UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO

SECRETARÍA DE CIENCIA, TÉCNICA Y POSGRADO

PROYECTOS BIENALES

2011 - 2013

DIRECTOR: Susana T. Ramella

CODIRECTOR: Pablo G. Salinas

Denominación del Proyecto

DERECHOS DEL HOMBRE. DERECHOS HUMANOS. MOVIMIENTOS EMERGENTES. ¿IUSNATURALISMO O CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA?

Código: 06/F321

Equipo:

Lic., Dipl. Cs.Scc., Jorgelina A. Bustos Arlin
Abog. Doctoranda Irene Pujol de Zizzias
Abogado Dr. En Derecho Pablo G Salinas
Abogada Dra. En Derecho Luciana Álvarez
Lic. Expto. En drogodependencia Gustavo Ortiz
Abogada Sandra E. Casabene
Abogada Paula Leanza Villafañe
Dra. En Ciencias Políticas Belén Levatino

MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACION

SECRETARIA DE POLITICAS UNIVERSITARIAS

Sistema Informático del Programa de Incentivos

PLANILLA RESUMEN DE INFORME FINAL o DE AVANCE AÑO 2012

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO

Título del proyecto : DERECHOS DEL HOMBRE. DERECHOS HUMANOS. MOVIMIENTOS EMERGENTES ¿JUSNATURALISMO O CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA?

Director del proyecto : RAMELLA, SUSANA TEODELINA

Código del proyecto : 06/F321

La presente planilla debe estar acompañada por la documentación probatoria de lo declarado, separata, copia de contrato, etc. Este material estará a disposición de los Evaluadores y Auditores en la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad.

Los Proyectos desarrollados en 2012 informan el periodo 1/01/2012 al 31/12/2012.

5. EVALUACION DEL PROYECTO - RESERVADO PARA LOS JUECES -

Resultado de la evaluación (Marcar lo que corresponda) : (SATISFACTORIO) NO SATISFACTORIO

Mendoza 14 de noviembre 2013
Lugar y Fecha de la Evaluación

Fundamentación del dictamen: El informe de Winsip con los probanzas que acompañan muestran una significativa producción de la Directora como los demás miembros del equipo

Entidad Habilitada que efectuó la evaluación del proyecto :

Otra :

Jueces que evaluaron el informe (letra imprenta legible) :

Nombre y apellido	Categoría	Firma
María Rosa Carbonell	II	
Julia Patricia Ortiz de D'Arterio	II	

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 4

DERECHOS DEL HOMBRE. DERECHOS HUMANOS. MOVIMIENTOS EMERGENTES ¿JUSNATURALISMO O CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA? 6

DERECHOS HUMANOS COMO CONSTRUCCIÓN POLÍTICA E HISTÓRICA, REFERENTES CUYANOS EN DERECHOS HUMANOS. EL NUEVO PARADIGMA DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS. 6

OBJETIVOS 6
HIPÓTESIS DE TRABAJO 6
PRECISIONES METODOLÓGICAS 6
INTRODUCCIÓN. 8
1.- DERECHOS HUMANOS, FUNDAMENTACIÓN Y DESARROLLO. 8
1.1.- Boaventura de Sousa Santos 9
1.2.- El derecho original negado fue el derecho al conocimiento 11
1.3.- La posición de Lynn Hunt 12
2.- DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD HUMANA 13
3.- CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EMANCIPADORES. 15
4.- CONCEPTUALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS 16
5.- PARADIGMA METODOLÓGICO EN LAS CIENCIAS SOCIALES, DERECHOS HUMANOS Y MODERNIDAD OCCIDENTAL 20
6.- EL PENSAMIENTO CRÍTICO 22
7.- LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y SOBERANÍA DEL ESTADO: 22
7.1. Los Derechos Humonos y su sistema de protección. 28
8.- IMPACTO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO NACIÓN ARGENTINA. 29
9.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 35
10. LA DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS. PABLO ANTONIO RAMELLA 39
10.1. La defensa de los derechos humanos del Dr. Pablo Antonio Ramella, la disputa legislativa por el voto femenino. 42
10.2. Cita Martha Ruffini los palabras de Ramella en (CS-DS, año de 1946, Tomo II, sesión del 21 de agosto, p.31.) 43
10.3. Diario de Sesiones 44
10.4. Convención Constituyente de 1949, labor de Pablo Antonio Ramella 46
10.5. La influencia de otros referentes internacionales de Derechos Humanos en Cuyo 48
11. EL IMPACTO DE LA IDEA DE DERECHOS HUMANOS EN LA TIPIFICACIÓN DEL GENOCIDIO Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMO HITO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS. 48
11.1.- Crímenes contra la humanidad: 48
12.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS 54
12.1.- La Revolución de los Derechos Humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 54
13.- DIGNIDAD HUMANA Y CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA 55
13.1.- Confluencia de la defensa de la dignidad humana y de la idea de la construcción histórica de los derechos humanos. 55
14. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRAXIS. 57
14.1. Región de Cuyo y los Derechos Humanos. 57
14.2. Organizaciones de Derechos Humanos. 58
14.3.- Defensa de los Defensores de Derechos Humanos. 58
15. CAMBIO DE PARADIGMA 64
15.1. El debate actual en Derechos Humanos, dignidad humana o construcción histórica. 65
15.2. Derechos Humanos como política de Occidente. 68

15.3.- La historia y no la naturaleza humana *69*
16. Conocimiento, epistemología y educación en Derechos Humanos 69
17. La Esperanza de los Derechos Humanos. 75

EL SENTIDO COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL: UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS DIFERENCIAS **78**

Derechos humanos: caracterización crítica y construcción de sentido 79
Anclajes históricos y políticos de los derechos humonos *85*
Algunas claves para el surgimiento/ reconocimiento de la diferencia *90*
Bibliografía 96

DERECHOS HUMANOS: ¿IUSNATURALISMO O CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA? **101**

La idea de naturaleza humana en Vitoria, Grocio y Locke 104
El derecho natural en las declaraciones de derechos 109
Interpretaciones de las declaraciones en el proceso histórico 115
Desentrañando la naturaleza humana: entre las ciencias biológicas y lo jurídico 121
Consideraciones finales 126

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIDA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y EN EL CÓDIGO CIVIL **128**

I- Introducción: 128
II- Sistema axiológico y de principios de los derechos humanos respecto de la persona humana 129
III- GRUPOS VULNERABLES Niños y adolescentes 131
IV- La protección de la vida humana 146
V.- El comienzo de la existencia de la persona humana en el código civil y proyectos. 165
El proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del 2.012: *169*
Conclusión y propuesta 178

DEL DICHO AL HECHO: HAY UN PROCESO PENAL **181**

I. Introducción 181
II. El proceso 184
A. Parámetros internacionales de respeto a los DDHH en el proceso penol *184*
B. La denuncia *186*
1. ¿Recurso procesal idóneo y efectivo? 186
2. La praxis en Mendoza: Acceso desigual a la justicia provincial por parte de Mujeres, NNyA 188
C. El procedimiento *195*
D. La sentencia o decisiones: *203*
1. Resarcimiento e indemnización 204
2. Rehabilitación de la víctima: 206
3. Ejecución de Sentencia: 206
III. Prevención 207
A. Marco legal internacional 208
B. Políticas públicas a implementar: 209
1. En cuanto al ámbito socio-cultural: *210*
2. En cuanto al ámbito jurídico-legal: *212*
3. En cuanto al ámbito político-estatal: *213*
IV. Responsabilidad Estatal y de los funcionarios: 214
V. Conclusión 216
Bibliografía 218
Instrumentos internacionales: *219*
Sentencias internacionales: *221*

Sentencias nacionales: 221
Legislación: 222
OPINIONES CONSULTIVAS: 223

PRESENCIA -¿O AUSENCIA?- ESTATAL Y CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS CIUDADANOS EN UNA VILLA INESTABLE DE GODOY CRUZ- MENDOZA **224**

INTRODUCCIÓN: 224
1. PROCESOS DE EXPROPIACIÓN MATERIAL Y SIMBÓLICA EN LOS ESPACIOS URBANOS. EL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA. 225
2. MARCO DESCRIPTIVO. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA VILLA CAMPO PAPPA. 229
2.1. Características poblacionales: *230*
2.2. Políticos Públicas - planes sociales. *234*
2.3. Meconismos de supervivencia en relación a la basura. Redes socio-laborales. *237*
3. LOS DERECHOS HUMANOS VULNERADOS EN LA VILLA INESTABLE CAMPO PAPPA 241
CONSIDERACIONES FINALES: 244
BIBLIOGRAFÍA 246

