariamente afecta a la otra, es decir son interdependientes. Por lo tanto, a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos se introduce la doble dimensión: individual-colectiva.

Por último, Juan Carlos Wlasic (2011) alude al “derecho a la comunicación” como última etapa en el desarrollo de este derecho en nuestro país, que fuera inaugurado con la ley 26522 del año 2009, de servicios de comunicación audiovisual, destacando que la misma pone el acento en la pluralidad de mensajes y perspectivas posibilitados por los modos de organización de medios de comunicación, así es que la ley explicita tres sectores, el público, comercial y social sin fines de lucro. “La ley representa un claro avance en el proceso de democratización de los servicios de radiodifusión y audiovisuales” (p. 273).

2. Dimensiones del derecho a la libertad de expresión

En atención a lo dispuesto por el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cada una de las dimensiones del derecho a la libertad de expresión (individual y colectiva) supone distintas conductas y oportunidades, que han sido objeto de pronunciamientos por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así la dimensión individual supone:

- El derecho a expresarse oralmente, es decir hablar y comunicar las ideas y opiniones incluso en la lengua que se elija.
- El derecho a expresarse en forma escrita, es decir escribir libros, columnas de opinión, periódicos, folletos, etc.
- El derecho a la expresión artística o simbólica

Pero la dimensión individual no se agota en hablar o escribir, también supone otros derechos, tales como:

- El derecho a difundir las expresiones habladas o escritas, es decir utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios¹⁶. De modo que la expresión y su difusión son inseparables.

Por otra parte, desde su dimensión social el art. 13 de la Convención hace referencia al derecho de la sociedad a buscar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos de otros, y estar informada. En atención a ello, y siguiendo a la relatora especial para la libertad de expresión CIDH, Catalina Botero Marino (2010, p.10), esta dimensión comprende:

- El acceso a la producción artística.
- El acceso a información, ideas u opiniones (buscar, recibir y acceder). También cuando se trata de información que está en poder del Estado.
- El acceso a la información sobre sí mismo dispuesta en bases de datos o registros públicos o privados, incluyendo el poder corregir o actualizar dicha información.

En esta doble dimensión, y tal como sostiene Wlasic (2011) se intenta proteger al emisor, pero también al receptor, “dándole un definido contenido social y de circulación de la información” (p.275).

3. Funciones del Derecho a la libertad de expresión

Ahora bien, siguiendo a Catalina Botero Marino (2010), se pueden distinguir tres funciones que explican la importancia de este derecho.

En primer lugar, se trata de uno de los derechos individuales que refleja la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir.

Todo el potencial creativo en el arte, en la ciencia, en la tecnología, en la política, en fin, toda nuestra capacidad creadora individual y colectiva, depende, fundamentalmente, de que se respete y promueva el derecho a la libertad de expresión en todas sus dimensiones. Se trata entonces de un derecho individual sin el cual se estaría negando la primera y más importante de nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento. (p.2)

Por otra parte, la autora alude a la importancia de este derecho en su relación estructural con el sistema democrático, en ese sentido sostiene:

¹⁶ Olmedo Bustos y otros vs. Chile (caso «La última tentación de Cristo»), Corte IDH, 5 de febrero de 2001, apartado VIII, párrafo 65;

En efecto, el ejercicio pleno del derecho a expresar las propias ideas y opiniones y a circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que nos conciernen a todos, es condición indispensable para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los regímenes democráticos. La formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado. (p.3)

Del mismo modo la autora referencia que este derecho es la base que hace posible el ejercicio de otros derechos:

En efecto, se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos. Por el importante rol instrumental que cumple, este derecho se ubica en el centro del sistema de protección de los derechos humanos de las Américas. (p.4)

4. Prohibición de la censura previa

Como ya se dijera la Constitución Nacional Argentina en su art. 14 dispone que: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber ... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”*. Es decir, la prohibición de la censura previa forma parte de la constitución desde 1853. Sin embargo, este derecho como otros no tiene alcance absoluto, cuestión que ha sido precisada por la Convención Americana de Derechos Humanos, que, si bien prohíbe la censura previa, ello no quita la posibilidad de responsabilidades posteriores. Así la aludida norma, estipula en el inc. 2. y 3 del art. 13:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Por lo tanto, el principio general es la prohibición de la censura previa de toda información, opinión o pensamientos sean estos orales, escritos o artísticos, o la difusión por cualquier medio. Además, debe ser previa, es decir en los momentos anteriores a su emisión o circulación, configurándose como “el prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva su supresión” (Botero Marino, 2010, p.53).

Ahora bien, la censura previa puede darse por medios directos: tal el caso cuando se prohíbe la realización de un espectáculo o la exhibición de una película o exposición artística; o se impide la circulación de libros o periódicos mediante su secuestro o incautación, aun cuando sea por decisión judicial; en relación con publicaciones en internet, la orden de incluir o retirar determinados enlaces (links); o que se ordene borrar los “borradores” de una computadora.

También, según la convención puede darse por medios indirectos: se trata de aquella censura producida de forma sutil o menos evidente, pero que provoca los mismos resultados impedir la libertad de expresión. La norma enumera algunos de ellos “abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquier otro medio”. En ese sentido podría tratarse de la imposición de impuestos diferenciales por parte del Estado, es decir solo para algunos medios de difusión; concentración de publicidad oficial en ciertos medios; o el otorgamiento de frecuencias radiales diferenciales, incluso el control por parte de particulares del papel prensa, etc. Un caso especial de censura previa indirecta en las que no participa el Estado es el establecimiento de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación. “Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA han abordado el tema de las restricciones indirectas a la libertad de expresión derivadas de factores económicos y comerciales en distintas declaraciones conjuntas. Así, por ejemplo, en la Declaración Conjunta de 2001 afirmaron que, “deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión” Botero Marino, 2010, p.59)¹⁷

5. Excepciones a la prohibición de la censura previa

La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 13 inc. 4 y 5 dispone:

¹⁷ El tema ha sido abordado por la llamada ley de medios la que fue objeto de acción judicial por el Grupo Clarín, Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión, Multicanal, Radio Mitre y Teledigital Cable” llegando a la CSJN, la que se pronunció por la constitucionalidad de dicha ley. CSJN. “Grupo Clarín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”. Sentencia del 29/10/2013.

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

Analizando los párrafos del artículo se puede establecer que existen tres excepciones al principio general de prohibición de la censura previa, y que tienen que ver con la protección de grupos y la no admisibilidad de situaciones:

Protección de la infancia y adolescencia: La norma estipula que los espectáculos públicos pueden ser censurados en el sentido de impedir el acceso a ellos de niños y adolescentes, así la ley 23052 de nuestro país y su decreto reglamentario establecen un sistema de calificación de películas, en miras a dirimir la aptitud de los contenidos audiovisuales para ser vistos por niñas, niños y adolescentes y que “*impliquen un peligro concreto de perturbación intelectual, afectiva o moral*”. Así por ejemplo algunas de sus categorías pueden ser: sólo apta para mayores de 13 años; sólo apta para mayores de 16 años; sólo apta para mayores de 18 años.

Discurso de odio: El inc. 5 de la Convención, introduce la apología del odio contra cualquier grupo o persona en razón de su nacionalidad, raza, etnia, religión, pero también refiere a cualquier motivo, esto es, por ejemplo, en razón de su ideología o elección sexual. La norma requiere, además la incitación a la violencia (por ejemplo, la realización de atentados a la vida o lesiones), quiere decir que no se agota en una idea, sino que requiere intencionalidad de cooperar a producir violencia, “*debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos*” (Botero Marino, 2010, p.21).

Propaganda en favor de la guerra: El inc. 5 de la Convención, también refiere a la propaganda en favor de la guerra. El tema no ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte interamericana, sin embargo, existen varias investigaciones sobre el tema que hacen hincapié en que propaganda implica un proceso de persuasión con la intención de concretar apoyo e incitación a la guerra.

6. Límites al ejercicio de la libertad de los medios de comunicación

Antes de entrar al tema de las limitaciones y responsabilidades de los medios de comunicación. Es necesario puntualizar que la prensa tiene dos derechos: derecho de crónica y derecho de crítica. Wlasic (2011, p.276) sostiene que “el derecho de crónica, consistente en la difusión de noticias de interés general y el derecho de crítica, consistente en interpretar la realidad, informando a la opinión pública”.

Como se sostuviera la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues ella es tan relativa como los demás derechos, y como tal no se encuentra jerarquizada. En ese sentido, el derecho de los medios de comunicación tiene límites. Uno de ellos refiere a la información es decir la crónica que debe ser veraz, exacta, “lo más imparcialmente posible y de buena fe” (Wlasic.2011, p.277). Por otro lado, posee un límite externo que tiene que ver cuando este derecho colisiona con otros, como el derecho a la intimidad o privacidad o contra el honor. En el primer sentido, es decir que la noticia esté dotada de objetividad, requiere una actitud de quien la emite para deslindarse de responsabilidad, bastando con “probar que ha tratado de encontrar la verdad de los hechos, de manera diligente y razonable, agotando las fuentes disponibles” (Zannoni y Bísaro, 1993, pág. 67).

Hay que puntualizar dos cuestiones, el periodista y el medio de comunicación deslindan responsabilidad si la información ha sido dada, atribuyendo su contenido “a una fuente pertinente¹⁸, o debe haber usado el tiempo potencial o debe haber mantenido en reserva la identidad de los implicados” (Wlasic, 2011, p. 280). Asimismo, y respecto a la fuente si se han reproducido los términos dados por ella en forma exacta, aunque estos sean falsos, tampoco atribuye responsabilidad. Del mismo modo respecto al derecho a crítica el autor puntualiza que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha entendido, aunque la crítica sea en términos irritantes duros o vehementes, no generarían responsabilidad sino hubo intención de menoscabar o denigrar.

Por otra parte, respecto al límite externo, es decir cuando el derecho a la libertad de expresión colisiona con el derecho a la intimidad o privacidad, caben realizar una serie de precisiones. La privacidad se encuentra protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional, “*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”. En términos generales ella refiere no solamente a

¹⁸ Wlasic (2011) ejemplifica la fuente pertinente y enuncia “comunicado policial, una calificada fuente gubernamental, la declaración testimonial prestada en un juzgado, o un expediente judicial”

acciones en el ámbito íntimo del hogar sino también acciones en el ámbito público es decir conocida por otros pero que no afectan al bien común. En los términos de la Constitución Nacional, nadie puede entrometerse en nuestra vida privada. Sin embargo, este derecho a la privacidad posee niveles de protección en atención a calidades de sujetos, dependiendo del interés general en juego. La CSJN ha distinguido:

Funcionarios Públicos: Es decir quienes ocupan cargos públicos. El umbral de protección de su intimidad, resulta ser el más débil atendiendo a la función que tienen. Por su puesto que debe estar justificado en el interés general en juego y conectado a la actividad que realizan.

Figuras Públicas: Son aquellas que no son funcionarios públicos, pero se encuentran relacionadas a cuestiones de interés público. Son personas conocidas públicamente por sus logros o fama, cuya opinión y estilos de vida pueden ejercer influencia sobre los grupos sociales. Del mismo modo que el caso anterior el umbral de protección se hace laxo.

Personas Privadas: Son aquellas personas que no ocupan cargos públicos ni tienen notoriedad, pero que tuvieron o no participación en algún evento de interés general. Respecto de estas personas el umbral de protección es más fuerte que las anteriores. Wlasic (2011, p. 281) sostiene que, respecto de estos sujetos la protección es mayor pues, no tienen la posibilidad o cercanía con los medios de comunicación para contrarrestar los dichos.

En todos los casos, para determinar la responsabilidad de los medios de comunicación se tiene que estudiar el caso concreto, valorando el hecho y el interés público, y de ahí determinar si el derecho a la intimidad cede ante el derecho a la libertad de expresión o viceversa.

7. La doctrina de la real malicia

Como dijéramos la información que se imparta debe ser veraz y exacta, obviamente que si ella no es así será falsa o errónea. “Aquella que no concuerda con la verdad, por ser falsa o errónea. La información es falsa, cuando ella es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad. La información es errónea cuando ella es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad” (Bustamante Alsina, citado por Zannoni y Bísvaro, 1993, pág. 70). En atención hay ello, hay que distinguir dos conductas al dar la noticia. Por un lado, la falsedad requiere intencionalidad de engañar o disimular lo verdadero, por tanto, hay dolo

o mala fe, lo que implicaría atribución de responsabilidad. Por otro lado, en cambio, en la información errónea no hay dolo o mala fe y no genera responsabilidad, salvo que el periodista actúe despreocupadamente sin chequear la fuente para comprobar si era falsa la noticia, configurando esta conducta culpa agravada.

La doctrina de la real malicia establece que, solo procederá responsabilidad de los medios de comunicación al informar sobre personas o acontecimientos de interés público, si se comprueba que al dar la noticia ha sido con dolo o culpa agravada, con los alcances explicados. Es importante puntualizar que, esta doctrina distingue calidades de personas para determinar quién debe probar la falsedad dolosa o el error acaecido con culpa grave. Así, la carga probatoria se invierte dependiendo del tipo de persona que se trate. Es decir, el demandante debe probar tales extremos sea este funcionario público, figura pública o particulares que hayan intervenido en cuestiones públicas. En el caso de particulares que no hayan intervenido en cuestiones de interés público, podrán reclamar la reparación del daño, y solamente tendrán que probar que el daño sufrido, mientras que el medio tendrá que probar la no culpa o dolo.

8. El derecho a réplica

El derecho de réplica también llamado de rectificación o respuesta se encuentra reconocido en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos la que dispone:

“Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido...”

La réplica es un instrumento de reparación, por medio de la cual un individuo ante una publicación que considera agravante, difundida por un medio de comunicación, puede realizar en el mismo medio y gratuitamente, respuestas para proteger su persona. La CSJN ha precisado que, “entre las técnicas de prevención y seguridad para evitar, atenuar o reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación, se

encuentra el derecho del derecho de rectificación y respuesta”¹⁹. La CSJN sostiene un criterio amplio, pues admite afectaciones tales como: al honor, la intimidad, pudiendo incluir otros derechos.

Del artículo de la Convención Americana surgen las características y condiciones para el ejercicio del derecho de réplica, a saber:

- La réplica puede ser efectuada por cualquier persona agraviada por la publicación.
- La información se emite en perjuicio de la persona que pretende ejercitar el derecho de réplica. Puede tratarse de una información sobre su persona, o “si esta ofende, con términos o expresiones insolentes e irrespetuosas, las convicciones religiosas del peticionante o si están referidas a hechos o actividades de trascendencia política, la misma es procedente” (Wlasic 2011, p.284)
- La noticia debe ser falsa, inexacta, errónea, o agravante. Ello no requiere que deba probarlo. Además, la doctrina ha sostenido que debe tratarse sobre hechos o noticias, la réplica no es sobre opiniones políticas, porque no puede usarse como instrumento para el debate.
- Debe ser emitida a través de medios de difusión legalmente reglamentados. Es decir, no debe tratarse de medios ilegales o sin autorización para funcionar.
- La información debe estar dirigida al público en general.
- La persona perjudicada tiene derecho a efectuar la rectificación o respuesta en el mismo medio de difusión y debe ser gratuito.
- La rectificación o respuesta no exime de otras responsabilidades legales emergentes de la información inexacta o agravante.

Modos de ejercicio del derecho de réplica

El derecho de réplica puede efectuarse de dos formas, o directa, o compulsivamente. La primera-directa- tiene lugar cuando el agraviado se dirige directamente al medio de comunicación y le solicita la publicación o el espacio para efectuar su respuesta o rectificación, la cual debe ser realizada de forma inmediata y gratuita. Por otra parte, la forma compulsiva tiene lugar cuando el medio de comunicación ante el requerimiento de la réplica o rectificación por la parte afectada, se niega a publicarlo, por ende, se abren las vías judiciales para que el perjudicado pueda hacer efectivo su derecho.

¹⁹ C.S.J.N, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, (1992)

III. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

El presente apartado es un resumen adaptado de Bernath B. (2010) Prevención de la Tortura. Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Sección de Instituciones Nacionales y Mecanismos Regionales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el que se han introducido conceptos elaborados por la cátedra.

El documento original se ha seleccionado y editado al solo efecto de facilitar la labor didáctica y el estudio. Se ruega no reproducir ni citar.

1. Definición de Tortura

En el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ONU) se ofrece la definición legal de tortura internacionalmente acordada:

“Tortura es todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Esta definición contiene **tres elementos** que deben concurrir:

- Infringir intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales
- Por un funcionario público, implicado de forma directa o indirecta
- Con una intención deliberada.

Analicemos cada uno de los elementos:

Funcionario Público: Del instrumento analizado se requiere indefectiblemente de esta figura ya sea que su participación sea directa como indirecta, esto última situación refiere a la acción de cualquier persona que no es autoridad pública pero que tiene conexión con esta, porque recibió órdenes o porque se actuó con aquiescencia, es decir actúa bajo la protección del funcionario. Ahora bien, si el accionar de la persona privada es sin la vinculación referida sus actos no constituyen tortura, sino otros delitos receptados por el Código Penal Argentino.

En definitiva, se restringe la tortura a los actos cometidos por agentes del Estado, o con una cierta implicación de estos. En caso de que haya agentes no estatales que inflijan

tortura, para que el Estado sea en algún modo responsable, deben estar implicados funcionarios públicos. En el artículo 1 de la Convención contra la Tortura se establece que el acto debe ocurrir “por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Por otra parte, la tortura supone que previamente la víctima se encuentra privada de libertad ya sea legal o ilegalmente, hallándose restringida su locomoción.

Dolores o sufrimientos graves: La norma internacional requiere gravedad, es decir tengan un grado de intensidad elevado. La norma en cuestión ha sido cuestionada en este aspecto pues la gravedad en definitiva es algo relativo que será determinada en cada caso concreto.

Sin embargo, el hecho de que en la Convención no se indiquen actos concretos de tortura es, no obstante, uno de los puntos fuertes del tratado. Jamás se podrá confeccionar una lista completa que contenga todos los métodos de tortura posibles en la actualidad o en el futuro.

Con intención deliberada: El presupuesto es que se tenga voluntariedad, esto es conciencia y determinación de torturar.

En algunos casos se podría aplicar, en el marco de otro derecho internacional, regional o nacional, una definición más amplia de tortura, que abarque una gama mayor de situaciones. Cuando se aplica una definición más amplia, la definición de la Convención no se puede utilizar para constreñirla. Sus artículos 1.2 y 16.2 específicamente prevén que sus disposiciones se deben entender sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes. Por ejemplo, la definición de tortura que da la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura va un paso más lejos al no requerir que el dolor o el sufrimiento infligidos sean “graves”; al referirse a “con cualquier otro fin” en vez de únicamente “con el fin de”; y al incluir la referencia a métodos “tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”, independientemente de que esos métodos provoquen dolor o sufrimiento.

Es importante observar que en muchos mecanismos internacionales de prevención de la tortura se pone de relieve la importancia de que la interpretación de la tortura sea sensible al género y la necesidad de prestar especial atención a situaciones como la violación durante la detención, la violencia contra las mujeres embarazadas y la denegación de los derechos reproductivos, que desde hace tiempo se reconoce que están

comprendidos en la definición de la Convención. También cabe señalar que “por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” se ha interpretado su significado en el sentido de que el daño infligido en privado a mujeres, niños o grupos puede estar abarcado por la definición si se causa daño o sufrimiento grave y si el Estado no actúa con la debida diligencia para prevenir o proteger a las personas, puesto que los actos se habrían cometido con fines discriminatorios.

La definición de tortura que ofrece la Convención excluye explícitamente los *“dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”*. La legitimidad de la sanción se debería determinar basándose en normas nacionales e internacionales. Con este enfoque se reconoce tanto el carácter absoluto de la prohibición de la tortura como la necesidad de coherencia en su aplicación.