UNA LUCHA ENTRE LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR EL ESTADO: ANÁLISIS DEL DEBATE SOBRE LA MINERÍA METALÍFERA EN LOS MUNICIPIOS DE MENDOZA. **259**

RESUMEN 259
1. INTRODUCCIÓN 259
2. MARCO ANALÍTICO 261
2.1 Relaciones entre los derechos garantizados por el Estado *261*
2.2. Nuevas relaciones de poder en la articulación local-global del capital *263*
2.3. Participación, autonomía municipal y desafíos de gestión en los municipios latinoamericanos *266*
2.4. Instituciones, ambiente y municipio *268*
3. DEBATES EN TORNO A LA MINERÍA METALÍFERA EN LOS MUNICIPIOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA 271
3.1. La conexión local-global de la minería en Mendoza *271*
3.2. Análisis de la identidad de resistencia comunal en el Municipio de San Carlos. *273*
3.3 La legislación que regula la minería metalífera en Mendoza *277*
3.4. El Gobierno provincial y la descentralización del conflicto en la arena municipal. *282*
3.5 Otros actores del debate sobre la minería de Mendoza *286*
4. CONSIDERACIONES FINALES 290
BIBLIOGRAFÍA 291

INTRODUCCIÓN

SUSANA T. RAMELLA

Los derechos humanos son analizados desde distintas perspectivas disciplinarias pero convergentes en la interpretación de la problemática planteada en su denominación. Ya se lo trate desde la especialidad en derechos humanos (Pablo Salinas), luego de un minucioso análisis de los precursores cuyanos y de la normativa y jurisprudencia internacional, considera que "un puro trabajo teórico no sirve si no se complementa con una práxis de defensa de los derechos humanos". Aunque se entiende, que es una herramienta importante para los sectores más desprotegidos, que muestran una visión del mundo diferente de la occidental.

Coincidente con el anterior, desde la filosofía del derecho (Luciana Álvarez), destaca el "desplazamiento operado en su seno de la noción individualista y abstracta de la persona humana propia de la modernidad hacia la consideración de sus determinaciones colectivas, grupales y/o sociales".

A través de la historia del derecho, por mi parte, planteo el dilema de que ya se hable del iusnaturalismo fundado en la creencia en Dios, en la razón o en la ciencia se piensa que son los que determinan quiénes son realmente personas sujetos de derecho y quiénes no, dejando excluidos a muchos, ocultos bajo la sombra de una igualdad teórica y universal de todos los seres humanos.

En el análisis del código civil y su propuesta de reforma, (Irene Pujol y Sandra Casabene), contrastan ambos instrumentos con las declaraciones internacionales de derechos especiales para los niños y adolescentes y plantean si el derecho puede, fundado en la ciencia, reconocer o no el derecho a la vida de los embriones y el niño por nacer.

Con el método de casos, abonado con el ejercicio y práctica en fiscalías (Paula Leanza) pone en entredicho el alcance de los derechos, en especial de mujeres, menores, ante prácticas y puesta en función de un derecho procesal penal por los responsables de su aplicación, que ignoran, minimizan hechos graves o no tienen los instrumentos necesarios, para protegerlos.

Con una metodología similar, pero desde la sociología (Gustavo Ortiz), se analizan las dificultades de un asentamiento inestable para acceder al ejercicio de los

derechos humanos, "su concreción –dice- como realidad efectiva aún se encuentra distante; principalmente en los sectores excluidos geográfica, social y culturalmente."

Ampliando el análisis de casos, se estudia (Belén Levatino), el impacto social que despierta el derecho humano a un ambiente saludable y sin contaminación, abordando el caso del Municipio de San Carlos, en Mendoza, mostrando "la resistencia comunal articulada entre organizaciones políticas, sociales y económicas para la protección de sus derechos ambientales", vulnerados por la instalación de empresas mineras.

Faltó dentro de estas perspectivas los derechos que implican a la comunicación social. Y me refiero especialmente el trabajo que había proyectado hacer Jorgelina Bustos Arlín, lamentablemente y lo digo además, como un homenaje a ella, porque hubiera sido un gran aporte a esta problemática de los derechos humanos, como fueron sus anteriores artículos en otros proyectos, no pudo realizarlo por una larga enfermedad que determinó que poco antes de finalizar este proyecto falleciera, produciendo un gran dolor en el equipo.

DERECHOS DEL HOMBRE. DERECHOS HUMANOS. MOVIMIENTOS EMERGENTES ¿JUSNATURALISMO O CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA?

Derechos Humanos como construcción Política e Histórica, referentes Cuyanos en Derechos Humanos. El nuevo paradigma de los Defensores de Derechos Humanos.

Por Pablo Salinas

Objetivos

1.- Derechos Humanos como construcción histórica política e iusnaturalismo.

2.- La importancia del conocimiento y los movimientos emergentes de defensa de derechos humanos.

3.- Los derechos humanos frente a un nuevo paradigma jurídico antropológico y la ruptura con el eurocentrismo.

Hipótesis de Trabajo

Nuestra hipótesis nace al observar las transformaciones a las que está sometido el concepto de los derechos humanos, en esta bisagra entre dos paradigmas, surgen nuevas condiciones de esclavitud, de sometimiento, de discriminaciones que, difícilmente, se puedan erradicar con el modelo que está feneciendo, surge un cambio de paradigma jurídico y antropológico donde el concepto de derechos humanos debe replantearse y el antiguo modelo hegemónico deja lugar a un concepto vinculado a sectores emergentes de defensa de los derechos humanos, con un fortalecimiento de esta herramienta como límite del poder y como un lenguaje universal de avance social de los sectores más desprotegidos.

Precisiones Metodológicas

Debemos partir de un nuevo concepto de derechos humanos postcolonial y postimperial.

Esta perspectiva "significa eso sí, la oportunidad de reinventar un compromiso con la emancipación autentica, un compromiso que además, en vez de ser el producto de un pensamiento vanguardista iluminado se revele como sentido común

emancipador... construir en verdad una utopía tan pragmática como el propio sentido común".

Para sostener un compromiso con esta emancipación es que debemos investigar los avances conseguidos por grupos emergentes de defensores de derechos humanos que consiguieron sacar de la opacidad las violaciones a los derechos humanos.

"Todo el pensamiento crítico es centrífugo y subversivo en la medida que trata de crear "desfamiliarización" en relación con lo que está establecido y es convencionalmente aceptado como normal, virtual, inevitable, necesario"

Por lo tanto la tarea de de-construcción del modelo imperial de derechos humanos o del concepto de derechos humanos como imposición de la potencia vencedora o de la modernidad se contrasta con la construcción de un pensamiento de derechos humanos fundado en los movimientos sociales que le dan contenido práctico día a día denunciado las violaciones que se producen y dándole contenido que no es precisamente un contenido teórico alejado de la realidad sino más bien todo lo contrario un contenido casuístico de hechos permanentes de ataques diarios en todo el mundo a los derechos humanos que ocurren sin cesar y que deben ser denunciados y conocidos.

El problema ya no pasa solamente por la existencia de las violaciones a los derechos humanos sino también porque esas violaciones sean conocidas por la opinión pública y puedan salir del primer silenciamiento a la que son sometidas por los Estados.

A la mirada de Boaventura de Sousa Santos hay que agregarle el aporte de Antonio M. Hespana, quien considera que "hay que superar el discurso explícito de las fuentes cuando se constata su carácter fantasmagórico, es decir, la manifiesta incompatibilidad entre, por un lado, las exigencias institucionales de los modelos de organización jurídica y judicial insertos en las fuentes legales y, sobre todo, doctrinales y, por otro, la generalidad de las situaciones vividas".

Debemos pensar los nuevos desafíos de la imaginación jurídica, es decir debemos presentarnos con un nuevo modelo metodológico de investigación y trabajo en las ciencias jurídicas que supere al modelo antiguo que limitó nuestra forma de pensar y generó un pensamiento monocorde, un pensamiento con tendencias a la unificación y el análisis dogmático que se olvidó de los fenómenos complejos de las ciencias sociales y que dejó de lado la característica esencial de la esencia humana es decir la pluralidad, el pensamiento inclusivo en la diversidad y olvidó por así decirlo la realidad que le daba sustento.

Introducción.

Este trabajo tiene por objeto analizar la fundamentación de los derechos humanos y conocer las nuevas problemáticas referidas a la epistemología y el conocimiento como parte del nuevo paradigma y comprender su vinculación necesaria con el concepto de dignidad humana.