La cuestión del castigo corporal ha sido planteada por diversos Estados en el marco de la cláusula denominada “sanciones legítimas”. Sin embargo, esta cláusula no se puede utilizar para justificar el uso de castigos corporales en el marco de la legislación nacional. Se ha establecido firmemente que los castigos corporales están prohibidos en el marco del derecho internacional, en general, y de la Convención contra la Tortura, en particular.

Algunas señales físicas de tortura

Entre los tipos de tortura comunes, y las señales físicas resultantes, se incluyen los siguientes:

- Golpes y otras formas de violencia por objetos contundentes, que pueden causar rotura de huesos, contusiones, cicatrices y marcas estriadas (como resultado de golpes con una caña o palo)
- Golpes en la planta de los pies, que pueden provocar dolores intermitentes en los pies y piernas, hormigueos y pinchazos en las piernas y los pies, así como duras y gruesas cicatrices en las plantas de los pies
- Quemaduras, que pueden provocar cicatrices de diversas formas y tamaños
- Suspensión, que provoca una sensación ardiente y dolor agudo en brazos y piernas
- Tortura eléctrica, que puede ocasionar cambios en la piel y astillamiento o pérdida de dientes
- Ahogamiento parcial con agua, que puede provocar bronquitis crónica

- Tortura sexual, que puede causar daños en la zona genital, irregularidad en los períodos, aborto espontáneo, dolor testicular, prurito anal, enfermedades de transmisión sexual y disfunción sexual.

La ausencia de señales físicas de tortura no significa que no se haya practicado tortura. Hay métodos de tortura que no dejan señales físicas, como la privación sensorial y otras formas de tortura psicológica.

Algunas señales psicológicas de tortura

Toda tortura tendrá efectos psicológicos sobre la víctima. De hecho, la finalidad principal de la tortura es ejercer poder sobre una víctima indefensa con el objetivo de degradar, deshumanizar y desintegrar su personalidad. Los efectos de esta experiencia pueden continuar mucho tiempo después de que hayan sanado las cicatrices físicas de la tortura.

Existen dos aspectos distintos, aunque estrechamente vinculados, que habría que considerar al reunir evidencias de señales psicológicas de tortura. Es importante dejar claro que se están recogiendo evidencias de tortura psicológica o bien que se están recogiendo evidencias psicológicas de tortura. Con el término “tortura psicológica” se designan métodos de tortura que no implican un daño físico directo. Esos métodos pueden incluir amenazas de muerte, ejecución simulada o privación sensorial. En esos casos, no habrá prueba física de tortura y las señales psicológicas puede ser la única evidencia disponible. Por otro lado, la evidencia psicológica de tortura se relaciona con las consecuencias de salud mental de la tortura, independientemente de si la tortura fue física, mental o una combinación de ambas.

A veces se describen los efectos psicológicos de la tortura como trastornos resultantes del estrés postraumático. No obstante, algunos psicoanalistas discrepan de esa descripción, en el entendimiento de que dicha expresión está demasiado arraigada en la cultura de la sociedad occidental. Las víctimas de tortura de otras culturas puede que no sufran exactamente la misma combinación de síntomas y esos psicoanalistas consideran que tal vez no sea útil emplear etiquetas de ese modo.

Con todo, las personas que han sido torturadas probablemente:

- Tengan recuerdos angustiosos constantes del suceso
- Tengan pesadillas recurrentes sobre el suceso
- Sufran con las cosas que les recuerden la tortura
- Traten de evitar situaciones que les traigan recuerdos de la tortura
- Se muestren incapaces de recordar aspectos de lo acontecido

- Se muestren ausentes del mundo que les rodea.

Esas respuestas se pueden manifestar con distintos síntomas físicos, como, por ejemplo:

- Dificultad para dormir
- Irritabilidad o ira
- Dificultad para concentrarse
- Hipervigilancia
- Respuesta de sobresalto exagerada.

2. Prohibición absoluta de la tortura.

En el artículo 2.2 de la Convención se establece que “*en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales*” como justificación de la tortura. Se incluyen el estado de guerra o la amenaza de guerra, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia. Las órdenes de un funcionario superior tampoco se pueden invocar como justificación de la tortura.

Es posible limitar algunos derechos humanos bajo ciertas circunstancias (por ejemplo, para la protección del orden público) si dicha limitación está prevista en la ley, sirve al interés público, es necesaria para proteger los derechos de otros o de la comunidad, y es proporcionada. Las circunstancias en las que se pueden aplicar tales limitaciones se detallan específica y exhaustivamente en diversos tratados de derechos humanos.

En algunos tratados también está prevista la capacidad especial para hacer excepciones a determinados derechos humanos durante emergencias públicas oficialmente declaradas. En este caso por tales excepciones se entiende aprobar leyes o adoptar medidas que normalmente violarían esos derechos. No obstante, la tortura está absolutamente prohibida y jamás puede justificarse bajo ninguna circunstancia. Los tratados internacionales pertinentes excluyen unánimemente las cláusulas que hacen excepción o ponen limitaciones al derecho a no ser sometido a tortura ni tratos crueles.

En el derecho internacional consuetudinario, que se aplica a todos los Estados, incluidos los que no han ratificado los tratados de derechos humanos o de derecho humanitario internacional, se considera que la prohibición de la tortura es una norma imperativa, o *jus cogens*. Esto significa que no se permite ninguna excepción a la prohibición bajo ninguna circunstancia, incluso en estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública. Ni la necesidad, ni la

autodefensa ni ningún otro tipo de defensa se acepta como justificación de la tortura, sin importar cuán extremas o graves puedan ser las circunstancias.

Argumentos jurídicos aparte, existe también una sólida base moral y ética para rechazar todo acto de tortura.

Desmantelamiento de los intentos de justificar la tortura

La prohibición absoluta de la tortura a veces es cuestionada por ciertas personas basándose en la seguridad o la lucha contra el terrorismo, a menudo utilizando un hipotético escenario de ataques inminentes con “bombas de tiempo”. En un escenario de ese tipo la policía captura a un terrorista de quien sospecha que ha colocado una bomba que está a punto de explotar en medio de una gran ciudad. La policía cree que solo con la tortura podrá hacer que el sospechoso revele la información necesaria para evitar las muertes de miles de personas. La pregunta que se plantea es “¿puede ser torturada esa persona?”. Con esta hipotética situación se intenta manipular las reacciones emocionales del interlocutor y se presume lo siguiente:

- Existe una amenaza conocida
- El ataque es inminente
- El ataque matará a un gran número de personas
- El detenido es el autor del ataque
- La persona posee información con la que se evitará el ataque
- Sólo torturando a la persona se conseguirá la información a tiempo para evitar el ataque.

No obstante, en las situaciones de la vida real, nunca se da alguna o varias de las anteriores suposiciones. Respecto al último apartado, por ejemplo, el escenario supone que el sospechoso ofrecerá valiosa información al someterlo a tortura. En realidad, no es posible, por la propia naturaleza de la tortura, confiar en ella para obtener información fidedigna. Los interrogadores profesionales han hecho hincapié, en repetidas ocasiones, en que los interrogatorios son mucho más efectivos sin el uso de la tortura.

Los supuestos en que descansa el argumento de la “bomba de relojería” también pueden, por extensión, utilizarse para probar y justificar la tortura en un amplio abanico de situaciones. Por ejemplo, podríamos preguntarnos si nuestra reacción ante el escenario de la “bomba de relojería” sería distinta en caso de que no estuviéramos seguros de que el sospechoso estuviera realmente implicado en el complot para hacer estallar la bomba, o de que estuviera conectado con el terrorismo, o de que tuviera algún tipo de información fidedigna acerca de la amenaza; o si aún quedaran varios días o una semana para que se materializara la amenaza; o existieran dudas de que la amenaza fuera incluso real.

El escenario también contiene algunas hipótesis ocultas que habría que dismantelar.

- El motivo del torturador es conseguir la información necesaria, con la intención legítima de salvar vidas.

Aun así, en caso de que el torturador realmente comenzara a actuar con el motivo legítimo de obtener información, la tortura corrompe a su perpetrador. Se trata de una parte inherente al acto de torturar. Además, el supuesto de que la tortura tiene puramente como objetivo recoger información es demasiado simplista. En las situaciones de la vida real pueden dominar otras motivaciones o emociones, como la ira, el castigo y el ejercicio de poder.

- Se trata de una situación aislada, que no se repite normalmente.

Sin embargo, es parte de la naturaleza de la tortura que cualquier autorización de actos parecidos invariablemente conduce a una pendiente resbaladiza, que hace que se generalice el uso de la tortura en el seno de la institución.

3. Otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Como ya se ha señalado previamente, para que un acto se considere tortura en virtud de la Convención contra la Tortura, deben concurrir tres elementos:

- Infligir intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales
- Por un funcionario público, implicado de forma directa o indirecta
- Con una intención deliberada.

Esta definición plantea la cuestión de cómo clasificar los actos que no llegan a cumplir los tres criterios y cómo responder a ellos. Por ejemplo, ¿que pasaría con un acto que no se infligiera “de forma intencionada” pero ocurriera por negligencia? ¿Y con un acto que no tuviera una intención deliberada? ¿Y con un acto que infligiera dolores o sufrimientos que no se consideraran “graves”?

En estas situaciones, podría ser de aplicación la prohibición de otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Al igual que la tortura, esta prohibición también es absoluta y no admite excepciones. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura *“todo Estado Parte se comprometerá a prohibir (...) otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”*.

Por consiguiente, cualquier acto que no llegue a considerarse tortura con arreglo a su definición debido a que no cumpla alguno de los criterios seguirá estando abarcado por la prohibición señalada en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura.

Los gobiernos y los funcionarios a menudo suponen que, dado que esos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no están comprendidos en la definición de tortura, existe cierto margen de libertad en lo permisible en circunstancias extremas. Tales supuestos son completamente erróneos. Con arreglo al derecho internacional, no existe ningún margen de libertad en cuanto a la prohibición de todas las formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El derecho internacional prohíbe esos tratos, en todas las circunstancias. Y esto es cierto tanto con arreglo al derecho internacional relativo a los derechos humanos como con arreglo al derecho humanitario internacional, que prohíben los tratos crueles de las personas privadas de libertad en cualquier sitio y en todo momento.

4. Principio de no devolución

En el artículo 3 de la Convención se establece el principio de no devolución, que exige a los Estados que no procedan a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando existan “razones fundadas” para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura.

El principio de no devolución ilustra la prohibición categórica de la tortura y otras formas de tratos crueles. En los últimos años el principio ha sido socavado por la práctica de algunos Estados de tratar de obtener garantías diplomáticas cuando existen riesgos conocidos de que la persona que vuelve pueda ser sometida a tortura o tratos crueles. Esta práctica se ha utilizado en el contexto de la denominada guerra contra el terror, y el Estado remitente trata de obtener garantías del Estado receptor de que la persona en cuestión no será torturada o sometida a otras formas de tratos crueles. Se considera que esta práctica viola el principio de no devolución y no es admisible.

5. Jurisdicción universal

La Convención obliga a los Estados Partes a instituir su jurisdicción sobre el delito de tortura, independientemente de si el delito se hubiera cometido fuera de sus fronteras y sea cual sea la nacionalidad, el país de residencia o la falta de él o cualquier otra relación con el país del supuesto perpetrador (arts. 5 a 9). Si el Estado es incapaz de enjuiciar el delito, deberá extraditar al supuesto perpetrador a un Estado que sea capaz y esté

dispuesto a entablar acciones judiciales por ese delito. Este principio de jurisdicción universal constituye uno de los aspectos más importantes de la Convención.

Cuando la tortura forma parte de un ataque generalizado o sistemático, o tiene lugar durante un conflicto armado, los responsables de la tortura también podrían ser juzgados por la Corte Penal Internacional, puesto que la tortura está considerada como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra. Sin embargo, muchos más Estados han ratificado la Convención contra la Tortura, con lo que comprende todos los actos de tortura y crea la obligación de ejercer una jurisdicción universal.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional también recoge explícitamente la tortura como crimen de lesa humanidad que compete a la Corte. En el artículo 7 2) e) se define la tortura como “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”. Esta definición es más amplia que la de la Convención contra la Tortura, ya que incluye los actos cometidos por agentes estatales y no estatales y no requiere que exista un “fin” como objetivo de la tortura.

6. Tratados en el marco de la Organización de los Estados Americanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en 1969, es un tratado regional auspiciado por la Organización de Estados Americanos. El artículo 5 estipula lo siguiente: *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

La Organización de Estados Americanos también ha adoptado un instrumento específico sobre la tortura: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). La Convención contiene la siguiente definición de tortura (art. 2): *Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la*

personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Esta definición va más allá de la contemplada por en la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas al no requerir que el dolor o sufrimiento sea “grave”; al hacer referencia a “con cualquier otro fin” en lugar de “con el fin de”; y al incluir la referencia a métodos “tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”, con independencia de si tales métodos causan dolor o sufrimiento. En virtud del principio pro homine que se ha analizado en otras unidades el instrumento americano es el que resulta aplicable en la situación señalada.

7. Factores y situaciones de riesgo

Factores de riesgo

¿Cuáles son los factores de riesgo para que se produzca la tortura? Es decir, las condiciones que aumentan las posibilidades de que ocurra la tortura.

1.- El entorno político, puesto que la falta de voluntad política para prohibir la tortura, la falta de respeto del estado de derecho y unos niveles elevados de corrupción pueden hacer que aumente el riesgo de que ocurra la tortura.

2.- Esto mismo es válido para el entorno social y cultural. Cuando existe una cultura de violencia, o un gran apoyo del público a la actuación “severa” con el delito, también aumenta el riesgo de que ocurra la tortura.

3.- De igual modo, debería analizarse el marco jurídico nacional. En los países donde está prohibida la tortura en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, y donde es un delito específico contemplado en el código penal, probablemente el riesgo de que ocurran casos de tortura será menor que en los países donde no se dan esas condiciones. El análisis también debería centrarse en las normas y los reglamentos que se aplican a los lugares donde se priva a las personas de su libertad, así como en la existencia de las adecuadas salvaguardas jurídicas. Asimismo, se debería analizar muy detenidamente el modo en que se aplica en la práctica el marco jurídico.

4.- Otro factor que es importante considerar es la organización y el funcionamiento del sistema de justicia penal. El nivel de independencia del poder judicial, así como la importancia que se da a las confesiones en el sistema de justicia penal, tendrá lógicamente una influencia directa en el riesgo de que se produzcan tortura. Habida cuenta de que este riesgo es más elevado en los primeros momentos de la detención, se debería prestar una especial atención a las fuerzas del orden. A este respecto, la cultura institucional, el papel

y funcionamiento de la policía y los procesos de contratación y capacitación de los agentes pueden influir positiva o negativamente en el riesgo de tortura.

Situaciones de riesgo

Cualquier situación en la que una persona sea privada de su libertad y en la que exista un desequilibrio de poder, siendo una persona totalmente dependiente de otra, constituye una situación de riesgo.

El riesgo de que ocurran tortura o tratos crueles es más elevado en ciertos momentos durante el período de detención de una persona, como por ejemplo en los momentos iniciales de detención y custodia policial, así como durante el traslado de un centro de detención a otro. Las situaciones en que las personas privadas de su libertad están aisladas de los demás también pueden hacer que aumente el riesgo de tortura o tratos crueles, en particular en caso de detención en régimen de incomunicación o aislamiento.

El riesgo de tortura y otras formas de tratos crueles existe dentro de toda instalación cerrada; no solamente las prisiones y las comisarías, sino también, por ejemplo, en centros psiquiátricos, de detención de menores, de detención de inmigrantes, etc.

De hecho, cualquier persona podría estar potencialmente en riesgo. No obstante, en general quienes corren un mayor riesgo de ser víctimas de tortura o tratos crueles son los grupos vulnerables o desfavorecidos de la sociedad, como los grupos minoritarios (raciales, étnicos, religiosos), mujeres, jóvenes, migrantes, personas con discapacidad, personas sin hogar, pobres, etc.

Bibliografía

- Bernath B. (2010). Prevención de la Tortura. Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Sección de Instituciones Nacionales y Mecanismos Regionales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- Botero Marino, C. (2010). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, N° 9.
- Eguiguren Praeli, F. J. (2012). Las libertades de pensamiento y expresión, de asociación y reunión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Pensamiento Constitucional Año XVI N° 16, 87 - 115.
- Laje Anaya, J. (2003) El homicidio y el aborto en la doctrina judicial Argentina. Alveroni Ediciones. Córdoba
- Organización Mundial de la Salud (2008) *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Resumen analítico del informe final. Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud.

- Organización Mundial de la Salud. (2002) *Programa Envejecimiento y Ciclo Vital. Envejecimiento activo: un marco político*. Rev Esp Geriatr Gerontol 37 (S2): 74-105.
- Wlasic, J. (2011). Manual Crítico de Derechos Humanos. - 2ª ed. Actualizada- Buenos Aires: La Ley.
- Zannoni, E. y Biscaro, B. (1993). Responsabilidad de los medios de prensa. Buenos Aires: Astrea-DePalma.



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj.

Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

Documento de cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart

UNIDAD N° SIETE

DERECHOS HUMANOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

I. POBREZA Y DERECHOS HUMANOS: 1. Algunos conceptos sobre Pobreza. 2. Métodos de Medición de la Pobreza en Argentina: a. método directo, b. método indirecto, c. método combinado. 3. Concepto de pobreza en la política social argentina: a. La pobreza en la virtud cristiana: la caridad. b. El proceso de laicización: la pobreza como deber moral. c. El conocimiento científico en la pobreza: la asistencia social moderna. d. La pobreza en el paradigma de la Justicia Social. e. La pobreza en la visión desarrollista. f. La pobreza en la nueva cuestión social. g. Hacia una formulación de la pobreza basada en los derechos humanos.

II. LOS DERECHOS SOCIALES: 1. Estructura: a. Concepción clásica. b. Concepción crítica. 2. El problema de su exigibilidad. 3. El modelo de derecho privado clásico y el modelo social: presupuestos y términos jurídicos.

I. LA POBREZA EN ARGENTINA.

El primer apartado de esta unidad ha sido elaborado por la Mgter. Virginia Vilchez, constituyendo una selección teórica de la bibliografía detallada a continuación:

Levin, Silvia. (1997): El concepto de pobreza en la política social Argentina” en Nuestra pobreza, Arturo Firmo (Comp.) Ed. Fundación Ros. Rosario, Pág. 23/65.

Olguín, Jorge y Vilchez, Virginia (2008) “La pobreza en Cuyo entre 2002 y 2006. Análisis combinado” en Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo, N° 4. Año 2008. ISSN 1669-9084

Salvia Agustín. Desafíos del enfoque de los derechos humanos y del desarrollo en la lucha contra la pobreza. Aportes al debate desde las Ciencias Sociales.

Introducción

Existen diferentes maneras de aproximarse a la comprensión del tema de la pobreza. Básicamente, en este documento se abordan tres modalidades:

En primer lugar, para intentar comprender lo que es la pobreza se puede partir de diferentes **definiciones o conceptos** hallados en la literatura vigente que aborda este tema.

En segundo lugar, otra modalidad para aproximarse a la problemática de la pobreza es mediante las diversas formas de **medición de la pobreza**, lo que permite conocer el alcance de la pobreza en una determinada provincia o país. Las diferentes formas de medición de la pobreza permiten otra forma de comprender el tema. Son ejemplos de ello el Índice de Desarrollo Humano (IDH), la Línea de Pobreza (LP), Línea de Indigencia (LI), Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), etc.

En tercer lugar, otra forma de abordar el tema de la pobreza es mediante el estudio de las políticas públicas, específicamente las **políticas sociales**, puesto que en cada una de ellas existe implícita o explícitamente una determinada perspectiva teórica, en tanto modo específico de ver la realidad social. Entonces, en cada política social implementada se puede analizar la concepción de pobreza con la que se comprende la realidad. En este sentido, se entiende a la política social como el conjunto de intervenciones públicas -del Estado- que pretenden mejorar las condiciones de vida en una sociedad, mediante la satisfacción de necesidades a través de políticas de vivienda, salud, educación, etc. *“Una definición operativa de política social es la que la define como aquella política relativa a la administración pública de la asistencia, es decir, al desarrollo de servicios y prestaciones que intentan paliar determinados problemas sociales”* (Montagut, 2014 p. 21).