Los derechos humanos son una construcción emancipadora y para comprender esa construcción analizamos el concepto o delimitación de su alcance, y avanzamos en la finalización del paradigma de la modernidad y su impacto en la idea de derechos humanos.

Desde la perspectiva crítica analizamos la idea actual de derechos humanos y el aporte teórico de Boaventura de Sousa Santos.

1.- Derechos Humanos, fundamentación y desarrollo.

Norberto Bobbio sostiene que la formación del paradigma actual de los derechos humanos responde a un proceso histórico.[1]

Sostiene también que el fundamento de los derechos humanos presentado por los iusnaturalistas que lo fundaron en la naturaleza humana se encontró con muchos problemas, "porque los derechos del hombre constituyen una clase variable como la historia de estos últimos siglos demuestra abundantemente."[2]

[1] Bobbio Norberto. *Presente y Porvenir de los Derechos Humonos.* En Anuario de los Derechos Humanos N° 1, enero de 1981, Madrid.
[2] Bobbio Norberto. *El Problemo de la Guerra y las Vias de la Paz.* Editorial Altaya. Pág. 121

Sostiene Bobbio que el problema de fondo relativo a los derechos del hombre no es como justificarlos sino como protegerlos. Es un problema no filosófico sino político.[3]

Su justificación la encuentra principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el consenso general sobre su validez, y es en ese consenso que fundamenta los derechos humanos.

"los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialectico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales y pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, termina con la universalidad ya no abstracta sino concreta de los derechos positivos universales"[4]

Por lo tanto la fundamentación ensayada por Norberto Bobbio se funda por una parte en el derecho natural y por otra en el derecho positivo, pero es un ensayo que vale la pena contrastarlo con las posiciones sostenidas por Lynn Hunt y Boaventura de Sousa Santos.

En efecto, Bobbio sostiene también que la Declaración Universal ha representado solo el momento inicial de la fase final del proceso de positivización universal de los derechos del hombre, pero estas ideas que luego fueron confirmadas por la firma de diversos tratados a nivel internacional de derechos humanos no consiguieron terminar con la discusión, ya que los problemas que se presentan luego de la positivización tienen que ver con la adecuada protección de los derechos humanos y con las fisuras de la positivización.

Está claro que la comunidad internacional ha positivado la prohibición contra la tortura y que dicha prohibición lo es erga omnes pero también está claro que se sigue torturando por parte de las grandes potencias mundiales y el más claro ejemplo es la cárcel norteamericana de Guantánamo.

1.1.- Boaventura de Sousa Santos

[3] Bobbio Norberto. El Problema de la Guerra y las Vias de la Paz. Editorial Altaya. . Pág. 128
[4] Bobbio Norberto. El Problema de la Guerra y las Vias de la Paz. Editorial Altaya. Pág. 136

En su libro titulado *Para descolonizar Occidente.* Boaventura nos dirá que *"durante los últimos veinte años, me ha sorprendido el grado en el que los derechos humanos, se han convertido en el lenguaje de la política progresista."*[5]

Sostiene además que en la actualidad se recurre a los derechos humanos para reconstituir el lenguaje de la emancipación.

Cuando se refiere a la reconstrucción intercultural de los derechos humanos afirma que *"la complejidad de los derechos humanos consiste en que pueden concebirse o bien como una modalidad de localismo globalizado o como una modalidad de cosmopolitismo subalterno o insurgente, es decir en otras palabras como una globalización desde arriba o como una globalización desde abajo."*[6]

Queda claro que el planteo de la descolonización es una nueva visión política de los derechos humanos, entendiendo como tales a los derechos humanos interculturales y post imperiales.

"Se necesita una nueva política de derechos, un enfoque actual a la tarea de otorgar poder a las clases y a las coaliciones populares en sus luchas hacia la consecución de soluciones emancipadoras mas allá de la modernidad occidental y del capitalismo global. Se necesita una nueva arquitectura de derechos humanos basada en un nuevo fundamento y con una nueva fundamentación."[7]

En síntesis lo que sostiene Boaventura de Sousa Santos es una nueva construcción y redefinición del fundamento de los derechos humanos en la actualidad, una fundamentación post imperial de los derechos humanos que tenga el acento en los sectores más desprotegidos y vulnerables garantizándole herramientas para exigir sus derechos y proteger su dignidad.

Luego de decir y hablar de la nueva arquitectura de los derechos humanos Boaventura dice que la misma debe ir a las raíces de la modernidad y sigue diciendo que ir a las raíces es ir más allá de las raíces. Comparto plenamente estos conceptos y se puede pensar no solo en las raíces de los derechos humanos y su concepto de protección de la dignidad humana sino en el modo de limitar el poder del Estado.

---

[5] Boaventura de Sousa Santos. *Para Descolonizar Occidente. Mas allá del Pensamiento Abismal.* Editorial Prometeo Libros. Primera Edición. Bs.As. 2010. Pág. 83

[6] Boaventura de Sousa Santos. Para Descolonizar Occidente. Mas allá del Pensamiento Abismal. Editorial Prometeo Libros. Primera Edición. Bs.As. 2010. Pág.87

[7] Boaventura de Sousa Santos. Para Descolonizar Occidente. Mas allá del Pensamiento Abismal. Editorial Prometeo Libros. Primera Edición. Bs.As. 2010. Pág. 107

Para construir un concepto de derechos humanos post imperial e intercultural se trata fundamentalmente, según Boaventura, de una tarea epistemológica que consiste en separar los derechos originales o ur-derechos. Se trata de derechos que no son los derechos naturales de la tradición idealista de occidente sino derechos que existen solo en el proceso de ser negados y como negaciones.

Los derechos originales o ur-derechos, surgen de la negatividad abismal donde la modernidad occidental cimentó sus deslumbrantes edificios epistemológicos, políticos, económicos y culturales.[8]

Reivindicar estos derechos implica construir una concepción de derechos humanos postcolonial y post imperial.

1.2.- El derecho original negado fue el derecho al conocimiento

En efecto, "la supresión de este derecho original fue responsable del epistemicidio masivo sobre el que la modernidad occidental construyó su monumental conocimiento imperial. En una época de transición paradigmática, la reivindicación de ur-derecho implica la necesidad de un derecho a conocimientos alternativos. Semejantes conocimientos alternativos deben fundamentarse en una nueva epistemología desde el sur, desde el sur no imperial. Puesto que la tensión arriba mencionada entre la regulación social y la emancipación social también es una tensión epistemológica, el derecho a conocimientos alternativos es un derecho a alejarse del conocimiento – regulación hacia la dirección del conocimiento – emancipación"

La tarea de avanzar sobre la concepción de la modernidad y del edificio epistemológico de la regulación para ir por derechos humanos del conocimiento y emancipadores es la gran tarea que emprendemos con este trabajo en equipo, la tarea de trabajar desde el sur en la construcción de conceptos emancipadores y que dejen atrás la concepción imperial y colonial de los derechos humanos.

Se intenta construir una visión post imperial y postcolonial de los derechos humanos que trabaje sobre la construcción histórica de los mismos a su vez sin dejar de lado su pasado y su sustrato histórico, como tampoco dejar de lado las críticas al concepto de derechos humanos de la modernidad y el avance a la construcción de derechos humanos desde el sur.

---

[8] Boaventura de Sousa Santos. Para Descolonizar Occidente. Mas allá del Pensamiento Abismal. Editorial Prometeo Libros. Primera Edición. Bs.As. 2010. Pág. 108

Se debe trabajar sobre continuidades pero haciendo un ejercicio crítico de dichas continuidades y a partir de los derechos negados, trabajar en la fundamentación de los derechos humanos

El otro derecho original o ur-derecho que encuentra Boaventura de Sousa Santos es el derecho a llevar al capitalismo histórico a enjuiciamiento ante un tribunal mundial.

Este enjuiciamiento permitiría que se produzca una globalización contra hegemónica que permita transitar el camino de un mundo socialista que permita transformar el derecho a la propiedad en un derecho a la propiedad orientada a la solidaridad, el derecho al reconocimiento de derechos a entidades incapaces de asumir deberes, el derecho a la autodeterminación democrática y el derecho a organizar y participar en la creación de los derechos.

Estos ur-derechos o derechos originales son puestos en consideración para la construcción contrahegemónica, post imperial y postcolonial de los derechos humanos.

Dos reconstrucciones se deben plantear. La primera es la reconstrucción intercultural a través de la cual los lenguajes nativos emancipadores encuentran su camino a una política cosmopolita insurgente y luego la reconstrucción post imperial capaz de transformar los derechos de los vencedores.