1. Algunos conceptos sobre pobreza

De acuerdo con el **Banco Mundial** (1990) se define a la pobreza como "la imposibilidad de alcanzar un nivel de vida mínimo". Esta sucinta definición hace referencia a un fenómeno multidimensional y complejo toda vez que no comienza ni termina en lo estrictamente económico (Olguín y Bussetti, 2003). Aún, la dimensión estrictamente económica ha sido objeto de múltiples aproximaciones y perspectivas, fuertemente influidas por los instrumentos de medición disponibles (Castagna et al, 1997).

Para la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1995: 57) “la condición caracterizada por una privación severa de necesidades humanas básicas, incluyendo alimentos, agua potable, instalaciones sanitarias, salud, vivienda, educación e información”. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 1997) sostiene que la pobreza es la incapacidad de las personas de vivir una vida tolerable. La Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL) sostiene que la pobreza es la situación de aquellos hogares que no logran reunir, en forma relativamente estable, los recursos necesarios para satisfacer las necesidades básicas de sus miembros.

Por otro lado, Amartya Sen (1992) sostiene que la pobreza no es sólo la falta de ingresos suficientes, sino, la privación de capacidades básicas que se reflejan en la mortalidad prematura, el analfabetismo, la desnutrición, la alta morbilidad, entre otras características, que no se resuelven sólo con un aumento de los ingresos económicos.

Nótese que en estas definiciones existe algo en común. No es casual que las definiciones de pobreza hablen de un mínimo de necesidades no cubiertas, “necesidades básicas”, “mínimos de bienestar”. Con la crisis fiscal del Estado (la escasez de recursos públicos para el bienestar) se perfila una serie de criterios orientadores de las intervenciones públicas sobre los sectores más carenciados de la sociedad (Tenti Fanfani, 1991: 127). En tal sentido, dos son principios básicos estructuran esta propuesta: el concepto de **necesidades básicas** y el de **focalización**²⁰ (Tenti Fanfani, 1991:127). El concepto de necesidades básicas entra en conflicto con la idea de derechos sociales, pues cuando se sancionaron estos derechos en la constitución se formularon sin adjetivos limitativos, por ejemplo, no se estableció el derecho primario de la salud, sino el derecho a la salud.

En el escenario de crisis fiscal y escasez de recursos, los discursos de las “necesidades básicas” y los “mínimos de bienestar” tienen una racionalidad: expresan lo que los dominantes están dispuestos a conceder y lo que los grupos subordinados están en condiciones de exigir. Puesto que en este escenario los recursos son escasos comparados con las necesidades de los pobres, es preciso hacer un recorte sobre las necesidades legítimas a ser atendidas (Tenti Fanfani, 1991: 127-128). De esta manera, se implementan políticas focalizadas para atender problemas de pobreza, desempleo, la desnutrición, etc. Por ejemplo: los planes sociales focalizados en personas desempleadas

²⁰ Focalización implica seleccionar la población objeto ayudas, asistencia o políticas.

(Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados y Plan de Inclusión Social “Trabajo por San Luis”).

Abordar el estudio sobre el problema de la pobreza implica comprender su múltiple dimensionalidad, y la diversidad de enfoques que hacen de su estudio y medición una actividad compleja y no reductible a lo meramente económico. Así, los resultados de la medición de la pobreza van a depender del indicador usado o el método de medición.

2. Medición de la pobreza en Argentina

Si se desea determinar si una persona es pobre o no, puede utilizarse, tres tipos de enfoques o métodos:

El primero es el **enfoque o método indirecto**, en el que pueden utilizarse distintos criterios: tales como *consumo calórico*, *costo de necesidades básicas*, entre otros.

El segundo es el **enfoque directo**, donde se puede medir las *Necesidades Básicas Insatisfechas* (NBI) o el *Índice de Desarrollo Humano* (IDH).

El tercero es el enfoque o **método combinado**, integra el método directo y el indirecto (Rodríguez Ramírez, 2004).

a. Método de medición indirecto

El método de medición indirecto de la pobreza, utilizando el criterio del *costo de necesidades básicas* (entendidas como conjunto de bienes y servicios de consumo primario), consiste en distinguir los costos económicos de una canasta básica, la cual se calcula en relación de las pautas culturales alimentarias y no alimentarias de una sociedad en particular y en relación con un momento históricamente delimitado. De esta manera el costo de esta canasta denominada Canasta Básica total (CBT) determina cuál es la Línea de la Pobreza (LP), es decir, que quienes tengan un ingreso menor del determinado por la canasta básica total se encuentran por debajo de la LP, por ende, es pobre; por el contrario, quienes tengan un ingreso igual o mayor al del costo de esa canasta se encuentran por encima de la LP, y por consiguiente, no son pobres.

También, este método permite medir la pobreza extrema mediante la llamada Línea de Indigencia (LI), que define como indigentes a las personas que viven en hogares cuyos ingresos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir las necesidades alimentarias y nutricionales de todos sus miembros (Canasta Básica Alimentaria CBA).

En resumen, son pobres los que se encuentran por debajo de la LP y dentro de este grupo, son indigentes o pobres extremos los que se encuentran por debajo de la LI.

La línea de Pobreza

El método basado en la *línea de pobreza*²¹ tiene como eje el criterio de la valorización de un conjunto de bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades mínimas, tanto referidas a la alimentación como a otros bienes y servicios (vestimenta, transporte, salud, vivienda, educación, etc.) de la población.

Ahora bien, la LP no es una cifra universal, sino que se calcula para cada hogar de acuerdo a su composición, ya que el monto necesario para cubrir la canasta de bienes y servicios no es igual para un hogar compuesto por dos personas que para uno compuesto por cuatro. De la misma manera, no todos los componentes del hogar se ponderan de igual modo.

Como primer paso para el cálculo de la Pobreza se estipula el costo económico necesario para adquirir los alimentos indispensables para satisfacer las necesidades nutricionales de un individuo estándar en función de los hábitos de consumo de la población de referencia²². Se considera individuo estándar a un hombre de 30 a 59 años, de actividad moderada. Esta cifra se denomina Canasta Básica de Alimentos (CBA) y es establecida y suministrada por el INDEC. A continuación, se ponderan las necesidades nutricionales de todas las personas de un hogar con relación a las de ese individuo estándar considerando: el sexo, grupo etario y tres niveles de actividad (ligera, moderada e intensa), además de la condición de embarazo y lactancia. Estos ponderadores reciben el nombre de *coeficientes de adulto equivalente*.

A partir de ello se calcula, en primer lugar, la *línea de indigencia* para cada hogar, para luego establecer la *línea de pobreza*. La Línea de Indigencia (LI) representa únicamente el consumo de alimentos necesario para asegurar la reproducción física de los miembros del hogar. Entonces, la suma de los coeficientes de adulto equivalente correspondiente a los miembros de cada hogar dará la cifra por la cual hay que multiplicar la canasta básica de alimentos para obtener la CBA de ese hogar el cual determinará la línea de indigencia.

Para calcular la Línea de Pobreza (LP) es necesario contar con el valor de la CBA y ampliarlo con la inclusión de bienes y servicios no alimentarios (vestimenta, transporte, educación, salud, etc.) con el fin de obtener el valor de la Canasta Básica Total (CBT). Para ello se expande el valor de la CBA según la relación gasto total/gasto en alimentos

²¹ Epszteyn y Orsatti (1989); Beccaria y Minujin (1991); Castagna et al (1997); Félix y Panigo (2000); Philipp (2002), entre otros, se han ocupado extensamente de este tema.

²² De acuerdo a los resultados de la Encuesta de Gastos e Ingresos de los Hogares de 1985/1986

(inversa del Coeficiente de Engel) que corresponde a las necesidades propias de los hogares de bajos ingresos, se obtiene el gasto mínimo del hogar, o “línea de pobreza”, cuyo valor resulta ser aproximadamente el doble del anterior. Los ingresos corrientes declarados por los hogares se comparan con ambas líneas, para identificar así a los hogares indigentes y pobres²³.

b. Método de medición directa

Por otra parte, el método de medición directa de la pobreza, que enfatiza en las condiciones de vida de la población, evalúa la distancia entre esas condiciones y los estándares de vida sociales. Dichos estándares de vida son definidos, usualmente, mediante el método de las NBI.

Las NBI se basan en observar las condiciones de vida de los individuos y sus hogares, intentando conocer si se satisfacen o no ciertos requisitos. Si bien, es la situación propia de un país la que determina qué tan apropiado es un indicador, existen ciertas carencias que se han constituido en el común denominador de las aplicaciones de este método, ellas son: a) *hacinamiento*, b) *condiciones sanitarias*, c) *vivienda inadecuada*, d) *asistencia escolar* y e) *subsistencia del hogar*.

Necesidades Básicas Insatisfechas

El método de medición según NBI identifica aquellas condiciones que evidencian la falta de acceso a ciertos tipos de servicios considerados fundamentales. Este método requiere la determinación de distintos niveles de satisfacción de las necesidades consideradas básicas en determinado momento del desarrollo de la sociedad.

Siguiendo el estudio metodológico de Grosso et al (1997), hasta finales de la década del 80, los indicadores de necesidades básicas insatisfechas se calculaban a partir de la información de los Censos de Población. También, en nuestro país, desde 1988 comenzó a medirse el NBI según la Encuesta Permanente de Hogares (EPH). Aunque, existen diferencias metodológicas entre la medición censal y la que puede establecerse a partir de los datos relevados por la EPH, éstas no son significativas.

²³ Aunque generalizado, este procedimiento no está a salvo de críticas metodológicas. En efecto, Beccaria y Minujin (1991) han destacado que este procedimiento es inconsistente, ya que el *gasto total* promedia el de los hogares que pagan un alquiler explícito con el de los que no lo hacen, sin imputarles a éstos un alquiler de oportunidad, por lo cual el coeficiente no refleja correctamente los gastos de unos ni de otros. Además, al no imputarse el valor locativo de la vivienda a los hogares que no alquilan, los ingresos declarados subestiman a los ingresos corrientes.

El índice compuesto NBI consiste en la definición de un conjunto de necesidades básicas con sus correspondientes componentes. A partir de ellos, se selecciona un conjunto de indicadores que expresan el grado de satisfacción de cada necesidad. Se fija un nivel mínimo para cada indicador y se considera que debajo del mismo el hogar no logra satisfacer dicha necesidad. Desde esta perspectiva, se considera pobres a aquellos hogares que no logran la satisfacción de los estándares mínimos de al menos un indicador.

El índice compuesto de NBI utilizado en este trabajo, incluye los siguientes indicadores: 1) hacinamiento, 2) tipo de vivienda, 3) condiciones sanitarias, 4) asistencia escolar y 5) subsistencia del hogar:

- **Hacinamiento**

Se define como condición de hacinamiento a aquellas viviendas u hogares con más de tres personas por habitación. Hace referencia al hacinamiento por cuarto, que se obtiene dividiendo el número total de personas del hogar por la cantidad de habitaciones destinadas a dormir en la misma. Específicamente el INDEC lo define como *la relación entre la cantidad total de miembros del hogar y la cantidad de habitaciones de uso exclusivo del hogar. Operacionalmente se considera que existe hacinamiento crítico cuando en el hogar hay más de tres personas por cuarto* (INDEC).

- **Tipo de vivienda**

Este indicador expresa otro grado de privación referido a la situación habitacional. Para el INDEC se trata de *“el tipo de vivienda que habitan los hogares que moran en habitaciones de inquilinato, hotel o pensión, viviendas no destinadas a fines habitacionales, viviendas precarias y otro tipo de vivienda. Se excluye a las viviendas tipo casa, departamento y rancho”* (INDEC).

Como vivienda precaria se puede considerar aquellas que no sean casas o departamentos o que no tengan provisión de agua por cañería dentro de la vivienda y aquellas en las que los materiales de la vivienda sean inconvenientes: adobe, chorizo, cartón ó desechos u otros en las paredes externas, o tierra o ladrillo suelto para los pisos. Se considera a todo el resto de las viviendas como convenientes.

- **Condiciones sanitarias**

Este indicador hace referencia a las características de los servicios sanitarios de la vivienda. La medición por EPH interroga acerca de la existencia o no de instalación de baño con arrastre de agua. Para este indicador será baño instalado el que tiene arrastre de agua (aunque sea mediante el uso de un balde) y baño no instalado o letrina, el que carece de arrastre de agua.

• **Asistencia escolar**

El acceso a servicios adecuados de educación constituye una necesidad básica para el desarrollo de la vida en sociedad. Este indicador registra la existencia de niños en edad escolar que no asisten a la escuela, ya sea por abandono de la misma o porque nunca han asistido. De esta manera, provee una aproximación tanto al problema de la deserción como del retraso escolar. El INDEC define este indicador como *“hogares que tienen al menos un niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asiste a la escuela”*

• **Subsistencia del hogar**

Este indicador trata de identificar hogares que, de acuerdo a determinadas cualidades de sus jefes de hogar, presentan una incapacidad para la obtención de ingresos suficientes para su mantenimiento (CEPAL, 1993). Los bajos niveles educativos de los jefes de hogar se combinan con condiciones desfavorables de inserción ocupacional, repercutiendo de manera directa en sus condiciones de vida.

La definición de este indicador remite a los hogares que tienen cuatro o más personas por cada miembro ocupado y además el jefe de hogar registra bajo nivel de educación formal. El propósito es registrar la modalidad de inserción en el mercado laboral de los jefes de hogar con bajo nivel educativo, dado que generalmente ésta se desarrolla en condiciones desfavorables, asociándose de forma directa a situaciones de pobreza. Para el INDEC este indicador *“incluye a los hogares que tienen cuatro o más personas por miembro ocupado y que tienen un jefe no ha completado el tercer grado de escolaridad primaria”*.

Estas condiciones de vida se suponen relacionadas con la pobreza y serán pobres los hogares que no satisfagan alguno de los requisitos previamente definidos. La distancia entre las condiciones de vida reales y los estándares determinarán que un individuo sea pobre o no. En resumen, a la luz de las NBI, serán pobres quienes tengan insatisfecha al menos una de las necesidades básicas establecidas.

Algunas de las dificultades que presentan estos dos métodos (directo e indirecto) son: si bien, el método directo permite medir el número de hogares que no han satisfecho alguna necesidad básica, con ello, no necesariamente, se mide la pobreza. Esto se debe, entre otros factores, a que no existe una forma única y universalmente aceptada de relacionar el número de necesidades básicas insatisfechas con la condición de pobreza, lo que implica una clasificación final arbitraria de pobres y no pobres en la que prima el criterio del investigador. Por su parte, el método indirecto considera pobres a las personas con un ingreso menor a la línea de pobreza, asimilando el ingreso al consumo y, según

Sen (1992) se basa en supuestos particulares sobre el comportamiento del consumo, que pueden ser correctos o equivocados. Es decir, que no siempre el ingreso económico es orientado a satisfacer necesidades básicas, puede ser usado para otras actividades como juegos de azar por dar un ejemplo.

c. Método combinado

De todos modos, ambos métodos tienen características propias que se complementan de manera útil para ciertos propósitos. Así, es posible notar que el método LP es capaz de identificar situaciones de “pobreza reciente”, es decir, hogares que, por motivos coyunturales (por ejemplo, la pérdida del empleo), han visto reducidos sus ingresos a un nivel menor que la línea de pobreza pero que tienen satisfechas sus necesidades básicas. Por su parte, el método de NBI, a pesar de sus debilidades intrínsecas tanto teóricas como prácticas, evalúa razonablemente la situación de pobreza estructural.

Ambos métodos utilizados para la medición de la pobreza comprenden fenómenos diferentes dentro del mismo proceso. No obstante, su utilización conjunta y complementaria permite observar los cambios en la composición de la pobreza a partir de la diferenciación de grupos de hogares.

Boltvinik (citado en Feres y Mancero, 2001) sostiene que la combinación de los métodos de NBI y de LP, permiten una complementariedad con relación al tipo de necesidades que cada uno de ellos identifica. Dado que, el método LP se basa en el consumo o ingreso corriente, no toma en cuenta los servicios públicos provistos gratuitamente ni las necesidades cuya satisfacción requieren de gasto en inversión y no de gasto corriente, como ocurre con la vivienda o la educación. En cambio, el método NBI toma en cuenta justamente estos aspectos, pero no aquellos relacionados con el consumo privado de bienes y servicios.

En tal sentido, y para complementar efectivamente los métodos anteriores se presenta el Método Integrado de la Pobreza, que consiste en la combinación del enfoque directo e indirecto. El desarrollado del método integrado es atribuido a Julio Boltvinik (Rodríguez Ramírez, 2004).

Con este enfoque se intenta superar las limitaciones propias de cada método con las virtudes que aportaría su uso conjunto. En este sentido, el cruce de los resultados de la LP y las NBI se genera una matriz de 2 x 2, que genera cuatro grupos excluyentes entre sí y que tienen características diferentes y de gran utilidad para el diseño y evaluación de políticas sociales económicas (Busso, 2005).

El Método Integrado en la medición de la Pobreza

NBI/LP	Pobre	No pobre
Necesidades básicas insatisfechas (NBI)	1. Pobreza crónica	2. Pobreza inercial (estructural)
Necesidades básicas satisfechas (NBS)	3. Pobreza reciente (pauperizados o coyuntural)	4. Hogares no pobres (integrados)

Las características de estos cuatro grupos según Feres y Mancero (2001) son:

1. Hogares en Situación de Pobreza Crónica:

Estos hogares, que constituyen el núcleo de la pobreza, no cuentan con un ingreso suficiente para un nivel mínimo de consumo, ni satisfacen sus necesidades más elementales. Por esta razón, ellos se encuentran en una clara situación de exclusión social y, generalmente, poseen más de una necesidad insatisfecha. La incapacidad de este grupo para integrarse adecuadamente a la sociedad puede observarse empíricamente, ya que entre las carencias más frecuentes se encuentran la de inasistencia escolar e insuficiente capacidad económica.

2. Hogares con Carencias Inerciales:

Estos son hogares que cuentan con un ingreso suficiente para adquirir los bienes y servicios básicos, pero que no han logrado mejorar ciertas condiciones de su nivel de vida. En función de los tipos de pobreza que mide cada método por separado, podría decirse que estos son hogares que han arrastrado ciertas necesidades desde el pasado, las cuales se han establecido en el estilo de vida de las personas.

3. Hogares en Situación de Pobreza Reciente:

Los hogares que satisfacen sus necesidades básicas pero que tienen un ingreso inferior a la LP se consideran “pobres recientes”, ya que, de acuerdo a la temporalidad relacionada con cada método de medición, estos serían hogares en un proceso de “movilidad descendente” (CEPAL / DGEC, 1988 citado en Feres y Mancero 2001). Es posible suponer que una reducción reciente de ingresos en estos hogares se traducirá en un menor consumo corriente, y no en un deterioro inmediato de los logros alcanzados en cuanto a satisfacción de necesidades básicas.

4. Hogares en Condiciones de Integración Social:

Los hogares que disponen de un ingreso suficiente para lograr un nivel de vida adecuado y además satisfacen sus necesidades básicas, tienen la capacidad de integrarse

plenamente a la sociedad. Por lo tanto, estos hogares, que no se consideran pobres bajo ninguno de los métodos utilizados, son los que expresan las condiciones de vida consideradas dignas para esa sociedad.

Se extrae a continuación un ejemplo de cómo se puede utilizar el método combinado en un estudio realizado en la Provincia de San Luis, el cual compara octubre del 2002 y el 2do. Semestre del 2006 donde se puede observar diversos cambios en la heterogeneidad de la pobreza.