1.3.- La posición de Lynn Hunt

Lynn Hunt se pregunta "porque fracasaron los derechos humanos pero a la larga terminaron triunfando", y se plantea si en realidad los derechos humanos eran tonterías con zancos.

Esta pregunta encuentra su respuesta en la ponderación de los sentimientos, en las convicciones y acciones de multitudes de individuos que defendieron la dignidad humana y que se indignaron.

Esto produjo que se plasmaran las declaraciones como la de la independencia de 1776, la revolución francesa 1789 y 1948 la declaración universal de derechos humanos. Y aquí coinciden Bobbio, Boaventura y Lynn Hunt.

Pero además Hunt plantea el lugar central de las declaraciones de 1776, 1789 y 1948, en cuanto a la reivindicación de la dignidad humana y su reconocimiento.

2.- Derechos Humanos y Dignidad Humana

Tanto Enrique Dussel, como Arturo Roig, Raúl Zaffaroni y Fernández Segado sostienen el principio de dignidad humana como principio de jerarquización de los derechos humanos. Pero este principio está ligado a todos los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos y los derechos de las personas privadas de libertad.

La dignidad humana está reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo que considera "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"

En su artículo primero expresa que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue el instrumento utilizado por el filósofo Norberto Bobbio para fundamental de manera impecable el paradigma de los derechos humanos y para resaltar la idea que el problema sigue y seguirá siendo proteger, promover y hacer conocer los derechos humanos y no su fundamentación.

Los derechos humanos constituyen fundamentalmente una práctica, un ejercicio, una acción.

Norberto Bobbio fundamenta los derechos humanos en la unanimidad que existió en la declaración universal de derechos humanos y sostiene que el problema no es su fundamento sino su protección, por lo tanto la dignidad humana tiene el más amplio reconocimiento y fundamentación ya que forma parte del preámbulo y del artículo 1 de la declaración universal de derechos humanos y es el eje central del pensamiento liberador latinoamericano y de la nueva criminología latinoamericana.

El concepto de dignidad humana es llevado a su máxima expresión con el afianzamiento del sistema internacional de derechos humanos.

Bidart Campos indica que "se opera una ventajosa simetría: la pirámide del derecho interno y la pirámide del derecho internacional elevan los derechos humanos a la cima de sus respectivos vértices" por lo que los derechos humanos ponen a la dignidad humana en la cúspide del derecho interno y el internacional.

Pero fundamentalmente por la importancia que adquiere la dignidad humana y el concepto de derechos humanos para proteger a las personas.

En la cúspide del sistema jurídico internacional se encuentra la Declaración universal de derechos humanos y con ella la dignidad humana, pero no podemos olvidar que ambas son construcciones histórico-políticas de la humanidad.

Con posterioridad a la tragedia de las guerras mundiales que implicó el exterminio de una gran parte de la humanidad, como bien relata Eric Hobsbawm en su libro "Historia del Siglo XX", la humanidad se concentró en proteger la paz, la diversidad y la dignidad humana, surgiendo la Declaración Universal y una catarata de Tratados internacionales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, la Convención de Derechos del Niño, la Convención para la promoción de la defensa de defensores de derechos humanos, la Convención contra la Tortura, la Convención para la eliminación de la discriminación hacia la mujer, la Convención contra el genocidio, la Convención contra la desaparición forzada de personas, etc.

Todos estos instrumentos son construcciones histórico-políticas destinadas a proteger la dignidad humana y a ponerle límites al poder de los Estados.

El concepto central que se pretende resaltar es el de derechos humanos como práctica, como ejercicio cotidiano, como acción, que emprenden millones de personas que luchan junto a organizaciones que las nuclean en el mundo contra la violencia ejercida por los Estados, la represión desmedida, el ataque a los sectores vulnerables y el ejercicio abusivo del poder.

Eduardo Bustelo Graffigna en su ponencia[9] explica críticamente la visión unidimensional de los derechos y pondera el pensamiento Latinoamericano, utilizando la variable de la dominación para hacer su análisis.

Pero va más allá y dice "La afirmación de los derechos y su configuración jurídico institucional ha significado ciertamente un avance, que como en toda lucha,

[9] Ponencia presentada en el V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. (Congreso de Adultos) San Juan, Argentina 15-19 de Octubre de 2012. Trabajo publicado en "Revista Salud Colectiva"2012;8(3):287-298 .

registra adelantos muy significativos pero ha tenido también un costo que podría definir como una unidimensionalidad conceptual."[10]

Me interesa destacar esta visión pues es cierto que el concepto de derechos humanos no puede ser circunscripto a un fenómeno del derecho entendido este como una dimensión separada del resto de la vida social.

No es posible analizar un fenómeno tan complejo como el concepto de dignidad humana o la referencia a la fundamentación de los derechos humanos en cuanto a las teorías naturalistas o positivistas y las discusiones teóricas que se refieren a dichos planteos sin analizar que los derechos humanos constituyen fundamentalmente una práxis.

Es imposible pensar los derechos humanos dentro de una abstracción filosófica o jurídica sin darle el contenido que los casos concretos de violaciones a los derechos humanos le otorgan.

No se podría comprender la declaración universal de derechos humanos sin antes haber ocurrido el holocausto o la shoah, la profunda conmoción que generó el conocimiento por parte de la opinión pública de lo ocurrido por el régimen nazi sin dudas marca un hito fundamental en la historia humana.

Los derechos humanos no son una abstracción teórica son una realidad. Los derechos humanos son conculcados y con su menoscabo y con su violación y el conocimiento concreto de estos hechos es que se puede llegar a pensar en su defensa y reivindicación.

El trabajo teórico no sirve si no se complementa con una praxis de defensa de los derechos humanos.

3.- Construcción de los derechos humanos emancipadores.

Si bien el paradigma de derechos humanos responde a un proceso histórico está claro que los derechos humanos se van conformando en un sistema a partir de años de luchas, de sangre derramada y de conquistas logradas luego de profundos cambios sociales, donde distintos sistemas jurídicos europeos transformados por

[10] Bustelo Graffigna Eduardo. Ponencia presentada en el V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. (Congreso de Adultos) San Juan, Argentina 15-19 de Octubre de 2012. Trabajo publicado en "Revista Salud Colectiva"2012;8(3):287-298 .

revoluciones sociales y principios humanistas dan origen a límites al poder del Estado en defensa de la dignidad humana.

Estos límites no son fijos y se encuentran en crisis en forma permanente, pero se trata de límites al poder estatal. De eso se trata y se trató siempre en cuanto a los derechos humanos, de los límites al poder estatal.

Pero además, se trata de procesos históricos, de continuidades jurídicas y en este sentido podemos decir que *"existió un fuerte aporte por parte de la tradición indiana colonial en la construcción del modelo actual de defensa de los derechos humanos en los siglos XIX y XX. En efecto, podemos mencionar los decretos de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188; los fueros de las Cortes de Aragón, durante el reinado de Pedro IV y sus sucesores; las leyes de Indias tras el descubrimiento de América y otras de alcance semejante. Otro importante avance fue la Constitución de Cádiz de 1812 que tuvo notable influencia."*[11]

Así también podemos indicar como instrumentos que plasman el avance de los derechos humanos a la Carta Magna Inglesa de 1215 y en los siglos XVI a XVIII, el Bill of Rights, la revolución inglesa, la declaración del buen pueblo de Virginia de 1776, la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1887, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Revolución Francesa de 1879.

Cuando Fray Bartolomé de Las Casas en su Brevísima Relación de la destrucción de las Indias levanta su voz indignada contra el imperio Español está reclamando la injusticia, está levantando la voz de los derechos humanos.

"La causa porque han muerto y destruido tantas y tales y tan infinito número de ánimas los cristianos, ha sido solamente por tener por su fin último el oro y henchirse de riquezas en muy breves días y subir estados muy altos y sin proporción de sus personas"[12]

4.- Conceptualización de Derechos Humanos

---

[11] Salinas Pablo, *Continuidades En Derechos Humanos En El Derecho De La Época Colonial Y El Del Siglo Xix Y Xx.* Página de www.pensamientopenal.com.ar

[12] Fray Bartolomé de Las Casas. Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias. Editorial Biblioteca Popular Nascimento. Santiago de Chile. 1972. Prólogo de Jaime Concha. Chile 1972. Pág.