Pobreza: Método Integrado - San Luis - octubre de 2002

SAN LUIS Octubre de 2002		Método de la Línea de Pobreza	
		Pobres	No pobres
Método de las NBI	Una o más NBI	Pobreza Crónica 6,8%	Pobreza Estructural 1,6%
	Ninguna NBI	Pobreza Reciente 44,2%	Socialmente integrados 47,3%

Fuente: Olgún y Vilchez (2008)

Pobreza: Método Integrado - San Luis - 2do Semestre de 2006

SAN LUIS 2do. Semestre 2006		Método de la Línea de Pobreza	
		Pobres	No pobres
Método de las NBI	Una o más NBI	Pobreza Crónica 6,0%	Pobreza Estructural 7,2%
	Ninguna NBI	Pobreza Reciente 13,8%	Socialmente integrados 73,1%

Fuente: Olgún y Vilchez (2008)

3. Concepto de pobreza en la política social argentina²⁴

La propuesta es poder descubrir los diferentes conceptos de pobreza a partir de los modos de intervención social, en materia de políticas sociales, organizadas tanto por el Estado como por la sociedad civil.

Así, se describe una trayectoria de la política social en Argentina que parte de los “sentimientos” hasta llegar a la constitución de los derechos sociales de ciudadanía (etapa no consolidada actualmente en la práctica).

²⁴ Resumen realizado en base al documento de Levín (1997)

En el periodo colonial se organizan las primeras intervenciones a cargo de la Iglesia Católica, así como las Cofradías Piadosas a cargo de la caridad cristiana. En el incipiente Estado Argentino, las políticas del Estado reconocen como objeto preferencial de su intervención a los pobres, a través de la Beneficencia Pública.

Asimismo, se describe una trayectoria en el concepto de pobreza, que parte de “la pobreza como moral y éticamente vergonzante” en la que el único responsable era el individuo pobre, hasta llegar a un concepto de pobreza que involucra factores externos y que afectan a toda una sociedad y en donde no solamente es responsable la sociedad, sino que se empieza a demandar una fuerte intervención de Estado.

En el transcurso de los años, en diferentes escenarios políticos, sociales, económicos se abre paso a una nueva forma de dar respuesta a la pobreza, mediante los derechos. Si bien se avanzó en materia de políticas sociales y en la conceptualización de la pobreza, aun no se logra la superación de la misma debido a que políticas sociales implementadas, entre otras cosas, persiguen objetivos políticos y se orientan a prácticas sumamente discrecionales. Se trata de políticas de corte asistencial, las cuales han caracterizado la acción social en Argentina orientadas, sobretudo, al control social. Las etapas distinguidas en el concepto de pobreza e intervención social son:

a. La pobreza en la virtud cristiana: la caridad

La pobreza en esta etapa era concebida como la condición alcanzada por las personas debido a incapacidades físicas, enfermedades, accidentes, o bien falta de virtud. Es decir, que las causas de la pobreza se encuentran en el propio individuo y no en el sistema o contexto político y socio-económico.

La pobreza era concebida como algo vergonzante, humillante y deshonesto, tanto para la sociedad en general como para el propio individuo (social y moralmente).

Ser pobre era una deshonra toda vez que no coincidía con los valores socialmente buscados. Estos valores eran: el honor, poder político, poder económico, distinción, talento aristocrático, ostentación de riqueza, majestuosa presencia de palacios y abalengos.

En este sentido, para la época la pobreza se constituía en un valor repudiado socialmente. Y, por lo tanto, había que actuar en torno a sus consecuencias.

Por ello, las primeras respuestas al tema estuvieron a cargo de la Iglesia Católica, las cuales se organizaban alrededor de los sentimientos y de la caridad cristiana.

Así la caridad cristiana tenía dos objetivos importantes: Calmar los dolores del pauperismo y Ayudar al control social y evitar que las ideas socialistas alcanzaran a los trabajadores.

El control social era y es un valor muy requerido para el modelo de sociedad que se buscaba en aquel entonces, el cual se ha dado en llamar “orden y progreso”.

b. El proceso de laicización: la pobreza como deber moral

En el proceso de laicización la pobreza es concebida como un deber moral (y no como en la etapa precedente que era considerada como un deber religioso). Aunque el concepto de pobreza sigue siendo inmoral y vergonzoso.

La concepción de la pobreza en esta etapa adquiere relevancia toda vez que se la considera la versión laica de la pobreza. Donde el Estado asume su compromiso, no dejándolo solo al arbitrio religioso.

Así es que el Estado comienza a implicarse en la intervención social a través de la beneficencia pública, constituyendo la primera iniciativa de intervención que adopta el Estado en problemas relacionados con la pobreza.

La beneficencia pública reproduce los rasgos y formas que caracterizan a la caridad cristiana, imprime un perfil más racional a su accionar.

La institución que se crea en esta etapa es la **Sociedad de la Beneficencia de la capital Federal**, la cual inicia su trayectoria en la solución de problemas de indigencia de la época. La cual tenía a su cargo la casa de expósitos, de partos públicos y privados, hospitales de mujeres, colegio de huérfanos y todo establecimiento público destinado al bien de los individuos.

Es relevante aclarar que si bien el Estado asume la beneficencia pública a través del otorgamiento de financiación, quienes se hacen cargo de ella son instituciones privadas.

El proceso de cambio de la acción social se da, principalmente, mediante la laicización y por el rol de la mujer. Las mujeres eran consideradas las más aptas para cumplir este rol por sus cualidades, sin embargo, vale la aclaración, de que no cualquier mujer puede cumplir esta tarea, solamente aquellas de la elite porteña, de la aristocracia. Es decir, las mujeres que tenían los valores perseguidos de la época como ser: educación consolidada, ostentación de riqueza, honor, etc.

Siguiendo la idea de los valores perseguidos por la sociedad, y teniendo en cuenta que la pobreza no se podía erradicar tan fácilmente, la característica fundamental de la beneficencia que alcanzó relevancia como estrategia social. Esto es, para acceder a los beneficios de la beneficencia pública se debía ser un tipo de pobre (el que no era un

conflicto para la sociedad en general, es decir, “pobre pero honroso”, no el vagabundo o el delincuente).

En consecuencia, surgen los “**premios a la virtud**” que eran otorgados en la Provincia de Buenos Aires para alentar a un tipo de pobreza y castigar a la pobreza no deseada.

También, surge el otorgamiento de “**certificados de pobreza**” como una forma de estigmatizar a los pobres, lo cual les garantizaba el acceso legítimo a los bienes. El certificado de pobreza lo otorgaba generalmente el comisario a aquellos pobres que no tenían ninguna posibilidad de satisfacer sus necesidades. De esta manera, el certificado lo habilitaba a algunos bienes básicos.

c. El conocimiento científico en la pobreza: la asistencia social moderna

La asistencia social en su versión moderna incorpora el **conocimiento científico** al tratamiento del problema social, lo cual lo entendemos como un avance del Estado en relación con la pobreza.

La estrategia empirista, instintiva, espontánea ligada a los sentimientos es superada por la visión científica del problema social.

En esta etapa se propone no actuar sobre las consecuencias, sino buscar las causas que originan el problema.

Vale reconocer, que no fue fácil el tránsito de los sentimientos al conocimiento científico, quienes venían haciendo caridad defendían esta postura, mas que nada por una cuestión de legitimidad de las clases sociales favorecidas. Por ello, en este tránsito nos encontramos con varios matices, entre ellos, se aspiró a establecer vocación por los pobres, pero con competencia.

Algunos puntos importantes en esta etapa:

- Comienza un proceso de desnaturalización de la pobreza, lo cual se considera un progreso en la política social Argentina.
- La población comienza a adquirir importancia en la intervención social en desmedro de los individuos. Donde el contexto social y político requería de instrumentos para administrar la población. Es decir, se consideraba la población, principalmente, como un valor productivo, en donde las políticas de salud y educación eran una inversión y no un gasto. La revalorización de la sociedad estaba orientada a la idea de poblar el país, por ello, el auge de las políticas de tipo migratorias y la educación formal para garantizar una cultura nacional en los inmigrantes.

- Un avance en la asistencia es el intento de superar el estilo de la beneficencia pública y la caridad cristiana mediante un mayor compromiso e intervención del Estado. Se crea en 1883 la **Asistencia pública de la capital** como una política de Estado.

Esto último, respecto a la política de Estado en materia de intervención social para paliar la pobreza, incorpora la asistencia en el campo de los derechos.

La Beneficencia pública llega a su fin en 1940 y abre el paso a una nueva modalidad de intervención asistencial y concepción de la pobreza: comienza una Política Social de Estado.

d. La pobreza en el paradigma de la Justicia Social

La pobreza en el paradigma de la Justicia Social se desarrolla paralelamente al gobierno del peronismo.

El desarrollo de las políticas sociales se articula en base a una nueva relación: **Pleno empleo y elevación del ingreso económico de los trabajadores**. Lo cual constituían elementos básicos de la política de bienestar.

Podemos decir que en esta etapa la política social en base a la Justicia Social parece distinguir entre dos tipos de ciudadanos:

- Los trabajadores formales. A los cuales se les garantizan los derechos sociales a través de la Constitución de 1949.
- Los que quedan excluidos del mercado de trabajo. A los que se transforman en beneficiarios de las ayudas sociales.

Con respecto a que sólo los trabajadores formales son los titulares de los derechos sociales, Grassi sostiene que los derechos de ciudadanía no se ampliaron al respecto en un sentido universal, sino que sólo benefició a los trabajadores formales.

Sin desmerecer la ayuda social dada en este periodo a través de la **Dirección Nacional de Asistencia Social** y la **Fundación Eva Perón**, principalmente, se considera que se trató de una ayuda social que vino a agregar un condimento a las políticas sociales, no develado hasta el momento, me estoy refiriendo al logro de la legitimidad política, más específicamente al apoyo político.

e. La pobreza en la visión desarrollista

Teniendo en cuenta que en 1952 estalla la crisis económica, producto del agotamiento del régimen populista. A través del cual el régimen de acumulación populista muestra su agotamiento al disminuir la tasa de ganancia y raíz del elevado gasto social, mediante las políticas distribucionistas.

De acuerdo al modelo desarrollista se diseña un plan de contención de los salarios y del gasto público a fin de poder detener la caída de la tasa de ganancia. Esto deteriora el nivel del salario, el nivel del empleo, lo que genera un clima de importantes tensiones sociales.

En 1966 se crea el **Ministerio de Bienestar Social y la Secretaria de Estado y Promoción y Asistencia a la Comunidad**, con lo que se busca el bienestar social como parte fundamental del desarrollo.

Para la búsqueda de bienestar adquiere importancia los servicios básicos de salud, educación, alimentación y vivienda.

Pobreza es concebida como un obstáculo al bienestar y el desarrollo.

f. La pobreza en la nueva cuestión social

La pobreza en escena

A mediados de la década del 90, el desempleo había alcanzado uno de los valores más altos hasta la fecha.

En tal sentido, el Instituto Nacional de Estadística y Ciencia (INDEC) revela para el año 1995, un 18,6% de desempleo (lo equivalente a dos millones doscientas mil personas) y, un 11,4% de subocupados. Los subocupados hacen referencia a aquellas personas que trabajan menos horas de las que necesitarían trabajar para cubrir sus necesidades básicas.

En consecuencia, si sumamos los desocupados más los subocupados, podremos observar que alrededor del 30% de la población presenta serias dificultades para satisfacer sus necesidades básicas, en otras palabras, muestran inconvenientes para sobrevivir.

A mediados de la década del 70, comienza a insinuarse un proceso de deterioro social, profundo y persistente. Dado, principalmente, por la reducción del nivel de ingreso que consecuentemente condujo al empobrecimiento de la clase media y la caída por debajo de la línea de la pobreza de personas que habían logrado salir de la pobreza estructural.

En la década del 80, la exclusión social y los indicadores de pobreza, como producto de una reducción del empleo acompañado de los más altos índices de inflación que el país haya tenido, llega a constituir un problema prioritario para el Estado. Por ello, en 1984 el Congreso Nacional aprueba el Plan Alimentario Nacional (PAN), destinado a todas las personas que presentan inconvenientes para la satisfacción de la necesidad de alimentación.

El PAN estaba orientado a disminuir los índices de desnutrición mediante la ayuda alimentaria de consumo familiar.

Sin embargo, Rubén Lo Vuolo señala que a pesar del alcance universal de este plan, no fue eficiente, debido a la discrecionalidad con la cual se manejó.

Se observa un deterioro de los servicios prestados en las políticas sociales, tanto en educación, salud, etc.

Se crea un clima de inseguridad social, dada por la baja calidad de los servicios prestados de las políticas públicas y la inestabilidad económica, donde las políticas sociales no pueden contener el malestar masivo.

Hoy el Estado retrocede, retirándose del campo social, empujando a la sociedad a la búsqueda de salidas individuales. La exclusión parece ser la salida que adopta el Estado.

El advenimiento de la democracia trajo consigo la reafirmación de los derechos humanos, de las libertades políticas, la equidad y la universalidad en el acceso a los servicios públicos, sin embargo en la actualidad parece que estos valores se han desplazado para ocupar un lugar secundario en la agenda pública, donde se prioriza la eficiencia pública, el ajuste, el plan de convertibilidad.

Es que en el modelo neoliberal lo social pierde centralidad. En la década del 90 comienza a recuperarse algunos indicadores económicos bajo el alto costo social. Se instala lo que Rosanvallon denomina la nueva cuestión social. La cual se estructura en relación con tres cuestiones: la exclusión, la desestabilización general de la condición social y la cuestión de las clases medias.

Frente a esta situación la mayoría de los países de Latino América, opta por la implementación de políticas sociales focalizadas, por el bajo costo en relación de una política universal.

De esta manera se impone, ubicándonos en la nueva era de lo social, repensar el rol de Estado. De un *Estado compensador* o bien de un *Estado pasivo providencia* se debería pasar a un *Estado activo providencia*.

Es a partir de la reconstrucción de soportes laborales y relacionales fuertes donde se debe pensar todo proceso de inclusión o integración.

Una mirada hacia adentro

¿Cómo entender las transformaciones que operan al interior de la sociedad como consecuencia de los nuevos fenómenos que nos atraviesan?

La dinámica de la exclusión se manifiesta al final de un recorrido produciendo efectos completamente desocializantes. Según Castel, podemos distinguir tres zonas: zona de integración, zona de vulnerabilidad y zona de desafiliación o exclusión. Estas tres zonas se construyen en relación con dos ejes: el laboral y el relacional. De acuerdo al comportamiento y las variaciones de estos ejes es que podemos diferenciar tres zonas.

Algunos puntos a tener en cuenta:

Si se efectúa un recorrido histórico en la concepción de la pobreza se ha vinculado el clientelismo político con la pobreza y su respectiva asistencia social (en forma de dádivas o limosnas) no en el marco de una exigibilidad de los derechos sociales. Asistimos en el presente a un mayor compromiso y reconocimientos de los derechos al comprender la pobreza como consecuencia de un contexto político, económico y social desfavorable, que no permite dirimir las desigualdades sociales y económicas. Un recorrido histórico permite denotar que el clientelismo institucional se podría asociar a un cambio en la concepción de la pobreza. Por ello, a continuación, brevemente siguiendo a Silvia Levin se expone un cuadro que permite comparar diferentes momentos en la concepción de la pobreza en la Argentina.

Las diferentes concepciones de la pobreza en la historia argentina

Etapa	Breve descripción: concepción de la pobreza
Colonialismo	La pobreza es el resultado de características personales: incapacidad (física o mentalmente), vagancia, falta de virtudes, etc. Esta caracterización de la pobreza desvinculaba al Estado de todo tipo de responsabilidad, por ende las instituciones encargadas de mitigar los dolores del pauperismo era fundamentalmente la Iglesia Católica a través de la caridad.
Laicización de la pobreza	La concepción de la pobreza comienza a transitar por un proceso que va de la responsabilidad individual a la responsabilidad social y poco a poco, estatal. En esta etapa el Estado interviene con la Beneficencia Pública, mediante la cual otorga recursos económicos a instituciones privadas, como por ejemplo la Sociedad de la Beneficencia, compuesta por las damas de la elite porteña.

Conocimiento científico	Diversos estudios en materia de pobreza incluyen al contexto político, social y económico, el cual puede aumentar o disminuir la pobreza. Se considera que el régimen político implementado por cada Estado incide en este aumento o disminución de la pobreza. Además a las personas en situación de pobreza había que concientizarlas para que fueran generadoras de su propio cambio, obviamente, en un contexto favorable.
Justicia Social	Con el gobierno de Juan Domingo Perón cambia radicalmente la concepción de la pobreza. El Estado y sus políticas cumplen un papel importante en el aumento o disminución de de misma. En esta etapa comienza una política social de Estado. Los trabajadores formales son sujetos de derechos sociales instituidos en la reforma de la Constitución Nacional de 1949. Y las personas con carencias tienen derecho a la ayuda social del Estado.
Desarrollista	En la etapa, luego de las presidencias de Perón, se inicia un ajuste económico a raíz de la crisis fiscal.
La Nueva Cuestión Social	Corresponde al neoliberalismo, se produce una retirada del Estado a favor de la libre actuación del mercado, o bien, un estado mínimo. Lo cual trajo un aumento de las desigualdades sociales y la vulnerabilidad social.

g. Hacia una formulación de la pobreza basada en los derechos humanos²⁵

Durante los últimos años ha venido desarrollándose una posición normativa acerca de la justicia global que, sin desconocer los aportes brindados por las teorías de las necesidades y capacidades del desarrollo humano, promueve un enfoque de la pobreza basado en los derechos humanos. Entre las principales contribuciones efectuadas en esta línea cabe destacar los trabajos de Pogge (2005). En ese ensayo el autor argumenta que un criterio medular de justicia asentado en el enfoque de los derechos humanos asegura, por un lado, el respeto de las diversas culturas del mundo, al tiempo que posibilita, por el otro, el desarrollo de una crítica sustantiva, aunque constructiva, del orden institucional

²⁵ Selección teórica realizada en base al documento de Salvia y Lépore “Desafíos del enfoque de los derechos humanos y del desarrollo en la lucha contra la pobreza. Aportes al debate desde las Ciencias Sociales”

nacional e internacional abocado al combate de la pobreza en el mundo (Pogge, 2005: 72-73).

En un sentido similar razona Nussbaum cuando aduce la función de “terreno de acuerdo” que desempeña el lenguaje de los derechos humanos en el discurso público internacional, mientras se continúa discutiendo acerca del tipo de análisis apropiado en el nivel más específico (Nussbaum, 2002: 149). Alimentándose de éstas y otras contribuciones reflexivas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emprendió también recientemente un importante esfuerzo de elaboración teórica dirigida a formular un marco de referencia que permita establecer un enfoque de derechos humanos aplicado a las estrategias de reducción de la pobreza. Según el punto de vista adoptado, la disposición de recursos económicos cumple una función importante en la definición de la pobreza, que contribuye, ante todo, a discriminar el fenómeno de la pobreza del fenómeno más general de una mala calidad de vida. Se sostiene que, si bien la pobreza implica una calidad de vida deficiente, no siempre ésta puede ser asociada con una situación de pobreza. Para que ello ocurra, la falta de disposición de recursos económicos debe desempeñar una función en la cadena causal que desemboca en una baja calidad de vida. Aunque el concepto de pobreza adquiere así una connotación económica marcada, se indica que el valor pertinente para tal análisis no es el ingreso insuficiente, sino más bien la insuficiencia de recursos, de la que unos ingresos inadecuados son sólo una de las causas posibles. Entre otras causas admisibles se encuentran la disposición insuficiente de bienes y servicios públicos, el acceso insuficiente a los recursos administrados por la comunidad, el control insuficiente de recursos que se ponen a disposición por medio de redes sociales informales (OACDH, 2004).

Específicamente se señala que un enfoque de los derechos humanos con respecto a la pobreza incluye un reconocimiento explícito del marco normativo de los derechos humanos nacionales e internacionales. La falta de cumplimiento de los derechos humanos puede considerarse como pobreza si cumple las dos condiciones siguientes: (a) los derechos humanos involucrados deben ser los que corresponden a las necesidades básicas, y (b) la insuficiencia de recursos económicos debe desempeñar una función en la cadena causal que desemboca en la falta de cumplimiento de tales derechos. Conforme a estas consideraciones se pueden identificar tres diferentes formas en que los derechos humanos pueden ser pertinentes para evaluar la pobreza: pertinencia constitutiva, instrumental y restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias de reducción de la pobreza.