Son muchas las manifestaciones jurídicas de límites al poder del estado que se constituyen en paradigmas de derechos humanos, porque fundamentalmente los derechos humanos son límites al poder del Estado y porque después de la segunda guerra mundial, - de los 31 años de guerra mundial desde la declaración de la primera guerra en 1914 y el final de la segunda en 1945- los derechos humanos afianzaron su rol de límite al poder del Estado y sobre todo el impacto que generó el genocidio Nazi en la humanidad. La historia de la humanidad tiene que ayudarnos a comprender a los derechos humanos como una construcción histórica y política que tiene que ver con la supervivencia de la humanidad.

Existen muchas definiciones que se pueden dar sobre el término derechos humanos pero podemos hacer una descripción de al menos cuatro de ellas que nos pueden resultar útiles.

Dichas definiciones pueden ayudar a entender por qué los derechos humanos necesariamente se encuentran por encima de los Estados, y porque después de la segunda guerra mundial y a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no solo los Estados son sujetos del derecho internacional sino también los individuos.

Perez Luño define 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 humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*.[13]

Massini Correas dice que *"se presentan como derechos subjetivos que tienen su título –o fundamento, o justificación- en las notas esenciales del modo de ser del hombre- en lo que podríamos llamar la "hominidad"- o en alguna de sus dimensiones perfectivas próximas, y que –además- se poseen, lo establezca o no la legislación positiva y aún en contra de ella"*.[14]

---

[13] PEREZ LUÑO, Antonio: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecno. Madrid, 1995 -5ª edición-, pág. 48. Esta definición es compartida también por Edwin Patricio. SÁNCHEZ PADILLA: ***Protección internacional de los derechos humanos***. PNUD. Quito, 2001, pg. 5.-

[14] MASSINI CORREAS Carlos: ***Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos***. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994, pg. 88.-

Sánchez Padilla indica que son el *"conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidod, destinadas a permitirles el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con los de otras personas y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada Estado".*[15]

Wlasic *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.*[16]

Para Norberto Bobbio[17] el grave problema de los derechos humanos no es su fundamento sino su protección y para conseguirla debe existir un derecho supranacional o internacional de los derechos humanos que sea más fuerte que el poder de los Estados, puesto que los Estados son los principales violadores de los derechos humanos y si no existe un sistema supra estatal no existe vigencia plena de los mismos.

Se puede ver claramente con la Corte Penal Internacional que por la negativa de Estados Unidos no ha tenido vigencia y los genocidios y guerras preventivas han sido moneda corriente en estos años. Podemos citar la invasión a Irak o a Agfanistan sin apoyo de las Naciones Unidas y con mentiras luego hechas públicas, verdaderas guerras de agresión que de haber funcionado la Corte Penal Internacional hubieran llevado a Bush, Condoleza, Cheney y demás funcionarios a inaugurar tales tribunales, aunque todavía es posible pensar que Tony Blair sea llevado a esta Corte.

Bobbio funda los derechos humanos en la unanimidad conseguida con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

---

[15] PADILLA, Miguel: ***Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías.*** Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, Tomo 1, pg, 39.-

[16] WLASIC JUAN C, ***Manual Crítico de Derechos Humanos.*** LA LEY. Buenos Aires. 2006. Pág. 30.

[17] Bobbio Norberto. Presente y Porvenir de los Derechos Humanos. En Anuario de los Derechos Humanos N° 1, enero de 1981, Madrid. Pág. 16

Pensamos junto con Maria Guadalupe Otero y Fernando Coronado Franco [18] que Norberto Bobbio parte de que el derecho legislado es un punto de partida para el análisis de lo jurídico, pero que ese derecho está formado por un sistema de principios que sirven tanto para criticar la ley positiva como para interpretarla, y esos principios son los derechos humanos. Son un acontecimiento histórico incorporado a la cultura ética de Occidente y forman parte del proyecto de la modernidad, que se manifestó en las declaraciones históricas que desembocan en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales que se han derivado de ésta, como los pactos y múltiples declaraciones y convenciones.

La de Bobbio es una fundamentación de los derechos humanos historicista crítica. Compartimos esa fundamentación y compartimos la necesidad de proteger los derechos humanos que hace que se encuentren por encima de los Estados y de las Naciones.

Nuestro constitucionalista Bidart Campos en su trabajo titulado La Ciencia del Derecho Durante el Siglo XX, comienza con el panorama de los Derechos Humanos a fin de siglo y sostiene que *"el aterrizaje de los derechos humanos en el derecho constitucional no es originario del siglo XX, porque nos llegó con el primer constitucionalismo –el clásico- a fines del siglo XVIII. No se los denominaba derechos humanos, pero desde las nominaciones de derechos individuales o derechos públicos subjetivos dejaron la enseñanza de que eran propios de la persona humana y oponibles frente al Estado".*[19]

Estas palabras del maestro constitucionalista nos sirven para tomar la dimensión de los derechos humanos frente al poder estatal, dimensión que se ha ido ampliando con el correr de los años y se han logrado muchísimos avances del derecho internacional de los derechos humanos frente al poder estatal y nacional.

---

[18] Maria Guadalupe Otero y Fernando Coronado Franco "La luz de los derechos humanos" o "perlitas para abrir boca" (Documento para el debate presentado en el *Simpósium de Educación y Cátedra Pauto Freire "Educar para construir el sueño"*, realizado en febrero de 2000 en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO). México. Presidenta \ secretario ejecutivo de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco (CEDHJ).

[19] German J. Bidart Campos. ***La Ciencia del Derecho Durante el Siglo XX.*** Bs.As. Pág. 96.

Bidart Campos indica que *"se opera una ventajosa simetría: la pirámide del derecho interno y la pirámide del derecha internacional elevan los derechos humanos a la cima de sus respectivos vértices"*[20] por lo que los derechos humanos ponen un freno al poder estatal desde los dos derechos desde el interno y desde el internacional.

Esta aseveración del constitucionalista Bidart Campos puede ayudar a comprender la importancia de los derechos humanos como vértice de los sistemas jurídicos y como una limitación a los Estados.

Pablo Ramella sostiene y creo que tiene la razón que "estos derechos no son atribuidos, pues, al individuo por el Estado, sino que derivan de la ley natural...

Continua diciendo *"cuando se habla de los derechos humanos no podemos referirnos a una abstracción, sino que hay que situar al hombre en su ámbito social y reconocerle todos aquellos derechos sin los cuales no podría desarrollar su personalidad. De nada valdría admitir teóricamente su libertad de pensamiento si las condiciones económicas en que vive lo sumen en el agotamiento físico"*[21]

Está claro que los derechos humanos no son una abstracción y también está más que claro que se vienen transformando en un serio límite al poder del Estado.

5.- Paradigma Metodológico en las Ciencias Sociales, Derechos Humanos y modernidad occidental.

Nos dirá Boaventura que *"a partir de los siglos XVI y XVII, la modernidad occidental emergió como un ambicioso y revolucionario paradigma socio-cultural asentado en una tensión dinámica entre regulación social y emancipación social. A partir de mediados del siglo XIX, con la consolidación de la convergencia entre el paradigma de la modernidad y el capitalismo, la tensión entre regulación y emancipación entró en un largo proceso histórico de degradación caracterizado por la*

[20] German J. Bidart. Campos. Op. Cit. Pág.99.
[21] Ramella, Pablo. "Los Derechos Humanos". Editorial Depalma. Bs.As. 1980 Pág.17/18.

gradual y creciente transformación de las energías emancipadoras en energías reguladoras"[22]

Esta crisis final pone en crisis el paradigma clásico de los derechos humanos, que es el paradigma construido por la modernidad y la crisis de la emancipación en la regulación.

Ante la crisis terminal del paradigma de la modernidad y de todas las teorías que fundamentan los derechos humanos en todo este proceso y ante los profundos cambios sociales producidos los últimos años en los países del tercer mundo y en especial en Latinoamérica, estamos asistiendo a nuevas fundamentaciones de los derechos humanos y nuevos principios de su confirmación, teniendo en cuenta que se trata de un proceso donde todo lo viejo ha caducado y donde lo nuevo está surgiendo.

Los derechos humanos son una práctica y como práctica han tenido profundas transformaciones, convirtiéndose en la esperanza que antes se depositaba en un nuevo régimen político, como era la esperanza de la igualdad social. Nos encontramos con el nuevo paradigma de derechos humanos que se presenta como la esperanza de los silenciados, de los excluidos y de los países en tercermundistas.

Esta esperanza la constituye el nuevo paradigma de derechos humanos, que entra en crisis con el viejo paradigma, formado a la luz de las potencias vencedoras de la Segunda guerra mundial.