Si la denegación de cierto derecho humano cumple con las dos condiciones anteriormente señaladas, se puede decir que tiene una pertinencia constitutiva respecto a la pobreza. Seguidamente, se considera que un derecho humano tiene pertinencia instrumental si su cumplimiento promueve de modo directo o indirecto la causa de reducción de la pobreza. Por último, la pertinencia restrictiva refiere a aquellos derechos cuyo incumplimiento no tiene una relevancia constitutiva respecto de la pobreza, ni asume un valor instrumental, pero que si adquiere, en cambio, cierta relación con la índole y el contenido de una estrategia de reducción de la pobreza, al excluir a determinados modos de actuación como prohibidos. De este modo, aunque sólo algunos derechos humanos pueden formar parte de una definición de la pobreza basada en los derechos humanos, un conjunto mucho más amplio de derechos puede ser fundamental en la formulación de una estrategia de erradicación de la misma.

En el recuadro siguiente se recogen los principales vínculos entablados entre la pobreza y la violación de derechos humanos desde un enfoque centrado en los derechos, destacando especialmente las consecuencias de la pobreza en la denegación de éstos.

<p>Derecho a la vida y a la integridad física</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3;</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6.</p>	<p>La calidad de vida de las personas que viven en una situación de pobreza es frecuentemente afectada por la falta de alimentos, el riesgo de enfermedades, el trabajo peligroso y las condiciones de vida precarias. Esas personas sufren violencia de todo tipo (hostigamiento, intimidación, grave discriminación y, en algunos casos, incluso amenazas de muerte y asesinato).</p> <p>Las mujeres pobres son particularmente vulnerables a la violencia en el hogar y otras formas de violencia de género.</p>
<p>Derecho a una alimentación adecuada</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25;</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Económicos,</p>	<p>La alimentación adecuada es necesaria para la sobrevivencia y para llevar una vida saludable.</p> <p>La falta de esta a menudo imposibilita acceder a otros derechos (acceso a un nivel de vida digno, educación apropiada y a un trabajo decente), al tiempo que el hambre puede dar lugar a la desnutrición e incluso a la muerte.</p>

<p>Sociales y Culturales, artículo 11.</p>	
<p>Derecho a la salud Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.</p>	<p>Un estado de salud deficiente es una de las más importantes causas de pobreza, al limitar las posibilidades de educación de las personas y reducir más ampliamente sus oportunidades de vida.</p> <p>Paralelamente, la mala salud es frecuentemente consecuencia de la pobreza, siendo los servicios de salud para los pobres inaccesibles o inadecuados o están mal equipados.</p>
<p>Derecho a la vivienda Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11. Convención sobre los derechos del Niño, artículo 27.</p>	<p>La vivienda de las personas pobres frecuentemente está construida con materiales de baja calidad, carece de agua corriente, instalaciones de saneamiento y electricidad, al tiempo que suele estar ubicada en entornos insalubres y distantes de los servicios de salud y educación. Así, las condiciones de habitabilidad deficientes tienen consecuencias sobre otros derechos sociales fundamentales, como los de salud, educación y trabajo, impidiendo su pleno ejercicio.</p>
<p>Derecho a la educación Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 13 y 14.</p>	<p>El acceso a la educación se encuentra limitado para quienes viven en la pobreza. Esta situación afecta particularmente a los niños de hogares pobres, quienes habitualmente se ven obligados a participar en la búsqueda diaria de medios de subsistencia o a trabajar fuera del hogar.</p> <p>La educación permite la realización de otros derechos, como los derechos al trabajo, la salud y la participación</p>

	<p>política y es uno de los medios más eficaces para promover un proceso de movilidad social ascendente.</p>
<p>Derecho a un nivel de vida digno Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.</p>	<p>Las personas que viven en la pobreza suelen estar mal nutridas y tienen un acceso insuficiente a la vestimenta, la vivienda, el agua y el saneamiento, la asistencia médica y los servicios sociales. Ello afecta negativamente a su capacidad de hacer valer otros derechos, como los de la educación, la salud y el trabajo, con lo que se refuerza el círculo vicioso de la pobreza.</p>
<p>Derecho a un trabajo decente Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6, 7, 8 y 9.</p>	<p>La obtención de un empleo en el sector formal frecuentemente resulta imposible para los pobres como consecuencia de la discriminación social y de la carencia de credenciales educativas.</p> <p>Por ello, los pobres se ven obligados a buscar trabajo en el sector no estructurado de la economía (escaso nivel de especialización, la inseguridad, la peligrosidad y un nivel de remuneración que no garantiza un nivel de vida adecuado.)</p> <p>Es esencial garantizarles el derecho a un trabajo decente para que puedan disfrutar de otros derechos, como el de la alimentación, salud y la vivienda.</p>
<p>Derecho al reconocimiento como persona ante la ley y de estar inscripto Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 16 y 24.</p>	<p>Como consecuencia de la falta de domicilio legal y de los elevados costos directos e indirectos de la inscripción civil, las personas que viven en la pobreza frecuentemente no están reconocidas ante la ley y se enfrentan a graves obstáculos para inscribir a sus hijos.</p> <p>No tener una identidad jurídica, hace muy difícil matricularse en la escuela, obtener un empleo, acceder a los servicios sociales, ejercer los derechos políticos, probar paternidad, contraer matrimonio, viajar dentro y fuera de las fronteras nacionales, asistir ante la justicia o incluso evitar ser encarcelado.</p>

	<p>El reconocimiento de este derecho es fundamental para la realización de otros derechos.</p>
<p>Derecho a la justicia Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 10 y 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 15.</p>	<p>Las personas que viven en la pobreza son especialmente vulnerables a las violaciones de sus derechos y frecuentemente no pueden hacer uso del mecanismo más eficaz para defenderse frente a tales abusos, como es el de la tutela judicial.</p> <p>Su acceso a la justicia se ve obstaculizado por limitaciones económicas y de acceso a la información, la complejidad de los procedimientos administrativos, la desconfianza en las instituciones y el temor basado en su experiencia frente al sistema judicial y el lento ritmo con el que se imparta justicia.</p> <p>Ello resulta particularmente preocupante, dado que las personas que viven en la pobreza tienen más probabilidades que otras de ser discriminadas y sus derechos fundamentales se violan con mayor impunidad.</p>
<p>Derecho a intervenir en la vida política Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.</p>	<p>Como consecuencia de la falta de información y de poder social, las personas que viven en la pobreza no pueden participar verdaderamente en los procesos de adopción de decisiones. La discriminación social, la carencia de vivienda y de educación y la falta de inscripción en el registro civil son otros obstáculos para el ejercicio de los derechos políticos. Así pues, los pobres no pueden influir en las políticas en su propio beneficio y ni se tienen en cuenta sus necesidades concretas. Además, los muy pobres también están más expuestos que otros a la manipulación y el clientelismo.</p>
<p>Derecho a participar en la vida social y cultural</p>	<p>Dado que representa una fuerza unificadora de la sociedad, la cultura es un componente importante de la integración social y sirve de protección frente a la exclusión social. No obstante, las culturas de las minorías</p>

Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.	y los grupos indígenas no se respetan frecuentemente y las personas que viven en la pobreza suelen carecer de la capacidad básica para participar activamente en la vida social, cultural y política de sus comunidades.
--	--

Bibliografía:

- Levin, Silvia. (1997): *El concepto de pobreza en la política social Argentina*” en Nuestra pobreza, Arturo Firmo (Comp.), Ed. Fundación Ros. Rosario, Pág. 23/65.
- Olguín, Jorge y Vilchez, Virginia (2008) “La pobreza en Cuyo entre 2002 y 2006. Análisis combinado” en *Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo*, N° 4. Año 2008. ISSN 1669-9084
- Salvia Agustín. Desafíos del enfoque de los derechos humanos y del desarrollo en la lucha contra la pobreza. Aportes al debate desde las Ciencias Sociales.

II. LOS DERECHOS SOCIALES

La unidad se completa con el capítulo I de Abramovich V. y Courtis C. (2004) Los derechos sociales como derechos exigibles. Ed. Trotta: Madrid., cuya copia a continuación se anexa

Abramovich, V. y Curtis C. (2004) Los derechos sociales como derechos exigibles. Ed. Trotta. Madrid.

Capítulo 1

LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PROBLEMA DE SU EXIGIBILIDAD

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos sociales (o bien, de acuerdo a la terminología del Pacto Internacional respectivo¹, derechos económicos, sociales y culturales²) son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente. La intención de este trabajo es demostrar que la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado; que —asumiendo sus particularidades— muchas de estas obligacio-

1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que en adelante nos referiremos como PIDESC. El pacto fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2.200 (XX), el 16 de diciembre de 1966, firmado el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

2. Emplearemos indistintamente las denominaciones «derechos económicos, sociales y culturales» (que es su designación en el campo del derecho internacional de los derechos humanos) y «derechos sociales» (que es la empleada más comúnmente a nivel local). Ver, sin embargo, los comentarios sobre la posible distinción de estos términos que efectuamos en la introducción al capítulo 3.

nes resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.

Para ello, presentaremos en este capítulo nuestros argumentos de acuerdo al siguiente plan. Como primer punto, señalaremos la relatividad de la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, sustentando la idea de que existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos. En segundo término, desarrollaremos la noción de que todos los derechos económicos, sociales y culturales tienen al menos algún aspecto que resulta claramente exigible judicialmente. Partimos del supuesto de la existencia en el sistema legal de un país de normas legales —tales como cláusulas constitucionales, o cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos adoptados por ese país— que positivizan derechos sociales —tal es el caso de la Argentina³, de España, y de gran parte de los países de América Latina—. En este sentido, el capítulo no pretende construir un «derecho natural» de los derechos sociales, sino sentar las bases para una dogmática que haga exigibles aquellos derechos previstos en el plexo normativo de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos. Tampoco nos detendremos en cuestiones de fundamentación de estos derechos, dado que partimos del supuesto de su positivización⁴.

Una última aclaración metodológica sea tal vez útil para explicar el tipo de análisis que proponemos. Gran parte de los argumentos que empleamos en el libro están vinculados con el texto del PIDESC y las interpretaciones que ese instrumento ha generado. Sin embargo, nuestra intención no es —en absoluto— la de limitar el alcance de nuestros argumentos al derecho internacional de los derechos humanos, materia en general lejana a la práctica cotidiana de abogados y jueces y a la realidad de la gran mayoría de los beneficiarios de sus

3. La Constitución argentina establece en su artículo 14 *bis* la protección de los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social, la protección integral de la familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. En su artículo 41, establece el derecho a un ambiente sano, y en el 42, los derechos de consumidores y usuarios. Además, otorga jerarquía constitucional —entre otros— al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

4. Puede consultarse, para ello, M. J. Añón, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, 1994; P. Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Distribution*, Oxford, 1993; y C. Fabre, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, 2000, cap. 1.

normas. La elección del PIDESC como objeto de análisis central se justifica por su carácter de norma universal: dado que existe identidad entre la estructura de los derechos contenidos por el Pacto y por las constituciones locales y también en los problemas que su exigibilidad plantea, las discusiones referidas a los derechos del Pacto pueden ser trasladadas, con la debida cautela, a los distintos ámbitos nacionales. La intención del capítulo es entonces aportar elementos para la formación de una dogmática de los derechos económicos, sociales y culturales, que pueda ser empleada tanto a nivel nacional como internacional. Este primer paso teórico se articula con el intento general del libro, que es el de señalar estrategias posibles para la exigibilidad de estos derechos.

1.1. La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales

Quienes afirman la tesis de un «defecto de nacimiento» de los derechos económicos, sociales y culturales en tanto pretendidos derechos, creen ver en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justificabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos con la de los derechos civiles y políticos.

Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público⁵. De acuerdo con esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un *no hacer* por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contra-

5. Ver F. von Hayek, «Derecho, legislación y libertad», en *El espejismo de la justicia social*, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9. En sentido similar, M. Bossuyt, «La distinción jurídica entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels»: *Revue des Droits de l'Homme* 4 (1975). El argumento se repite con diversos ropajes en abundante literatura de derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional, derecho administrativo, filosofía y teoría del derecho, etcétera.

rio, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*, es decir, a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado; prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen⁶. De acuerdo con esta línea de razonamiento, sólo puede hablarse con algún sentido de «derechos» cuando una

6. Otro intento de diferenciación consiste en identificar un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tendría efectos concretos al momento de juzgar si un Estado ha violado un tratado. En materia de derechos civiles, se sostiene, la actividad del Estado contraria al deber de abstención produce la violación. La responsabilidad del Estado emana de resultados, sin que existan condiciones necesarias que supediten el cumplimiento de las normas en el Pacto respectivo. La violación sólo depende de la voluntad del Estado. Las obligaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por el contrario, son principalmente de comportamiento. Como sostiene Garretón Merino con cita de Nikken: «Su realización no depende de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente». La violación, por lo tanto, no emana de un acto sino de una omisión, muchas veces condicionada a la existencia de recursos que permitan la satisfacción de estos derechos, por lo que para establecer que un Estado los ha violado no basta con comprobar que no se está gozando 'sino que el comportamiento del poder público, en orden a alcanzar este fin, no se ha adecuado a los standards técnicos apropiados'» (R. Garretón Merino, «La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales», en IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos V*, San José de Costa Rica, 1996, p. 59. Lo citado en cursiva, P. Nikken, «El concepto de derechos humanos», en IIDH, *Estudios básicos de Derechos Humanos I*, San José de Costa Rica, 1994). Ver A. Eide, «Future Protection of Economic and Social Rights in Europe», en A. Bloed *et al.* (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 187-219. En contra, G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views», en P. Alston y K. Tomaševski (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110; P. Alston, «No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant», en A. Eide y J. Helgesen (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, 1991. Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para distinguir derechos civiles y políticos de derechos económicos, sociales y culturales. Así, los denominados «Principios de Maastricht sobre las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales» (ver *infra*, cap. 2.1) señalan que los derechos económicos, sociales y culturales generan tanto obligaciones de conducta como de resultado (Principio 7). Ver S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», en M. Chaskalson *et al.* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Ciudad del Cabo, 1998, cap. 41, pp. 34-44.

determinada prescripción normativa se limita a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir de establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable. De modo que —se dice— aunque una constitución o un pacto de derechos humanos hablen de «derechos» tales como el «derecho a la salud», «derecho a la vivienda», «derecho a la educación» o «derecho al trabajo», estas expresiones no deberían tomarse literalmente, sino sólo en sentido figurado o metafórico.

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y «naturalista» del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa⁷. Sin embargo, incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica, como Adam Smith y David Ricardo, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas «obligaciones negativas» del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual. En Smith, por ejemplo, se asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación, funcionamiento y expansión del mercado⁸. Lo mismo cabe señalar con respecto a muchos otros derechos «civiles y políticos»: el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.)⁹. Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de «obligación negativa», es decir, los que requie-

7. Carlos Nino califica a esta posición de «liberalismo conservador», aunque aclara que es «más conservador(a) que liberal» («Los derechos sociales», en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993, p. 17).

8. Cf. al respecto A. Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York, 1937; L. Billet, «Political order and economic development: reflections on Adam Smith's Wealth of Nations», *Political Studies* 35 (1975), pp. 430 ss.; B. S. Santos, «Sobre los modos de producción del derecho y del poder social», en *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, 1991, pp. 175-178.

9. Cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., pp. 97 ss.

ren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares —por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados—, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado¹⁰. Vale la pena repasar mentalmente la gran cantidad de recursos destinados a hacer efectivo, por ejemplo, el derecho de propiedad, a través de la organización de distintos servicios públicos: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera.

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno¹¹, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a «naturalizar» esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias

10. Cf. al respecto la opinión de C. Nino, «Los derechos sociales», cit., pp. 11-17. En clave económica, el argumento es la tesis central de S. Holmes y C. R. Sunstein, *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, 1999. Ver también R. Bin, «Diritti e fraintendimenti»: *Ragion Pratica* 14 (2000), pp. 14-25, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 44-45 y R. Plant, «Citizenship, Rights and Welfare», en A. Coote (ed.), *The Welfare of Citizens. Developing new social rights*, Londres, 1992, pp. 15-29. En sentido similar, A. Ruiz Miguel, «Derechos liberales y derechos sociales»: *Doxa* (Alicante) II/15-16 (1994), pp. 659-660.

11. Trujillo Pérez afirma que «(e)n un cierto sentido, la normación relativa a los derechos de libertad y a las instituciones vinculadas con ellos están tan consolidadas en nuestra cultura jurídica que se las considera obvias, aunque no lo sean, como muestra la historia de los derechos» («La questione dei diritti sociali»: *Ragion Pratica* 14 [2000], p. 51).

de grado, más que diferencias sustanciales¹². Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina «derechos-prestación»¹³. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer¹⁴: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Discutiremos este punto con más detalle, pero desde ya adelantamos que muchas de las acciones legales tendientes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, Contreras Peláez, haciéndose cargo de la imposibilidad de distinción tajante entre ambos tipos de derechos, afirma que «(p)ara los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho»¹⁵.

Es aún posible señalar otro tipo de problema conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, subrayando las limitaciones de estas diferenciaciones y reafirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial.

12. Cf. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21: «No existen, en resumen, obligaciones «negativas» puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos».

13. Cf. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 17-20; B. de Castro, «Los derechos sociales: análisis sistemático», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Murcia, 1981, pp. 15-17.

14. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 53-65, donde se sostiene la existencia de «derechos sociales negativos».

15. F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 21.

La concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados «derechos-autonomía» o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados «civiles y políticos» han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único¹⁶. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios¹⁷. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad. La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente¹⁸. El desarrollo contemporáneo del derecho a la intimidad ha generado la exigencia de medidas estatales vigorosas, destinadas a evitar la potencialidad dañosa de la utilización de tecnologías informáticas¹⁹. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos²⁰.

Desde el ángulo inverso, la tradicional calificación de los derechos de sindicalización y huelga como derechos sociales también ha generado dificultades teóricas, ya que la distinción obligación negativa/obligación positiva resulta infértil al respecto. Algunos autores consideran que se trata de casos especiales de derechos civiles y políticos, y otros explican su adscripción al catálogo de derechos econó-

16. Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 21.1: «Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social» (el destacado es nuestro).

17. Ver, por todos, T. Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria, 1994.

18. Cf. S. Felgueras, *Derechos humanos y medio ambiente*, Buenos Aires, 1996.

19. Cf. P. L. Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990; A. E. Pérez Luño, «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica», en M. G. Losano y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, 1989.

20. Cf. F. Ewald, *L'Etat Providence*, París, 1985, libro IV. 2. Para un desarrollo más detallado, ver el Apéndice de este capítulo.

micos, sociales y culturales a partir de argumentos históricos, reconociendo que no pueden ser caracterizados esencialmente como derechos que generen obligaciones positivas al Estado.

* Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda²¹. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria²².

En línea con lo dicho, autores como Fried van Hoof o Asbjørn Eide²³ proponen un esquema interpretativo consistente en el señala-

21. Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo a Van Hoof, el Estado violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables (cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99). Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cf. las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el informe presentado por la República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), puntos 11, 19 y 20 (citado por H. Steiner y P. Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996, pp. 321-321).

22. Para una discusión que permite situar la distinción sobre otros ejes ver, sin embargo, el Apéndice de este capítulo.

23. Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el

miento de «niveles» de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof²⁴, por ejemplo, podrían discernirse cuatro «niveles» de obliga-

Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocaría indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el artículo 2 de la «Declaración sobre el Derecho al Desarrollo» —Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986— y que por lo tanto en un primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del Estado de *respetar* la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo —o de colectividades como las indígenas— en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de *proteger* esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales es similar al papel que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de *asistencia* que puede asumir formas diversas —por ejemplo, el artículo 11.2 del PIDESC—, y una obligación de *satisfacción* —que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades—. De tal modo, afirma el autor, el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos, a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si limitamos las obligaciones estatales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales sólo al tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas con los derechos civiles y políticos sólo al primer nivel (respeto). Ver A. Eide, «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights», en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 21-49, en especial pp. 36-38. Ver también A. Eide, «Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo»: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 43 (1989).

24. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99. Ver también de P. Vos, «Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic Rights in South African's 1996 Constitution»: *South African Journal on Human Rights* 13 (1997), pp. 223 ss.; S. Liebenberg, «Socio-economic Rights», cit., pp. 27-44. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue (cf. H. Shue, «Rights in the Light of Duties», en P. G. Brown y D. MacLean [eds.], *Human Rights and the US Foreign Policy*, Lexington, 1979; *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980, y «Mediating Duties»: *Ethics* 98 [1988], pp. 687-704). Pese a alguna diferencia terminológica —la autora habla de distintos «derechos» y no de distintos niveles de «obligaciones»—, las conclusiones de Cécile Fabre son similares (cf. *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 45-49 y 53-57). En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida —con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento— en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general (OG) n.º 3 (1990)

ciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injerieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende van Hoof, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Por ejemplo, señala van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse —mediante la protección policial—, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado. El argumento permite entender bajo una mejor luz el concepto de interdependencia²⁵ entre am-

«La índole de las obligaciones de los estados partes —párrafo 1 del art. 2 del Pacto—, OG n.º 4 (1991) «El derecho a la vivienda adecuada —párrafo 1 del art. 11 del Pacto—, OG n.º 5 (1994) «Personas con discapacidad», OG n.º 6 (1995) «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad», OG n.º 12 (1999) «El derecho a una alimentación adecuada», OG n.º 13 (1999) «El derecho a la educación», OG n.º 14 (2000), «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»; «Principios de Limburgo» (1986); «Principios de Maastricht» (1997); CIJ, «Declaración y Plan de Acción de Bangalore» (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Declaración de Quito» (1998).

25. En el campo del derecho internacional, «(l)a interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales ha sido siempre parte de la doctrina de las Naciones Unidas» (H. Steiner y P. Alston, *International Human Rights in Context*, cit., p. 263). Se menciona con frecuencia el discurso del presidente

bas categorías de derechos, al emparentar el tipo de conducta requerida al Estado por uno y otro tipo de derechos: en ocasiones, como veremos en el capítulo 3, la misma conducta estatal puede satisfacer tanto un derecho civil como un derecho social.

El autor ilustra el modelo de las cuatro obligaciones en relación con el derecho a la alimentación adecuada (arts. 11.1 y 11.2 PIDESC). Así, sostiene que la obligación de *respetar* el derecho a una alimentación adecuada, implica que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituye la única o principal forma de asegurar su alimentación, salvo que se adopten medidas alternativas apropiadas.

La obligación estatal de *proteger* el derecho incluye el deber de prevenir que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación por otras personas, por ejemplo grupos económicos dominantes, en aspectos diversos como acceso a la tierra, al agua, al mercado, al trabajo.

La obligación de *garantizar* el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, por ejemplo en casos de emergencia en los cuales el Estado debe agotar hasta el máximo de sus recursos para satisfacer las necesidades alimentarias. La obligación de garantizar el derecho puede cumplirse por ejemplo recurriendo a la ayuda internacional para adquirir mayores recursos (art. 11.2 PIDESC) o implementando una reforma agraria con el fin de mejorar la producción y distribución de los alimentos. Señala el autor que es difícil anticipar en abstracto qué medidas debe adoptar en cada situación un Estado para satisfacer adecuadamente su obligación de garantizar el derecho, pero lo cierto es que el Estado habrá violado

estadounidense Franklin D. Roosevelt en su mensaje de 1944 al Congreso como pionero de la noción de interdependencia: «Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres» (Decimoprimero mensaje anual al Congreso de los Estados Unidos, 11 de enero de 1944, citado en H. Steiner y P. Alston, *op. cit.*, p. 258). Desde el campo de la filosofía del derecho, se afirma que «la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor» y que «bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un 'ámbito vital dominado por ellos' sino que depende esencialmente de actividades estatales» (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 486-487). En sentido similar, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 9-32.

claramente el precepto cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

La cuestión de los medios que ha de adoptar el Estado es trasladable a la obligación de *promover* el derecho a la alimentación, pues se trata de medidas de largo alcance que en algunos casos podrían consistir, sostiene van Hoof, en la implementación de programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola²⁶.

Por razones puramente convencionales —entre ellas, la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de un esquema similar al que emplearemos— tomaremos para este trabajo un esquema de tres niveles de obligaciones: obligaciones de *respeto*, obligaciones de *protección*, y obligaciones de *satisfacción* (que incluyen las que van Hoof denomina obligaciones de *garantía* y de *promoción*).

Como puede apreciarse, amén de la aplicación que hace van Hoof al derecho a la alimentación, el esquema de «niveles» de obligaciones es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean éstos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física y psíquica (y correlativas prohibiciones de muerte y tortura) —derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos— ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger y satisfacer estos derechos, a través de medidas diversas que van desde la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos, el juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales a sus perpetradores, la reparación a las víctimas, la modificación de la legislación que establezca fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura, la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad, la inclusión de formas de educación en derechos humanos en los planes de estudio regulares, etcétera.

El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción,

26. Cf. G. H. J. van Hoof, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights...», cit., p. 99.

la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia «juridicidad» de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Esta subordinación, denominada «condicionante económico», relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados «derechos de segunda categoría»²⁷.

Cabe repetir que esta objeción parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta²⁸. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerá la extensión y alcances de la exigibilidad de uno y de otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de ejercicio del derecho de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, etcétera.

En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que pueden exigirse del Estado. Con cierto automatismo, suele vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obliga-

27. J. M. Barbalet, *Citizenship, Rights, Struggle and Class Inequality*, Londres, 1988, p. 82; R. Plant, «Needs, Agency and Welfare Rights», en J. D. Moon (ed.), *Responsibility, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*, Boulder, 1988.

28. Cf., en el mismo sentido, la opinión de Alexy, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo a su denominación, «derechos a acciones positivas del Estado». Éstos incluirían los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento (que a su vez subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la participación en la formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419-501).

ciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados²⁹:

«a) Por un lado, algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de *establecer algún tipo de regulación*, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido³⁰. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada³¹. En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o

29. Cf. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 55-57 y 146-147; J. J. G. Canotilho, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (1988), p. 247.

30. Alexy afirma que «(u)na acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un *acto jurídico*. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ella son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el *acto jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el *acto jurídico* de fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial no sería posible el *acto jurídico* de celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, no sería posible el *acto jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el *acto jurídico* del sufragio. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como *acciones institucionales*. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual» (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 189-190). Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las «acciones jurídicas institucionales» no sólo son imposibilitadas cuando se deroga las normas que para ellas son constitutivas, sino también cuando no se las crea. Si la constitución o un pacto de derechos humanos establece derechos cuyo ejercicio depende conceptualmente de la creación de normas, esto implica la obligación estatal positiva de crear estas normas. Alexy retoma el punto cuando trata los derechos acciones positivas, que distingue entre derechos a acciones positivas *facticas*, y a acciones positivas *normativas*. Los derechos a acciones positivas *normativas* son «derechos a actos estatales de imposición de norma». Cf. R. Alexy, *op. cit.*, pp. 194-195.

31. En opinión de Trujillo Pérez, por ejemplo, «(p)ara que un derecho sea accionable es necesaria una intervención del legislador y del Estado organizador de instituciones: ambas condiciones son referibles sea a los derechos de libertad, sea a los derechos sociales, tornándose superflua la distinción entre éstos» («La questione dei diritti sociali», cit., p. 54).

a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia.

Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición³². Aún más, la sola creación de una norma permisiva que faculte para celebrar un acto de creación o de incorporación a una institución —verbigracia, de una norma que establezca los requisitos para casarse, para crear un sindicato, una asociación o un partido político, para presentarse como candidato a un cargo, para requerir información pública a los poderes del Estado, etc.— resultaría insuficiente para gozar plenamente de los derechos a los que se alude. El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas —por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.—, de prohibiciones para el Estado —por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio— o incluso de mandatos para el Estado —obligación de reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales.

b) En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas,

32. Entender muchos de los denominados derechos civiles como mera ausencia de prohibición importa confundir, por ejemplo, la estructura del derecho a asociarse o a contratar con la del derecho a rascarse la cabeza o a mirar el cielo. La enumeración en una constitución de todas las conductas no prohibidas sería absurda, mientras que nos parece sumamente relevante la enumeración de normas que establecen facultades.

o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparte esta característica, del mismo modo que la relativamente reciente normativa de defensa del consumidor y de protección del medio ambiente. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etc., tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de *establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados*. Lo mismo cabe decir con respecto a las normas que regulan las relaciones de consumo y con las referidas al establecimiento de obligaciones ambientales.

En otros supuestos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo que promueva o favorezca el acceso de sectores de menores recursos a bienes tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino a vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se limitan al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona «el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora», supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros, y no sólo al propio Estado.

c) Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público —por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no

pueden pagar un abogado particular, o la organización del sistema educativo público—, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas públicas/privadas de cobertura —por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo—, la gestión pública de créditos diferenciales —por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda—, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etcétera.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que puede abarcar un derecho es sumamente variado. Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas. El capítulo III aportará ejemplos concretos de estas alternativas.

Por último, de acuerdo con algunas posiciones teóricas, las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales superan el marco del Estado y deben situarse en el plano de la cooperación internacional. Más allá de las atendibles razones de esta postura, el marco de este trabajo sigue refiriéndose a las obligaciones concretas que asume el Estado cuando adopta cláusulas constitucionales o un instrumento internacional que consagra derechos económicos, sociales y culturales. Ello, debido a que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria³³. Nuestra intención es la de señalar

33. Esta idea resulta también aplicable a los llamados derechos civiles y políticos. La prohibición de la tortura, o el establecimiento de garantías procesales para los imputados, por ejemplo, suponen una autolimitación de la política de persecución penal del estado, que por supuesto puede ser evaluada en términos presupuestarios. Tanto en el caso de los derechos civiles y políticos, como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se impone un catálogo de prioridades en la disposición de fondos presupuestarios, cuyo cumplimiento es perfectamente verificable. Cf. L. Ferrajoli, «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 19-28.

la necesidad de implementación de formas concretas de exigir el cumplimiento de esta autolimitación por parte del sujeto obligado (el Estado) y por iniciativa de los sujetos beneficiarios (las personas).

1.2. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*

La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos³⁴. Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y —en el plano internacional— en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho³⁵.

Aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (por ejemplo, del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre —art. 11.1 y 11.2 PIDESC—) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida³⁶. Considerar plenamente un

34. Hartley Dean denomina este proceso la juridificación del bienestar (cf. «The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance», en A. Kjonstad y J. Wilson [eds.], *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1995, pp. 3-27).

35. Ver, en este sentido, International Human Rights Internship Program, *Una onda en aguas tranquilas*, Washington, 1997, p. 15.

36. Cf. al respecto la posición clásica de Kelsen: «Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica —especialmente un tribunal— tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción —demanda o que-

derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular/acreedor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho³⁷.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es éste quizá el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas cons-

ja— del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja» (H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, México, 1994, pp. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que «(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión» (L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, 2001, p. 917).

37. Alexy recalca la necesidad de distinguir conceptualmente entre el nivel de enunciados sobre derechos (tales como «a tiene un derecho a G») y enunciados sobre protección (tales como «a puede reclamar la violación de su derecho a G a través de una demanda»). Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 180-183. En el mismo sentido, J. J. G. Canotilho, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», cit., p. 252. Es probable que ambos tipos de proposiciones no sean coextensos: tener un derecho parece además connotar un fundamento legítimo para realizar una acción o acceder a un bien, mientras que poder reclamar es sólo un aspecto vinculado con la protección de esa posibilidad. De todos modos, el problema conceptual es el de la relación entre ambos niveles: si el poder de reclamar la protección forma *necesariamente* parte de la noción de derecho. Sin pretender resolver el problema, señalamos que la noción de derecho subjetivo debe comprender al menos algún poder de reclamo. Exigir estipulativamente poder de reclamo en *todo* caso de violación del derecho llevaría a conclusiones paradójicas: ninguno de los derechos estipulados en las constituciones de países occidentales reuniría esta característica. El derecho de propiedad, por ejemplo, que constituye la imagen o modelo alrededor de la cual giran las teorizaciones modernas sobre el derecho subjetivo, sufre restricciones en las posibilidades de reclamo cuando el que afecta el derecho es el Estado: en la tradición administrativa continental, las sentencias contra el Estado sólo tienen efecto declarativo y carecen de ejecutabilidad. Puede enumerarse otras restricciones a la posibilidad de reclamo ante la afectación del derecho de propiedad: insolvencia del deudor, protección de los bienes del deudor por el régimen de bien de familia, situación de emergencia económica, etcétera. Nadie en su sano juicio, sin embargo, negaría al derecho de propiedad el carácter de derecho por estas restricciones.

titucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto.

En opinión de Scheinin³⁸ —en referencia al derecho internacional de los derechos humanos—, entre las razones que dificultan el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales hay algunas falsas y otras verdaderas. Entre las razones falsas señala las concepciones que predicán la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debida principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables³⁹. Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brinda la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho sub-

38. M. Scheinin, «Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties», en K. Drzewicki, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Turku, 1994, pp. 73-87.

39. Cf., al respecto, el voto separado del juez Piza Escalante, en la OC-4/84, del 19 de enero de 1984, «Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización», de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su punto 6: «[...] la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, 'exigibles directamente por sí mismos', y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, 'exigibles indirectamente', a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva».

jetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal⁴⁰. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surge del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Algunas de las facetas que se señalan al respecto están vinculadas con el carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales⁴¹, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, o bien la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente. Aun advirtiendo esta dificultad teórica —que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de algunas obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales— es necesario realizar un análisis teórico pormenorizado para deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de derechos económicos, sociales y culturales resulte corregible mediante la actuación judicial. Cabe agregar, además, que de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas⁴² susceptible de ser modificado.

40. Ver, al respecto, el lúcido análisis de José Reinaldo de Lima Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito», en J. E. Faria (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994, pp. 114-138.

41. Ver, en sentido similar, la observación de Bujosa Vadell, comentando las *class actions* del orden federal estadounidense: «Aun conscientes de la diversidad de contexto jurídico en el que nos desenvolvemos y con los usuales riesgos del estudio comparativo, consideramos útil un detenido examen del procedimiento regulado en la Rule 23 FRCP, introduciéndolo en el debate español de *lege ferenda* acerca de nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos, si bien respetando suficientemente las garantías individuales» (L. Bujosa Vadell, «El procedimiento de las acciones de grupo [*class actions*] en los Estados Unidos de América»: *Revista Justicia* 94/1 [1994], p. 68).

42. Una «laguna» que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo a la terminología de Ferrajoli («El derecho como sistema de garantías», cit., p. 24). Ferrajoli señala que «(h)ay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos los

Por un lado, como hemos dicho, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Además de algunos de los ejemplos dados, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cf. art. 2.2 PIDESC), que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado. Este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a

derechos sociales nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho» (*Ibid.*, p. 30).

En sentido similar, refiriéndose al contexto estadounidense, Archibald Cox afirma que «la aceptada filosofía doméstica de los siglos dieciocho y diecinueve en los Estados Unidos impuso al gobierno principalmente el deber de impedir formas extremas de agresión de un hombre contra otro, más allá de lo cual dejó que los hombres solos forjaran su propia salvación espiritual y económica. En la década de 1930 la filosofía política llegó a aceptar en teoría, al igual que en la práctica, el principio de que el gobierno no es un mero policía, sino que tiene obligaciones afirmativas para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos: subsistencia, vivienda, empleos, educación y, más recientemente, atención médica. De algún modo el derecho constitucional debe hacer frente al cambio. A medida que aumenta la dependencia del ciudadano frente al gobierno, se acrecentará también la proporción de casos en los cuales las consecuencias críticas de la libertad humana, la igualdad y la dignidad dependen de lo bien que el gobierno satisfaga sus obligaciones, más bien que de la alternativa de que el gobierno deje al individuo librado a sí mismo. La Corte cumplirá a duras penas su función histórica de proteger al individuo en su relación con el Estado, a menos que puedan adaptarse los derechos constitucionales substantivos y los procesos de fundamentación jurídica constitucional, de manera de retener su vitalidad a pesar de las dificultades que el nuevo medio depara. Éste es el próximo gran desafío del constitucionalismo norteamericano» (A. Cox, *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*, Buenos Aires, 1980, pp. 118-119).

partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera que respete el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Éste es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho eco-

nómico, social y cultural. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido *a priori* (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o *a posteriori* (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*⁴³, las numerosas decisiones judiciales indivi-

43. Cf. Código Brasileño de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), art. 81. Ver, al respecto, A. H. Benjamin, «A insurreição da aldeia global contro o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do medio ambiente e do

duales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tanto en el caso del párrafo anterior —pluralidad de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables— como en el de este párrafo —decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia, y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos— las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, «el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre»⁴⁴. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos⁴⁵. Ahora bien, uno de los

consumidor», en E. Milaré *et al.*, *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*, San Pablo, 1995, pp. 96-98; P. T. Brandão, *Ação Civil Pública*, Florianópolis, 1998, pp. 96-99.

44. J. Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais...», cit., p. 136.

45. Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de desegregación racial del sistema educativo público, y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales, ofrecen ejemplos de estos casos-límite de activismo judicial. Evidentemente, el activismo judicial es motivado por la gravedad de la violación a los derechos en cuestión. Ver, como ejemplo de estos casos, *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp 373 (M. D. Ala 1972). Para un recuento no ingenuo de la imposición judicial de deberes afirmativos de amplísimo alcance al gobierno en el contexto estadounidense, ver A. Cox, *El rol de la Suprema Corte en el gobierno norteamericano*, cit., caps. III y IV. Después de señalar las dificultades a las que se enfrenta

sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que «comunique» a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es «puesto en mora» por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por último, y como ya lo hemos adelantado, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales —surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado— resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. Ya hemos dicho que en muchos casos puede reconducirse la exigencia de derechos

el Poder Judicial para llevar a cabo la imposición de obligaciones positivas de gran escala, Cox concluye: «Lejos estoy de sugerir que la decisión en los casos de desegregación escolar fue errónea, aun en el sentido más técnico. El haber adherido a la doctrina «separados pero iguales» hubiera sido ignorar no sólo la revolución que sacude al mundo, sino el sentido moral de la civilización. La ley debe ser obligatoria, aun en el tribunal más elevado, pero también debe contemplar las necesidades de los hombres y armonizar con sus sensibilidades éticas. El dilema estriba en la raíz de la jurisprudencia anglo-americana. Siempre hubo ocasiones en las que los tribunales, para plasmar la ley según estos objetivos, han tenido que pagar el precio de revelar que los jueces a veces logran que la ley se adapte y ajuste a la ocasión. Tampoco debemos olvidar que de no pagar ese precio hasta puede frustrarse el objetivo de obtener anuencia voluntaria, porque la ley, para imponer acatamiento, debe merecerlo» (*Ibid.*, pp. 132-133).

económicos, sociales y culturales al reclamo de derechos civiles y políticos, y en estos casos los mecanismos procesales tradicionales resultan al menos parcialmente adecuados. Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que —como se ha dicho— más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos⁴⁶. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, la acción civil pública y los *mandados de segurança* y de *injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar además que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica justamente en los privilegios con los que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De modo que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de accio-

46. Cf. al respecto la opinión de Ferrajoli: «Más difícil resulta hallar el equilibrio en materia de derechos sociales, aunque sólo sea porque las correspondientes técnicas de garantía son más difíciles y están bastante menos elaboradas... (Sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino ya de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación a los poderes públicos» (*Derecho y razón*, cit., pp. 917-918).

nes capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación⁴⁷. En palabras de Alexy:

Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución⁴⁸.