De la confrontación del paradigma de los derechos humanos, de los vencedores y poderosos contra el paradigma de los excluidos y silenciados, se produce la confrontación también entre el paradigma naturalista y el positivista reproduciéndose en la actualidad viejas discusiones que se creían terminadas y que hoy se encuentran vigentes.

Esta profunda transición paradigmática puede verse en las distintas organizaciones de derechos humanos que hoy se constituyen en la esperanza de miles y miles de personas que piensan en un mundo mejor.

---

[22] Boaventura de Sousa Santos. *Critica de la Razón Indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Volumen I.* Palimpsesto Derechos Humanos y Desarrollo. Editorial Desclée de Brouwer. San Paulo. 2000. Pág. 13

Boaventura sostiene tres puntos. El primero que no hay emancipación posible en el mismo paradigma de la modernidad. El segundo que debe trabajarse sobre un sentido común emancipador, un pensamiento que tiene que ser subversivo, centrífugo. El tercero es buscar una desfamiliarización con lo que está establecido y es convencionalmente aceptado.

Entonces debemos romper con el paradigma de la modernidad, debemos romper con lo establecido y con lo considerado inevitable y necesario.

Pero finalmente, y lo que considero lo más importante de la propuesta de Boaventura, es su idea de ser críticos con el pensamiento crítico, ya que según su pensamiento, no podemos ser sociólogos con el pensamiento ajeno e ideólogos con el pensamiento propio.[23]

6.- El pensamiento crítico

"El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia y que por tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe. La incomodidad, el inconformismo o la indignación ante lo existente suscita el impulso para teorizar su superación"[24]

Esto es central en cuanto a los derechos humanos, la indignación frente a lo que existe y el inconformismo frente a declaraciones, tratados y convenciones que no alcanzan frente a las graves violaciones a los derechos humanos.

7.- La dignidad de la Persona humana y soberanía del Estado:

Según el Profesor Diego Lavado *"A partir de la segunda mitad del Siglo XX, con la irrupción de instrumentos sobre derechos humanos, inicialmente declaraciones y luego tratados o convenciones, se ha generado una significativa transformación del derecho público. Tanto es así que, teniendo en cuenta las particularidades del objeto de*

[23] Boaventura de Sousa Santos. Critica de la Razón Indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Volumen I. Palimpsesto Derechos Humanos y Desarrollo. Editorial Desclée de Brouwer. San Paulo. 2000. Pág. 16

[24] Boaventura de Sousa Santos. Op. Cit. Pág. 23

que se ocupa, algunos autores ya señalan como categoría especial dentro de esta rama del derecho, al derecho internacional de los derechos humanos."[25]

A partir de allí los tratados comenzaron a limitar la soberanía de los Estados, quienes podrán hacer todo aquello que no le esté prohibido por las leyes internacionales, al igual que las normas de derecho constitucional limitan la soberanía del individuo.[26]

Si bien este principio no es de exclusiva aplicación en el campo de los derechos y garantías individuales, ya que abarca a todo tipo de relaciones, es en el campo de los derechos humanos donde se ha desarrollado especialmente esa tendencia limitadora a la autonomía estatal, en los últimos años."[27]

Tal así son las cosas que esto ha producido que por medio de los protocolos, las declaraciones y los tratados se ha generado un plexo de leyes superiores que establecen garantías y mecanismos de contralor que consisten en organismos internacionales que se sitúan frente al poder del Estado, lo que significa, en síntesis, el cambio de paradigma por un paradigma distinto, salimos de la concepción ilimitada del poder estatal para pasar a una concepción limitada.

En efecto, al suscribir la Argentina el Pacto de San José de Costa Rica y reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica por sobre nuestra república se renuncia en forma definitiva a un poder estatal absoluto puesto que la Corte Interamericana se sitúa por encima de la Corte de Justicia local y transforma al sistema judicial en un sistema monista cuyo vértice es y será la Corte Interamericana de Derechos Humanos es decir un órgano supra-nacional.

La dignidad humana se debe encontrar por encima de los estados y cada día comprendemos más que somos parte de una aldea global de una sola comunidad unida por lazos indisolubles que, por supuesto, debe respetar las culturas particulares.

Hay crímenes que por lo tanto no ofenden solo a un país determinado sino que ofenden a la comunidad internacional como los crímenes contra la humanidad y por lo

---

[25] Así lo hace, entre otros, Juan Carlos HITTER. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Ediar. Buenos Aires, 1991. T. I y II.-

[26] VARGAS CARREÑO, Edmundo: **Introducción al derecho internacional**. Juricentro. San José, 1992. pgs. 229/232.-

[27] LAVADO DIEGO JORGE, *Lecciones de Derechos Humanos. Mendoza.* 2004. Pág. 15.

tanto ponen en peligro a la humanidad en su conjunto y no puede dejarse su represión y castigo en manos de un estado determinado ya que esto significaría lisa y llanamente promover su ejecución.

El derecho internacional de los *derechos humanos* cuyas facultades *"se encuentran condicionadas a la previa aceptación por el Estado concernido de la competencia del órgano internacional contemplado por el tratado en cuestión. A pesar de ello cabe constatar un fortalecimiento de este sector del derecho internacional. De un lado, por la progresiva aceptación de tales técnicas por los Estados. De otro, por los avances producidos en materia de la responsabilidad penal individual de la persona, con independencia de que ésta haya cometido las violaciones de los derechos humanos en el ejercicio o no de funciones públicas."*[28]

Entonces cada vez que los estados aceptan la competencia de organismos de control ya sea integrantes del tratado o a través de protocolos facultativos, como sucede en Argentina con el Protocolo Facultativo para Prevenir la Tortura donde la Argentina reconoce un mecanismo de control interno y se compromete a llevarlo adelante, se van aceptando límites a la soberanía del Estado.

De esta forma se llega a comprender que *"existen derechos fundamentales que el hombre posee por el mero hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados. La idea que acabamos de transcribir, como es de sobra conocido, presenta ontecedentes muy remotos, entre los que no es inapropiado recordar al juez Coke, que en el conocido Bonham' s Case (1610) se pronunció a favor de la primacía de un derecho común que no podía ser conculcado por normas que aprobara el parlamento"*[29]

Esto es similar a lo que le dice el Quijote a Sancho cuando es designado gobernador de la ínsula: "Que la vara de la justicia no se doble a no ser por la misericordia"

---

[28] CARLOS FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI. ***Derecho Internacional De Los Derechos Humonos.*** Editorial Dilex, S.L. 2da Edición. Madrid. 2003. Pag. 62

[29] FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO. ***La Dogmatica de Los Derechos Humanos.*** Ediciones Jurídicas Lima Perú. 1994. Pág. 127. En igual sentido Truyol y Serra. Los Derechos Humanos., Tecnos Madrid, 1984 Pág.11.

Seguimos así también lo dicho por Diego Lavado[30] al sostener que el reconocimiento de la dignidad del hombre implica como presupuesto básico, el derecho a un trato acorde con sus valores intrínsecos independientemente de toda otra condición. Este principio elemental que ya fuera señalado por Kant[31], adquiere renovada vigencia en la filosofía jurídica contemporánea[32] y sustenta el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional.

A partir de 1945 se inicia un proceso de humanización del Derecho Internacional, la Carta de las Naciones Unidas, luego la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá en 1948, con todo este proceso se avanza en el sentido del reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo con el reconocimiento de los derechos esenciales a la persona humana y a su dignidad intrínseca, inherente a su condición.

La subjetividad internacional del individuo ya había sido planteada en el siglo XIX por Juan Bautista Alberdi[33]

Para Alberdi el derecho de gentes es el derecho internacional y este el derecho civil del género humano...

"El derecho es uno y universal, como la gravitación; no hay más que un derecho..."[34]

En la reunión en México de la Conferencia Interamericana sobre los problemas de la Guerra y la Paz se delinea, por primera vez, la necesidad de un sistema internacional de protección a los derechos humanos[35].

---

[30] LAVADO DIEGO JORGE. Op.Cit. Pag.16.

[31] Emanuel KANT hace referencia a este punto cuando afirma: *"El respeto que yo tengo por otro, o que otro puede exigir de mi , es por ende el reconocimiento de una dignidad en los demás hombres, es decir de un valor que no tiene ningún precio, ningún equivolente con el que se puedo intercambiar el objeto de estimoción"* **(Metafísica de las costumbres).**

[32] Actualmente la tesis individualista de Dworkin pone renovado acento en el concepto de dignidad humana que constituye *"el derecho abstracto o igual consideración y respeto"*. Citado por VIGO, Rodolfo Luis en: **Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin** (Nuevos Vientos de la Filosofía del Derecho). UNL Santa Fe, 1993. pg. 36.-

[33] VANOSSI, Jorge Reinaldo: ***La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad al ordenamiento interna de los Estados.*** En Revista IIDH. Nº 16. San José, Julio/ diciembre 1992. pgs. 101/118.-

[34] ALBERDI, Juan Bautista. ***El Crimen de la Guerra. El Gigante de Amapolas.*** Editorial y Librería Los Creadores. Bs.As. 1984. Pág. 124.