1.3. Apéndice: ¿Tiene algún sentido mantener la categoría de «derechos sociales»?

Si, como venimos sosteniendo, la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales no puede fundarse sobre argumentos de orden lógico-deontológico, ni sobre la presencia o ausencia de características tales como la exigibilidad judicial, cabe preguntarse entonces si mantener la distinción tiene algún sentido, o bien, dicho de otro modo, si existe algún factor que permita justificar la distinción. En nuestra opinión, la distinción sólo es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas⁴⁹ o matrices político-ideológicas diferentes de regu-

47. Cf., para el caso del derecho a la salud, V. Leary, «Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y derecho a la salud»: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* 55 (1995), pp. 91-110, con interesante citas jurisprudenciales.

48. Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 497.

49. El uso de la noción de paradigma o matriz disciplinaria está inspirado en la noción desarrollada por Kuhn para las ciencias naturales (cf. Th. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1971). Hemos empleado la noción, refiriéndola al derecho, en V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 22 (1994), pp. 54-63. En sentido relativamente similar utiliza el término Jürgen Habermas, en *Facticidad y validez* (Madrid, 2001, cap. IX, «Paradigmas del derecho»), definiéndolo como las «imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho, o, dicho en términos generales, dan una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica» (*Ibid.*, p. 473).

lación jurídica, y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivizados los diversos derechos. Dedicaremos este apéndice a analizar sumariamente algunas líneas descriptivas que permitan diferenciar estos paradigmas de regulación.

Para empezar, es conveniente efectuar algunas aclaraciones metodológicas. El intento de descripción de dos paradigmas o matrices disciplinarias de regulación jurídica supone la tarea de delinear dos tipos ideales, útiles —creemos— a efectos analíticos y explicativos, pero que no pretenden captar de modo exhaustivo la enorme complejidad de la realidad histórica y normativa de todos los países en los que ha operado la distinción entre derechos civiles y derechos sociales. La utilidad está dada por la posibilidad de captar rasgos característicos que dan sentido al empleo de los distintos términos —civil, social— en ejemplos paradigmáticos, pero por supuesto resulta posible encontrar ejemplos de regulación jurídica de derechos en los que coexisten rasgos de las dos matrices disciplinarias, o frente a los cuales la fertilidad explicativa de los dos tipos ideales es escasa. Esto no debería causar mayor alarma epistemológica: la realidad —aun la de entes convencionales tales como las normas jurídicas y el empleo de términos o clasificaciones— resulta con frecuencia mucho más rica, variada, multiforme y contradictoria que las categorías analíticas que inventamos para ordenarla. Suponer que actividades tales como la sanción de normas legales y la creación de categorías jurídicas siguen un patrón unívoco de racionalidad, cuando dependen de la interacción sucesiva de una multiplicidad de actores, de factores político-ideológicos y de intereses y motivaciones no necesariamente racionales, constituye un error evidente. Sin embargo, esta aseveración no resta sentido al esfuerzo por encontrar algunas regularidades en el empleo común de un término y describir las notas características y los presupuestos de esas regularidades. En ciencias sociales, la evaluación del rendimiento de una categoría teórica no debería depender de su capacidad para explicar de manera *absoluta* un fenómeno —en nuestro caso, el empleo de la clasificación derecho civil/derecho social—, sino de su potencialidad para explicarlo de manera más o menos completa. Esto, sin embargo, en términos de rendimiento, es mejor que renunciar a toda explicación —y afirmar, por ejemplo, que el uso de la clasificación no responde a ningún patrón y es completamente arbitrario.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el intento de explicar teóricamente el uso de un término debe al menos dar cuenta histórica de los rasgos fundamentales de su uso *pasado*: aunque esta-

blecer estipulativamente las condiciones de «uso correcto» de un término *ex nunc* resulte permisible desde el punto de vista lógico, el rendimiento teórico de esa estipulación será pobre si deja de lado los ejemplos históricos más relevantes de uso de ese término. Por ejemplo: si la estipulación de las condiciones de empleo del término «derecho social», fundada en razones analíticas, deja de lado la positivización histórica de las normas de derecho laboral, por más irreprochable que sea desde el punto de vista lógico, será seriamente deficiente desde el ángulo de su capacidad de explicación retrospectiva. Dicho en otros términos: la potencialidad explicativa de un tipo ideal está indudablemente relacionada con la posibilidad de captar o dar cuenta de los rasgos relevantes de tipos históricos. El notorio apartamiento del empleo histórico de un término constituye un indicio de inadecuación de la estipulación analítica que se haga. Esto importa, por lo menos, la necesidad de elaborar categorías analíticas que tengan en cuenta, por ejemplo, el sentido en que se ha hablado históricamente de constitucionalismo social, de ramas del derecho social, de tribunales en lo social, o la distinción entre pactos internacionales de derechos civiles y pactos de derechos sociales, etcétera.

La noción de paradigma de regulación jurídica es una construcción que intenta explicar un conjunto de soluciones técnico-jurídicas a partir de la asunción de una determinada teoría de las funciones que debe asumir el Estado, y de una teoría acerca de las vinculaciones entre individuo y sociedad. Es evidente que la construcción de tipos ideales no puede ser más que una generalización gruesa, que permite explicaciones a grandes rasgos a costa de sacrificar matices y particularidades. La exposición de la asunción de una teoría del Estado y de una teoría de las relaciones entre individuo y sociedad no puede ser, en este contexto, más que un boceto elemental, referido a aspectos que definen de manera sumamente general los aspectos más notorios de esas teorías, sin pretender en absoluto dar cuenta de la gran riqueza de formulaciones teóricas particulares en las que se funda aquella abstracción. Con todos estos resguardos, creemos, sin embargo, que la generalización es útil, al menos para dar cuenta de fenómenos tales como el surgimiento histórico de nuevas ramas del derecho, de nuevos espacios de autonomía académica, o de nuevas soluciones técnico-jurídicas ante una percepción distinta de las necesidades de regulación de ciertas áreas de la vida social.

Pues bien, dicho esto, pasamos a la descripción de dos paradigmas o modelos distintos de regulación jurídica, que denominaremos respectivamente modelo del «derecho privado clásico» y modelo del «derecho social». Históricamente, el primero abstrae los rasgos más

notorios de la codificación civil continental europea, y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón, en los siglos XVIII y XIX. El segundo pretende captar los aspectos definitorios de un ciclo iniciado en Europa con la modificación de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral, a fines del siglo XIX, y completado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en campos tales como la educación, la salud y la seguridad social, durante gran parte del siglo XX.

¿Cuáles son los rasgos que caracterizan el tipo de regulación jurídica del *modelo del derecho privado clásico*? Se trata de la transcripción en términos jurídicos de los presupuestos y prescripciones de la economía política clásica, de modo que no es difícil reconocer en las construcciones jurídicas positivizadas a partir de ese modelo la teoría liberal acerca de las funciones del Estado y la teoría sobre las relaciones entre individuo⁵⁰ y sociedad típicas de aquella formulación. Así, por ejemplo, pueden anotarse brevemente:

- la unidad de análisis de la acción humana es individual;
- se presume la racionalidad del sujeto actuante, y su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él;
- se postula que el mercado es el mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos;
- la sociedad se considera en equilibrio o en situación de estabilidad. La desestabilización o el desequilibrio causados voluntariamente requerirán mecanismos de re-equilibrio;
- las funciones que se asignan al Estado son el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable, que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección de la situación de equilibrio, y su restablecimiento en los casos en los que la modificación se haya producido través de mecanismos no permitidos.

Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:

- la construcción de sujetos de derecho individuales;
- la equivalencia de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes;
- la consagración del principio de autonomía de la voluntad, y del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios; en un escalón similar, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, tales como el dolo y la culpa;

50. Cf. R. Lo Vuolo, «Economía política del Estado de Bienestar: mitología neoliberal y keynesianismo populista», en E. Isauni, R. Lo Vuolo y E. Teti Fanfani, *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, Buenos Aires, 1991, p. 34.

- la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), protección de bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la producción ilícita de daño o el incumplimiento de lo pactado contractualmente (justicia civil) y, en los casos de afectaciones más graves, la imposición de sanciones penales (justicia penal);
- el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de la legitimación es la afectación individual de derechos.

Presentado este modelo, resulta más fácil comprender cómo se adecua la construcción de los llamados derechos civiles (o derechos de libertad o de autonomía) a su entramado. La elaboración técnica de las posiciones jurídicas individuales tradicionalmente denominadas derechos civiles responde a la necesidad de configurar jurídicamente un espacio autónomo de actuación, en el que la interferencia estatal en las decisiones adoptadas por los individuos sea mínima. Aunque aquel espacio involucre ámbitos variados de actuación —desarrollo de la personalidad, relaciones afectivas, cultura, política, religión, expresión de ideas, arte, ocio, etc., y no sólo la economía—, dada la hegemonía en este modelo del papel del mercado, gran parte de la construcción jurídica de la noción de derecho subjetivo y de su protección jurisdiccional giró alrededor del aseguramiento de derechos patrimoniales⁵¹. Este entramado asigna, claro está, preeminencia al contrato como técnica de distribución e intercambio de bienes. Lo que resulta relevante destacar es que, tematizada desde este esquema, la regulación de cualquier área de interacción humana tiende a poner énfasis en el papel que juega la voluntad individual en la realización del derecho⁵². De este modo, los derechos quedan configurados como

51. Esto explica, por ejemplo, las dificultades de tratamiento jurídico de bienes no patrimoniales, tales como la vida, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o los denominados derechos personalísimos. El intento de tematizar estos bienes a través de la red conceptual del derecho privado clásico consiste generalmente en la traducción de su afectación a términos de rendimiento económico —«pérdida de *chance*», «frustración del plan de vida», «lucro cesante», etcétera—, que evidentemente captan de modo muy limitado la riqueza teórica y filosófica que subyace a aquéllos. Ver sobre el punto las agudas reflexiones de Juan Ramón Capella, «Límites de la democratización capitalista», en *Los ciudadanos siervos*, Madrid, 1993, pp. 71-77. En sentido similar, P. Barcellona, *El individualismo propietario*, Madrid, 1996, pp. 55-66. Ver también el análisis de Jose Reinaldo de Lima Lopes sobre las vinculaciones entre la noción de derecho subjetivo, la noción de propiedad y la concepción tradicional de la noción de legitimación procesal en «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito», cit., pp. 116-124.

52. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 483: «Esta 'sociedad de derecho privado' estaba cortada a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, sobre

libertades o facultades: libertad de aprender y enseñar, libertad de conciencia, libertad de trabajar, libertad religiosa, libertad de expresión, libertad ambulatoria, libertad de actuación salvo existencia expresa de prohibición (penal, por ejemplo), libertad de formar una familia, etc. No resulta extraño, en este contexto, que el valor resaltado por este modelo sea el de la libertad⁵³.

Vale volver a decir aquí que el modelo *no* se define por el carácter de las obligaciones del Estado: la tarea de definición de los derechos, su protección y su reestablecimiento en caso de violación supone obligaciones positivas del Estado, y en todo caso injerencia, actividad estatal, no sólo abstención. Sin embargo, de donde se excluye (tendencialmente, claro) al Estado en este modelo es de la posibilidad de tomar decisiones que desplacen a las decisiones individuales o que afecten bienes sujetos a decisión individual⁵⁴.

El modelo del *derecho social* no es un modelo que sustituya completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último⁵⁵. La articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos y postulados del modelo del derecho privado clásico —sin, por ello, desbancarlos completamente—. Esto es notorio, por ejemplo, en el campo de los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo⁵⁶. Por otro lado, se señalan las limitaciones de los mecanis-

todo en su papel de participantes en el mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses».

53. Cf. F. von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I (*Normas y orden*) Madrid, 1978, y vol. III (*El orden político de una sociedad libre*), Madrid, 1982, y el influyente ensayo de Isaiah Berlin, «Dos conceptos de libertad», en *Íd.*, *Libertad y necesidad en la historia*, Madrid, 1974, pp. 133-182.

54. Tampoco es ésta una cuestión exenta de problemas de interpretación, en la medida en que la noción de decisión individual no es un «objeto natural» y también precisa ser definida —de modo que en este modelo son comunes las discusiones sobre qué signo debe tomarse como expresión de una decisión, o cuándo debe tomarse una decisión por definitiva, cuál es la manifestación que debe tomarse por verdadera ante signos contradictorios, etc.—. Cf. R. W. Gordon, «Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, 2001, pp. 364-366.

55. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 483: «El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués». Ver, en el mismo sentido, F. Ewald, «El concepto de derecho social»: *Revista Contextos* 1 (1999), p. 101-134; *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité*, Paris, 1999, y la reconstrucción histórica de José Luis Monereo en *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, 1999, cap. 1.

56. Cf. F. Ewald, «El concepto de derecho social», cit., p. 102: «Lo que convierte al viejo sistema legal [el derecho privado clásico] en uno nuevo [el derecho social] es la

mos del derecho privado clásico, sosteniéndose la necesidad de intervención estatal cuando el funcionamiento del mercado no garantice resultados aceptables⁵⁷. La construcción de este modelo jurídico es uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia. Sumariamente, podemos apuntar entre los postulados que informan el modelo de derecho social:

—la introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva. Esta dimensión incorpora conceptos analíticos colectivos —como los de clase social, grupo, etnia, raza, género— y la idea de mediación social de toda acción individual y de toda interacción humana;

—el señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él. Estos límites estarían marcados por diversos factores: la constatación de motivaciones irracionales en los seres humanos, su voluntad cambiante, el efecto de presiones colectivas, la falta o el carácter incompleto de la información disponible, la diferencia de poder de los sujetos interactuantes, la necesidad, la coacción, etc.;

—la generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico. A ella se agregan otros factores, tales como la igualdad y la equidad. De manera que la intervención en el mercado puede justificarse a partir de otros valores;

—la sociedad se considera en estado de conflicto permanente: esto genera mecanismos de negociación y tregua precaria que se renuevan constantemente;

manera de pensar sobre las relaciones del todo y sus partes, sobre las relaciones mutuas de los individuos, sobre el conjunto en que se establece a partir de allí; en síntesis, la manera en que se concibe el contrato social. Mientras el contrato clásico era analizado como una relación inmediata entre individuos autónomos y soberanos, de la cual surgía un Estado con poderes limitados a garantizar los contratos celebrados sin su concurrencia, en el concepto de contrato del derecho social el todo tiene una existencia propia independiente de las partes —ya no se trata del «Estado», sino de la «sociedad»— y las partes nunca asumen obligaciones directamente, sin pasar por la mediación del todo. El término «socialización» designa esta forma de concebir las obligaciones, en la que el nexo entre uno y otro individuo siempre es mediado por la sociedad que forman, la que juega un papel regulatorio, mediador y redistributivo».

57. Ver al respecto M. J. Añón, «El test de la inclusión: los derechos sociales», en A. Antón (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, 2000, pp. 148-191. La autora sostiene que «el debate sobre los derechos sociales y la ciudadanía nos conduce hacia uno de los presupuestos tácitos de estos derechos. Me refiero a la aceptación de la responsabilidad por las necesidades del bienestar de los ciudadanos. Esta idea, ciertamente, supone plasmar a través de políticas sociales un principio de justicia distributiva: a cada cual según sus necesidades» (*Ibid.*, pp. 152-153).

—las funciones que se asignan al Estado se multiplican: el Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de qué áreas de la interacción humana quedarán libradas al funcionamiento del mercado, y qué áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas. La orientación de esta acción estatal se dirige a redistribuir o estabilizar ingresos, haciendo accesibles bienes y servicios a sectores de la población desfavorecidos por el mercado: el Estado pretende así equiparar o compensar desigualdades sociales que se consideran indeseables⁵⁸. Típicamente, el Estado desmercantiliza⁵⁹ o interviene áreas que se juzgan esenciales para el mantenimiento de estándares mínimos de vida para todo ser humano: trabajo, salud, educación, transporte, vivienda, consumo, medio ambiente, etc.⁶⁰. En una fase más cercana a nuestros días, el Estado ha incorporado otras funciones inspiradas en una orientación similar, como la de proteger las diferencias que se estiman valorables y promover el acceso de grupos sociales históricamente postergados a instituciones o actividades en los que estuvieran subrepresentados⁶¹.

Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:

—la introducción de dimensiones colectivas en el derecho: entre ellas, la construcción de sujetos de derecho colectivos (tales como sindicatos o asociaciones de consumidores) y la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas, que desplazan a las individuales (como los convenios colectivos de trabajo), o bien la construcción de categorías colectivas o grupales (trabajador/empleador, consumidor/profesional, beneficiario de un servicio social, miem-

58. En términos de Mazziotti, «función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales» (M. Mazziotti, «Diritti sociali», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1964, p. 804).

59. La introducción del término se debe a Karl Polanyi (*La gran transformación*, Madrid, 1997); G. Esping-Andersen, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Valencia, 1993, pp. 57-80; R. Titmuss, *Política social*, Barcelona, 1980, pp. 62-80.

60. Para un análisis comparado de la juridificación de las relaciones de trabajo y de las relaciones de consumo de acuerdo al modelo del derecho social, cf. V. Abramovich y C. Courtis, «Los anillos de la serpiente...», cit., pp. 54-63.

61. Sobre las continuidades y rupturas de la intervención estatal a favor de la redistribución de recursos y la intervención a favor del reconocimiento y promoción de la posición de grupos desaventajados, vale la pena repasar el debate entre autoras feministas como Iris Marion Young y Nancy Fraser: cf. I. M. Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, 2000, y «Vida política y diferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal», en C. Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, 1996, pp. 999-126; N. Fraser, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición «postsocialista»*, Bogotá, 1997, caps. 1 y 8; ver también M. J. Afión, «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en F. J. Lucas Martín (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, pp. 43-118.

bro de un grupo vulnerable, etc.), de cuya pertenencia depende el tratamiento jurídico recibido;

—la consideración de desigualdades materiales, de poder político y económico y de información entre distintas clases de sujetos de derecho, juridificada a través del trato desigual de sujetos ubicados en distintas posiciones. Consecuentemente, se generan principios de interpretación (como los principios *favor operari* y *favor consumatori*) y reglas procesales (como la inversión de la carga probatoria acreditado el daño en la relación laboral, o el establecimiento de presunciones procesales a favor de la parte considerada más débil) acordes con ese tratamiento desigual;

—el establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. Los mecanismos típicos del derecho social en esta materia son varios: el establecimiento de mínimos de interés público indisponibles por los individuos, fundados en la necesidad de protección de valores tales como la salud, la seguridad, la dignidad (por ejemplo, el llamado «orden público laboral» o el «orden público de consumo»), la nulidad de cláusulas contractuales consideradas abusivas o engañosas, el control estatal (*a priori* y *a posteriori*) de la oferta pública de bienes y servicios, etc.;

—el desplazamiento o limitación del ámbito de actuación de mecanismos contractuales, o su sustancial regulación estatal. La desmercantilización se expresa en términos jurídicos en el avance del derecho público sobre el área en cuestión, generalmente a partir de la organización de un servicio público, de la regulación estatal de los ámbitos librados a la gestión privada, o del establecimiento de agencias de regulación. En esta tendencia, el Estado asume funciones de promoción de las oportunidades de grupos sociales desaventajados o históricamente postergados en ámbitos tales como el acceso al trabajo, la educación y la actividad política. Estas funciones se juridifican a través de medidas proactivas: por ejemplo, el establecimiento de cuotas, de criterios de preferencia o de incentivos fiscales, o exigencias de adecuación, aplicables en el ámbito público, en el de las relaciones del Estado con contratistas particulares, y aún en el de las relaciones entre particulares;

—la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil: la generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independiente de factores subjetivos;

—la ampliación de las funciones estatales: el Estado agrega nuevas áreas permanentes de injerencia, a través de su gestión directa, de

funciones de regulación y control, de la tutela de bienes colectivos o de su actuación como mediador/pacificador en ámbitos de negociación y de conflictos colectivos. Dado que estas áreas resultan juridificadas a partir de principios distintos a los del derecho privado clásico, se diversifican también las funciones de la Justicia, que amplía así sus esferas de actuación a la solución de conflictos que surgen de la aplicación de regímenes jurídicos especiales (como los de trabajo, consumo, etc.), y al control judicial de la actividad administrativa en las áreas desmercantilizadas;

—la incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales, en las que el actor legitimado representa intereses grupales o invoca la tutela de bienes colectivos (tales como las *class actions*, el amparo colectivo, la acción civil pública, las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores, etc.).

Resumiendo algunos de estos rasgos, Ewald caracteriza al derecho social por:

a) ser un *derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado;

b) ser un *derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación. Se trata de un modelo jurídico que tiende a concebir las relaciones legales como estructuralmente desigualitarias, rechazando la concepción del contrato en términos de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento;

c) hallarse ligado a una *sociología*, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las distintas clases o grupos sociales, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etc. Esta orientación sociológica desplaza a la filosofía o a la moral, fundamento de derecho privado clásico⁶².

Repasados los rasgos de este modelo de derecho, se hace aparente que los llamados «derechos sociales» son fruto del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas (individuales o colectivas) configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma. Ciertamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad —sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos⁶³, mejores oportunidades a grupos sociales pos-

62. F. Ewald, *L'Etat providence*, cit., pp. 451-452; cf. también «Le droit du travail: une légalité sans droit?»: *Droit Social* 11 (1985), pp. 723-728.

63. Cf. A. Baldassarre, «Diritti sociali», en *Enciclopedia giuridica* XI, Roma, 1989,

tergados, o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares—. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica⁶⁴.

Al respecto, cabe efectuar varias reflexiones. En primer lugar, dada la gran diversidad de funciones que el modelo de derecho social requiere del Estado, el tipo de posición subjetiva que pueda surgir de las distintas formas de intervención reviste también una enorme variedad: tanto el derecho individual a obtener una prestación médica del Estado, como el derecho del sindicato a realizar una huelga, como el derecho de los consumidores al control estatal de cláusulas abusivas frente a la oferta masiva de un producto, como el derecho del género femenino de ampliar su participación en la vida política, etc., son manifestaciones técnico-jurídicas de ese modelo y, sin embargo, su heterogeneidad deóntica y de contenido es palmaria. En este sentido, el uso de la categoría de «derechos sociales» apenas informa sobre la correspondencia de una solución técnico-jurídica a un modelo jurídico-político, pero no mucho más. El valor informativo del término no pasa de señalar un cierto aire de familia, pero difícilmente sirva para esclarecer la estructura deóntica de un variopinto conjunto de construcciones jurídicas muy distintas entre sí. Los derechos a prestaciones son sólo un ejemplo de estas construcciones, pero no el único y, en muchas áreas —como por ejemplo, el derecho de consumo, o el derecho antidiscriminatorio— ni siquiera el más importante.

Por otro lado, es evidente que la ampliación de funciones del Estado en el contexto del modelo de derecho social no necesariamente se ha traducido técnicamente en la configuración de derechos subjetivos según el modelo elaborado alrededor del paradigma del derecho privado clásico. En muchos casos, el Estado ha asumido esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos, sean éstos individuales o colectivos. Sin embargo, tampoco hay en la naturaleza del tipo de intervención estatal que

64. «La justificación teórica de los derechos sociales [radica] en el concepto de *liberación de determinadas formas de privación* y, por ende, su finalidad es la realización de la igualdad o, más precisamente, una síntesis entre libertad e igualdad».

64. Cf. M. J. Añón, «El test de la inclusión: los derechos sociales», cit., p. 153: «(U)na de las cuestiones más debatidas en este contexto es la articulación del principio de igualdad. Así, la atención de acuerdo con las necesidades y la articulación del principio de igualdad de oportunidades han afectado y afectan tanto a los equilibrios sociales como a la justicia social. Unido a ello, el principio de igualdad sustancial o material [...] enuncia una regla anti-abstencionista que impone remover los obstáculos que de hecho impiden ser iguales a los sujetos en condiciones dadas».

caracteriza al derecho social ningún «defecto» que impida elaborar derechos subjetivos reclamables individual o colectivamente. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad las prestaciones o intervenciones que las constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos⁶⁵. En estos casos, no hay ninguna imposibilidad conceptual o fáctica de construir derechos sociales tutelables judicialmente⁶⁶: tomarse en serio una constitución o un pacto de derechos humanos que consagran derechos sociales, si uno asigna a estos instrumentos no sólo valor normativo, sino un valor normativo supremo, destinado a limitar e imponer obligaciones a los poderes públicos, importa justamente reclamar esa construcción y no —como hacen muchos juristas— leer en el término «derecho», cuando se trata de derechos sociales, una expresión figurada o metafórica, tesis que sin embargo no sostendrían cuando se trata de interpretar derechos civiles.

Otro punto a comentar está dado por el uso del término derecho subjetivo. Aunque, como dijimos, el contexto político-ideológico que culminó en la articulación técnica de esta noción, y en la elaboración de garantías judiciales de tutela, asumió como imagen-modelo el derecho de propiedad, nada impide tomar conciencia de las limitaciones generadas por ese contexto, y adaptar la construcción a las particularidades de otras necesidades de regulación, como por ejemplo, la dimensión colectiva de algunos conflictos o reclamos, o las peculiaridades de una condena que establece obligaciones de hacer. Y es que estas particularidades no son lo suficientemente importantes como para requerir el abandono del uso de un término cuyas connotaciones más importantes —tales como la legitimidad de la reivindicación y el poder de reclamo ante una autoridad imparcial en caso de incumplimiento— se pretende preservar.

Esta observación nos lleva a otra cuestión que también es importante remarcar: como ya a esta altura debe haber quedado claro, la

65. Cf. L. Ferrajoli, «Estado social y Estado de derecho», en *Garantismo y filosofía del derecho*, Bogotá, 2000, pp. 65-91. Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales, fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público. Ver, al respecto, R. Lo Vuolo, A. Barbeito, L. Pautassi y C. Rodríguez, *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Buenos Aires, 2000, pp. 191-202.

66. De hecho, muchos de ellos, en especial los vinculados con la relación de trabajo, han sido elaborados de ese modo.

no exhaustividad —y, más aún, la relativa plasticidad— de los rasgos que caracterizan a los modelos de derecho privado clásico y derecho social, y de las nociones de «derechos civiles» y «derechos sociales», hacen que resulte en cierto modo estéril intentar encorsetar en estas categorías algunos principios y garantías, de los que además se derivan derechos. Por ejemplo, gran parte de los elementos componentes de la denominada garantía del «debido proceso», como el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio procesal de igualdad de armas o el derecho a producir prueba de descargo, difícilmente puedan adscribirse con mayor sentido a uno de esos modelos. A lo sumo, puede destacarse algún rasgo típico de un modelo ante soluciones procesales específicas —por ejemplo, el principio interpretativo *favor operari*, la inversión de la carga probatoria en la hipótesis de sobrefacturación en materia de servicios públicos domiciliarios o el derecho a asistencia letrada proporcionada por el Estado en caso de imposibilidad de costear los servicios de un abogado ante una acusación penal, parecen responder a principios explicativos más acordes con el paradigma del derecho social—. Aun a riesgo de ser excesivamente genérico, puede decirse que muchos derechos de corte instrumental, como las garantías procesales, o el derecho a la información, o bien aquellos derechos definitorios de los elementos mínimos indispensables para participar de la vida en términos jurídicos, como el derecho a la vida, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, o los denominados derechos personalísimos, informan tanto el modelo del derecho privado clásico como el del derecho social. Poco sentido tiene intentar encasillar estos derechos en una única categoría, ya que representan presupuestos para el ejercicio tanto de derechos civiles como de derechos sociales. Y es que, como lo hemos dicho, si bien el modelo del derecho social es correctivo del modelo de derecho privado clásico, además de relaciones de ruptura frente a algunas soluciones —en especial, aquellas vinculadas con la distribución de funciones entre el Estado y el mercado—, también existen entre esos modelos relaciones de continuidad, hecho nada sorprendente, ya que ambos son variantes que se desprenden de la misma raíz filosófico-política, la concepción moderna del mundo.

Durante el siglo xx, la coexistencia de expresiones de ambos modelos ha sido una nota característica de la legislación y —más generalmente— de la adopción de políticas públicas en los países desarrollados de Occidente y de aquellos que reciben su influjo, variando, eso sí, el peso de los componentes de cada modelo de acuerdo a las fluctuaciones ideológico-políticas coyunturales. Nada indica

la completa supresión de ninguno de los dos modelos en un futuro inmediato o mediato.

Resta aclarar otro aspecto sobre la naturaleza de paradigmas o matrices disciplinarias. La distinción de estos paradigmas no se refiere a su *objeto* de regulación, sino a su *modo* de regulación. Esto significa que un mismo objeto de regulación jurídica —por ejemplo, la venta de trabajo humano por cuenta ajena— puede ser tematizado en términos del derecho privado clásico o del derecho social. Sin embargo, debido a que la regulación histórica de algunos derechos ha coincidido con el período de codificación del paradigma del derecho privado clásico, su denominación se identifica generalmente con esa regulación. Es el caso del derecho de propiedad, o de la libertad de comercio. No obstante —según hemos dicho antes—, es posible pensar en una regulación de cariz social de los mismos derechos.

Lo mismo sucede con la regulación de algunos de los llamados derechos sociales: los presupuestos conceptuales de su regulación histórica están vinculados íntimamente a la forma de regulación del derecho social. El derecho del trabajo ha sido, sin duda, la primera expresión histórica completa del modelo de derecho social. Sin embargo, no resulta imposible teóricamente imaginar la regulación del mismo objeto jurídico a través del marco conceptual del derecho privado clásico⁶⁷. De hecho, el derecho del trabajo ha sufrido en los últimos años embates destinados a volver a regular la venta de trabajo a partir del paradigma del derecho privado clásico. Varios aspectos de la denominada «flexibilización laboral» constituyen un ejemplo de este fenómeno⁶⁸. El marco de regulación general del derecho laboral —los denominados «principios o instituciones fundamentales del derecho laboral»— responde, sin embargo, a la forma de regulación

67. Cf. la opinión de Ewald sobre el punto: «Si el derecho social es pensado simultáneamente como un proceso de transformación del derecho, ligado a una práctica gubernamental específica, y como el desarrollo de un nuevo tipo de derecho con una estructura que ya no es la misma que la anterior, la situación cobra un sentido totalmente diferente del que surgiría de su reducción al derecho laboral o al de la seguridad social. En primer lugar, porque es claro que la estructura del derecho social no corresponde necesariamente al derecho del trabajo o al de la seguridad social, dado que puede concebirse la existencia de estas ramas del derecho sin que obedezcan a las reglas del derecho social. En segundo término, porque el proceso de socialización del derecho no está limitado a una u otra rama del derecho, de modo que los dos tipos clásicos de derecho social deben ser vistos como dos ejemplos, sin duda notorios, pero no por ello especiales, de un derecho de aplicación más universal» (F. Ewald, «El concepto de derecho social», cit., p. 102).

68. Ver, sobre el punto, V. Abramovich y C. Curtis, «Futuros posibles. El derecho laboral en la encrucijada»: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* II/1-2 (1997), pp. 166-174 y bibliografía allí citada.

propia del derecho social. En términos similares, ámbitos tales como la salud, la educación o la vivienda también pueden ser juridificados a partir de los postulados o premisas del derecho privado clásico, pero los resultados de dicha juridificación difícilmente coincidan con el tipo de regulación característica del derecho social: la tematización del derecho privado clásico se ceñiría a la garantía estatal del funcionamiento de las reglas del mercado en esos ámbitos. En esos términos, por ejemplo, la idea del «derecho a la salud», por ejemplo, se limitaría a la de no ser privado de salud por el Estado o por otros particulares, y no incluiría el derecho a acceder a servicios médicos en caso de no poder contratarlos. Semejante concepción resulta, sin embargo, poco representativa del contenido con el que habitualmente vinculamos el derecho a la salud, justamente porque la identificación de este ámbito como un área sujeta a reglas diferentes a la de otras transacciones —a la venta de corbatas, por ejemplo— se debe a una operación de selección sustantiva y desmercantilización típica del modelo del derecho social.

Un último comentario se dirigirá a la formulación de teorías contemporáneas que pretenden que tanto el modelo del derecho privado clásico como el modelo del derecho social han sido superados, y vislumbran el advenimiento de un paradigma nuevo, de corte procedimental⁶⁹. Más allá del interesante intento de reconstrucción de los distintos modelos y la articulación de críticas a algunas soluciones históricas adoptadas por ambos, ninguna de estas teorías indica claramente cuáles serían las soluciones técnico-jurídicas típicas de este nuevo paradigma, y en qué se diferenciaría de los modelos considerados superados. Cabe manejar cierta cautela antes de dar con tanta facilidad por desaparecidos los modelos anteriores. Por empezar, es difícil aseverar aún hoy que el modelo del derecho social sea un paradigma completo o maduro: muchos de los apuntes realizados a lo largo del texto —los problemas de adecuación del diseño de las acciones procesales tradicionales, la falta de desarrollo de garantías específicas, la falta de concreción de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos— constituyen una muestra cabal de esta falta de plenitud, y las soluciones que se van articulando al respecto son indicios de una evolución aún incipiente, aunque en muchos casos claramente perceptible, en el sentido de una futura concreción más articulada de este modelo. Si bien en algunos ámbitos puede

69. Cf. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., cap. IX. Lo dicho aquí puede extenderse a las propuestas de construcción de un «derecho reflexivo», adelantadas por Günther Teubner (cf. «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 [1983], pp. 239 ss.).

notarse una retracción del modelo del derecho social (como en el campo del derecho del trabajo, o en las recientes reformas del sistema previsional de distintos países de América Latina), en algunos otros la regulación de corte social ha desplazado o modificado notoriamente al modelo de derecho privado clásico (derecho del consumo, derecho ambiental, derecho procesal, derecho a la salud, derechos de las personas discapacitadas). Las reformas constitucionales experimentadas en países latinoamericanos durante la década de 1990 se embarcan sin ninguna duda en el constitucionalismo social, antes que en el liberal.

Por otro lado, también cabe relativizar la supuesta novedad de la tendencia hacia la procedimentalización del derecho. Resulta llamativo constatar que tanto el modelo del derecho privado clásico como el del derecho social han reivindicado entre sus rasgos propios esa tendencia hacia la procedimentalización. En el caso del derecho privado clásico, el propio Max Weber señala como una de las características de la modernización del derecho la concesión a los individuos de «la facultad de regular automáticamente, dentro de ciertos límites y por medio de negocios jurídicos, sus relaciones recíprocas. [...] El volumen de la libertad contractual, es decir, del contenido de los negocios jurídicos garantizado como 'válido' por el poder coactivo, y por tanto, la relativa importancia de las normas que autorizan esos 'poderes' de disposición dentro de la totalidad de un ordenamiento cualquiera son, naturalmente, en primer término, una función del desarrollo del mercado»⁷⁰. Esta «descentralización de la creación jurídica» (término que Weber toma de Andreas Voigt⁷¹) es, justamente, una tendencia hacia la procedimentalización del derecho, en la medida en que concede a los individuos procedimientos de interacción jurídica, y en que, dentro de ciertos límites, somete a juicio de la autoridad judicial sólo el ejercicio formal de esas facultades, pero no la revisión de su resultado material.

En el caso del derecho social, junto con algunos rasgos de sustancialización o materialización del derecho ya descritos, pueden señalarse también tendencias hacia la procedimentalización⁷². Así, gran parte del derecho colectivo del trabajo consiste en la estructuración de procedimientos colectivos de negociación y creación normativa (celebración de convenios colectivos de trabajo), control de la gestión

70. M. Weber. *Economía y Sociedad*, México, 1964, p. 533.

71. *Ibid.*, p. 586.

72. Ewald, por ejemplo, describe al derecho social como «un acuerdo, un compromiso siempre revisable entre grupos e intereses en conflicto» («El concepto de derecho social», cit., p. 118).

económica y laboral de la empresa (derecho a la información y procedimientos de consulta del sindicato) y de autotutela (derecho de huelga) por parte de actores colectivos (el sindicato o el comité de empresa)⁷³. Del mismo modo, el ordenamiento laboral establece reglas de creación, reconocimiento, representación, funcionamiento interno y protección de desempeño de las labores de los delegados, todas de corte procedimental o instrumental. Contemporáneamente, el derecho del consumo ha adaptado parte de estos institutos, estableciendo reglas procedimentales de creación y reconocimiento de las asociaciones de consumidores y de participación en el planteo y en la solución de conflictos de consumo, así como en el control de la prestación de servicios públicos y en la modificación de regímenes contractuales o tarifarios⁷⁴. En el mismo sentido, el desarrollo del derecho a la información en materia de consumo y en materia ambiental, o el del derecho de participación y consulta de minorías culturales o de grupos desaventajados en las decisiones que puedan afectarlos⁷⁵ son ejemplos de esa tendencia. La tendencia afecta incluso derechos tales como el derecho a la salud, donde se han desarrollado una serie de requisitos procedimentales para la toma de decisiones referidas al tratamiento médico o a la realización de intervenciones quirúrgicas⁷⁶.

73. Ver, al respecto, la lúcida exposición de Antonio Baylos Grau, en *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, cap. 4. Ver también A. Supiot (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999, p. 154: «La tendencia general es que la ley vaya vaciándose de disposiciones sustanciales y llenándose de reglas de procedimiento destinadas a garantizar el derecho a la negociación colectiva. Según los casos, los convenios colectivos reemplazan, prolongan, desarrollan o ejecutan las disposiciones legislativas. En todos los sistemas de relaciones laborales, se observa este movimiento hacia una mayor autonomía de las partes sociales y de las empresas frente al poder público».

74. Ver T. Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, cit., pp. 129-130.

75. Cf., al respecto, I. M. Young, «Vida política y diferencia de grupo...», cit., pp. 111-117 y 125.

76. Así, el denominado el derecho a la confidencialidad de los registros médicos, el derecho del paciente a acceder a la historia clínica, el derecho a recibir explicaciones acerca del tratamiento prescrito y el llamado «consentimiento informado». Cf. M. Brazier, «Rights and Health Care» y J. Montgomery, «Right to Health and Health Care», en A. Coope (ed.), *The Welfare of Citizens*, Londres, 1992, y A. J. Kraut, *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, 1997, caps. VII y VIII. En sentido más amplio, cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG n.º 13 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»), punto 11: «(O)tro aspecto importante [del derecho a la salud] es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional».

En uno y otro caso, las formas de la procedimentalización acompañan la diversa manera de concebir las relaciones entre individuo y sociedad de cada modelo: en el caso del derecho privado clásico, la procedimentalización privilegia el lugar del individuo y de la voluntad individual; en el caso del derecho social, el diseño de los procedimientos toma en cuenta dimensiones colectivas y desigualdades de poder y de información entre clases distintas de sujetos. Pocos indicios aporta Habermas para determinar cuál sería la forma de los derechos concebidos a partir de un paradigma puramente procedimental, y en qué se diferenciarían de las tendencias procedimentales del modelo del derecho privado clásico o del modelo del derecho social.

Como conclusión, diferenciar entre derechos civiles y derechos sociales puede tener algún sentido si con ello se pretende señalar la distinta matriz regulatoria a la que responde la positivización de cada derecho. La distinción puede aportar alguna información sobre el origen histórico y sobre el contexto político-ideológico de la regulación de distintos ámbitos de interacción humana. Sin embargo, el empleo de la distinción tiene también limitaciones: por ejemplo, no es exhaustiva, de modo que es posible señalar derechos que no respondan exclusivamente a ninguno de los dos rótulos, y es demasiado genérica, de modo que, bajo cada categoría, caben derechos de estructura completamente heterogénea, imposibles de reducir a una forma única.