[35] HITTERS, Juan Carlos: **Derecho internacional de los derechos humanos.** Ediar. Buenos Aires, 1991. T. I, pg. 195.-

Ello finalmente se expresa a nivel normativo en 1948 con la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, cuando en su Preámbulo anuncia: *"los derechos no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana"*.

También fue reconocido por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y finalmente la Convención Americana sobre derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica.

Posteriormente, con la sanción de los tratados sobre la materia, esta capacidad internacional se vio reforzada al reconocer al individuo la facultad de peticionar personalmente ante organismos internacionales, como lo hace la Convención Americana (art. 44) y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (art. 1).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en su Opinión Consultiva N° 2 ha dejado claro que es esa legitimidad de la persona humana lo que otorga especiales características al derecho internacional de los derechos humanos, diciendo que los Convenios Internacionales sobre el tema *"no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen vorias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"*.[36]

[36] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OC-2/82: **El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana** (apartado 29). Su texto completo y el comentario de Víctor BAZAN se encuentra en BIDART CAMPOS, Germán y PIZZOLO (h), Calogero. **Derechos Humanos. Corte Interamericana. Textos completos y comentarios**. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2000. pg. 71/165-

Luego se produjo un proceso de *"deshumanización con la concepción del D.I. como regulador de las relaciones entre los Estados, que termina con la rotunda separación de Triepel entre Derecho Internacional y Derecho Interno..."* [37]

Pero finalmente estas teorías dualistas y pluralistas fueron perdiendo fuerza lentamente hasta casi extinguirse en la actualidad.

La existencia de normas que protegen a los individuos y también a grupos de individuos por encima de los estados de los que forman parte son amplísimas y si bien señalamos algunas debemos agregar la prohibición de piratería, prohibición de uso de gases asfixiantes y tóxicos, la convención contra el genocidio firmada el 9 de diciembre de 1948.

También protegen a grupos las normas del trabajo, la Parte XIII del Tratado de Versalles. Con respecto a la libertad las normas que prohíben la esclavitud, la trata de esclavos, la trata de blancas.

Después de la Segunda Guerra Mundial se protege al individuo a cada individuo y no ha determinadas minorías como sucedía en la Sociedad de las Naciones.

Las Naciones Unidas con la Declaración Universal de Derechos Humanos deja en claro su posición destinada a la protección de los individuos. Al concederles a los individuos legitimación para actuar frente a determinados órganos internacionales la calidad de sujeto internacional de los mismos parece indiscutible.

Los precedentes los encontramos en el protocolo franco italiano de 1904, el articulo 4 de la Convención de la Haya de 1907, la Convención de Washington de 1907 entre las cinco Repúblicas de la América Central, de un Tribunal de Justicia Centroamericano[38].

Hoy existe una clara posibilidad para que las personas puedan presentarse *per se* ante los tribunales internacionales, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en los ámbitos regionales[39].

También debemos seguir con mucha atención los esfuerzos actuales por hacer extensiva esta responsabilidad, que por ahora es predominantemente estatal, a la

---

[37] **DIEZ DE VELASCO. Instituciones de Derecho Internacional Público. Editorial Tecnos.(1 a 8vaEdicion) España. Tomo I Pág. 285**

[38] DIEZ DE VELASCO. Op. Cit. Pág.288.

[39] MÉNDEZ, Juan E.: ***La participación de la víctima ante la corte interamericana de derechos humanos.*** En NIETO NAVIA, Rafael (editor): La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. CIDH. San José, 1994. pgs-. 321/332.-

esfera individual mediante la reciente constitución y puesta en funcionamiento de la Corte Penales Internacionales.[40]

Sigue sin embargo la imposibilidad de presentarse los individuos al T.I.J. órgano judicial principal de las Naciones Unidas pero sí tienen legitimación ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Esta mixtura hace pensar que finalmente los individuos podrán acceder a todas las instancias internacionales y la responsabilidad de los mismos se extenderá por fuera de sus territorios en los crímenes contra la humanidad, genocidio y tratados del ius cogens.

Esto habla de que los estados están sometidos a un marco jurídico internacional que va en expansión y que finalmente regirá por sobre las soberanías estatales.

Debemos mencionar también las reformas a los reglamentos de la Comisión y Corte Interamericanas entrados en vigor el primero de mayo del 2001 y el primero de junio del 2001 respectivamente, constituyen un hito en el Sistema Interamericano, entre las reformas *"se debe destacar especialmente el establecimiento de un procedimiento ante la Comisión Interamericana para la determinación del sometimiento de los casos a la jurisdicción de la Corte, que contempla la participación directa de los peticionarios/as"*[41]

7.1. Los Derechos Humanos y su sistema de protección.

Los derechos humanos limitan la soberanía de los Estados a favor de los individuos, lo hacen, ya que independientemente de las normas de cada Estado, hoy más que nunca está claro que somos una comunidad internacional.

Toman otra vez vigencia las palabras del maestro Pablo A. Ramella, que desde 1980 viene diciendo que los derechos esenciales no pueden limitarse a las fronteras territoriales y el límite jurídico de los estados.

---

[40] VARGAS CARREÑO, Edmundo: ***Una corte penal internacional.*** En NIETO NAVIA, Rafael (editor): **Op. Cit.** pgs. 535/551.-

[41] CEJIL. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Compilación de Instrumentos. Editorial Gossestra. San José de Costa Rica 1997. Pag. 15

Luego de la Segunda Guerra Mundial y el fenómeno del Nazismo quedó claro que una ley de un Estado puede ser totalmente violatoria de los derechos humanos como lo fueron las leyes del Estado Alemán Nazi.

Tuvimos un auge del positivismo que no cesa pero que en pleno 2009 y ante los crímenes ocurridos en Irak y los atentados a las Torres Gemelas en Estados Unidos le ha dado fuerza a la posición de defensa de derechos humanos por encima de las pirámides jurídicas de los Estados.

También han cobrado relevancia los mecanismos regionales de control de los derechos humanos. Argentina ha modificado en 1994 la Constitución Nacional otorgando a los mecanismos regionales de control un poder superior al Estado Argentino. Esto es así en tanto Argentina reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica y se somete a sus decisiones inapelables.

Desde que Estados Unidos está sujeto a la auditoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la CIDH le hizo una visita a Guantánamo y solicitó el cierre de esa cárcel.

Lo que sucede es que se abre una brecha. Al ser insuficiente el derecho interno, se encuentra una autoridad más alta, que es en este caso el sistema regional americano compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. Ambos organismos significan una autoridad superior respecto del derecho interno y por ende superior a los estados.

La Comisión tiene una competencia más amplia ya que comprende a todos los Estados miembros de la OEA y la Corte a aquellos que reconocen expresamente su competencia.

8.- Impacto del Sistema Internacional de Derechos Humanos en el Estado Nación Argentina.

El impacto debe analizarse a la luz de la reforma constitucional de 1994 que jerarquizó constitucionalmente 9 tratados y 2 declaraciones en el artículo 75 inc. 22.

En efecto, a partir de allí no quedan dudas del sistema monista en el que se inscribe la Argentina en el plano del control regional de derechos humanos.

Muy a pesar de los constitucionalistas tradicionales argentinos y toda su teoría con la nueva constitución ya no existe lugar para sostener un sistema dualista de interpretación.

Tampoco puede sostenerse el dualismo, desde que la Corte de la Nación en el fallo "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros." Del año 1992, sostuvo la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en los siguientes términos:

"La Corte considera que esta cuestión se esclarece si se la estudia desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, una de las características de ese derecho establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie. El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Esta posición jurídica es compartida en Europa y América. Efectivamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha expresado en el caso "Austria vs. Italia" "que las obligaciones asumidas por las altas partes contratantes en la Convención (Europea de Derechos Humanos) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez decretar derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes" (confr. "Application Nº 788/60 European Yearbook of Human Rights", 1961, vol. 4, p. 140; ver en igual sentido, Cançado Trindade, Antônio A., "A evolução doutrinâria e jurisprudencial de proteçâo internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas", Brasilia, Revista de Informaciones Legislativas, Senado Federal, Ed. Técnicas, año 19, núm. 73, enero-marzo, 1982, p. 262, segundo párrafo).

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que en los tratados sobre derechos humanos "no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derecho y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención (sobre el genocidio) es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones" (confr. "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime and Genocide", Advisory opinion del 28 de mayo de 1951, I. C. J., p. 12 in fine). De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que los tratados sobre Derechos Humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al vincularse mediante estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (confr. opinión consultiva -en adelante, "OC"- Nº 2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 74 y 75-" serie A y B, Nº 2, del 24 de setiembre de 1982, párr. 29 y, en similar sentido, OC-1/81. "Otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte - art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-", serie A y B, Nº 1, párr. 24). La particularidad de esos derechos y su indudable jerarquía, determinan que los Estados puedan ser objeto de reproche ante instancias internacionales de protección, aun por iniciativa de sus propios nacionales. A mayor abundamiento, es ilustrativo señalar que el carácter especial de los aludidos tratados también ha sido reconocido por las Constituciones de Perú del 18 de julio de 1979 (art. 105) y de Guatemala del 31 de mayo de 1985 (art. 46). La negrita me pertenece.

La Corte de la Nación con el cambio de sus integrantes, también tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso SIMON, JULIO HÉCTOR Y OTROS Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/2005, fallos 328:2056 donde se pronunció de la siguiente manera:

"La apelación a la supralegalidad. Que no han faltado en el curso del debate apelaciones abiertas al derecho natural. Por momentos, en el Congreso de la Nación se renovó el debate entre jusnaturalistas y positivistas. La invocación de un derecho supralegal para desconocer límites de legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quién establezca lo que es o se pretende natural. Como es sabido, no hay una única teoría acerca del derecho natural, sino muchas. Basta revisar cualquier texto que contemple la historia del pensamiento jurídico para verificar la enorme gama de versiones del jusnaturalismo y sus variables (es suficiente remitir a obras ampliamente divulgadas y clásicas, como Alfred Verdross, La filosofía del derecho del mundo occidental, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1962; Hans Welzel, Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material, Aguilar, Madrid, 1971). Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo derechos naturales -con ese u otro nombre- autoritarios y totalitarios, abiertamente irracionales. La legislación penal nazista apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo (al respecto, Édouard Conte-Cornelia Essner, Culti disangue, Antropologia del Nazismo, Carocci Editore, Roma, 2000; Michael Burleigh-WolfgangWippermann, Lo Stato Razziale, Germania 1933-1945, Rizzoli,Milano, 1992; George L. Mosse, La Cultura Nazi, Grijalbo, Barcelona, 1973; sobre su extensión al fascismo italiano, Giorgio Israel-Pietro Nastasi, Scienza e Razza Nell'Italia Fascista, Il Mulino, Bologna, 1998). El stalinismo, por su parte, lo hacía remitiendo a los principios de la sociedad socialista (asi: Stucka -- Pasukanis - Vysinskij - Strogovic, Teorie Sovietiche del Diritto, Giuffrè, Milano, 1964). Además, el argumento jusnaturalista corre el riesgo de enredarse y terminar legitimando lo que la ley 25.779 quiere descalificar de modo tan radical, pues reconocer injustos o ilícitos supralegales importa admitir también justificaciones supralegales y, con ello, entrar al debate de la llamada guerra sucia con el autoritarismo de seguridad nacional, que también era una construcción supralegal, o sea que, aunque nadie lo haya desarrollado con ese nombre, se sostuvo la existencia de un aberrante derecho supralegal de seguridad nacional (puede verse el ensayo que en este sentido lleva a cabo Carlos Horacio Domínguez, La Nueva Guerra y el Nuevo Derecho, Ensayo para una Estrategia Jurídica Antisubversiva, Círculo Militar, Buenos

Aires, 1980; en lo específicamente penal intentó esta empresa Fernando Bayardo Bengoa, Protección Penal de la Nación,Montevideo, 1975; en sentido crítico sobre estas ideologías, Comblin, Joseph, Le Pouvoir Militaire en Amerique Latine, París, 1977; Montealegre, Hernán, La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1979).

Por otra parte, la invocación de fuentes jurídicas supralegales siempre obliga a volver la vista al drama alemán de la posguerra y muy especialmente al debate que en su tiempo se generó. Es sabido que ante las atrocidades cometidas por los criminales nazistas surgió en la posguerra alemana un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del jusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias del Tribunal Constitucional. La apelación a un derecho supralegal se llevó a cabo especialmente por la vía de la "naturaleza de las cosas" (sobre ello, Alessandro Baratta, Natur der Sache und Naturrecht, Darmstadt, 1965; del mismo, La Teoria della Natura del Fatto alla Luce Della "nuova retorica", Giuffrè,Milano, S.1767.XXXVIII.1968; también Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus, en ARSP, Wiesbaden, 1968; Juristische Analogie und Natur der Sache, en "Fest. f. Erik Wolf", Frankfurt, 1972; Il Problema Della Natura del Fatto, Studi e Discussioni Negli Ultimi Anni, Giuffrè,Milano, 1968; Luis Recaséns Siches, Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "razonable", UNAM, México, 1971; Ernesto Garzón Valdes, Derecho y "naturaleza de las cosas", Análisis de una Nueva Versión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo, Univ. Nac. de Córdoba, 1970).El estado espiritual de la ciencia jurídica alemana de la mitad del siglo pasado y especialmente de su filosofía del derecho lo marcó en gran medida la polémica sobre la llamada "vuelta" o "giro" de Gustav Radbruch, expresado en un breve artículo de 1946 con el título de "Injusto legal y derecho supralegal" (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en Rechtsphilosophie, Suttgart, 1970, pág. 347; el impacto de este trabajo se observa en diversas contribuciones después de veinte años de la muerte de Radbruch, en los "Gedächnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann", Göttingen, 1968). "El conflicto entre justicia y seguridad del derecho sostenía este autor en ese artículo debería resolverse en forma que el derecho positivo, garantizado por el estatuto y el poder, tenga preeminencia aun cuando en su contenido sea injusto

o inadecuado, salvo que el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, como 'derecho injusto', ceda ante la justicia". Sabemos que esta fórmula fue duramente criticada en su momento por Hart, quien se hacía cargo del drama alemán, pero sostenía que era preferible aplicar el derecho positivo antes que correr el riesgo de utilizar leyes retroactivamente, incluso en los casos de intolerabilidad exceptuados por Radbruch. No obstante, como se ha demostrado en una completísima investigación más reciente, la fórmula de Radbruch no tuvo muchas consecuencias prácticas en Alemania (Giuliano Vassalli, Formula di Radbruch e Diritto Penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania Postnazista e nella Germania Postcomunista, Giuffrè, Milano, 2002). Cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente. En la posguerra no había Constitución en Alemania; la Constitución de la República Federal se sancionó en 1949 y en ese momento las perspectivas de la Carta de Bonn no eran mejores que las de Weimar treinta años antes. En el plano universal sólo existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundamental pero realmente débil en ese momento, pues la aceptación de su consideración como ius cogens es muy posterior a los primeros años de la posguerra. Tampoco existía en Europa un sistema regional de Derechos Humanos; la Convención de Roma es de 1950 y su ratificación y puesta en funcionamiento para todo el continente fueron muy posteriores y graduales. En otras palabras, no se había positivizado suficientemente el derecho internacional de los Derechos Humanos y eran débiles las consagraciones nacionales. La consagración de los Derechos Humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos (confr. Antonio Augusto Cançado Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Directos Humanos, Porto Alegre, 1997, volume I págs. 17 y sgtes.). Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supralegal, pues carecían de constituciones."

Sigue manifestando en su largo voto el maestro Zaffaroni que los derechos humanos se internacionalizaron y globalizaron. Este último fenómeno de positivización de los Derechos Humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al

clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro. "En síntesis, respecto de los argumentos esgrimidos en este sentido para explicar la excepcionalidad de la circunstancia de la ley 25.779 en el curso de su debate invocando el derecho natural o supralegal, cabe concluir que no es necesario perderse en las alturas de la supralegalidad, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas. Esto lleva al tercer orden de argumentos sostenidos en el debate parlamentario. El argumento de derecho internacional. Que se aproxima mucho más al núcleo del problema la posición que funda la legitimidad de la nulidad de las leyes de marras en el derecho internacional vigente como derecho interno... (CSJN. fallos 328:2056. Voto Concurrente, Dr. Raul Eugenio Zaffaroni.)

Queda entonces más que claro el impacto de la legislación del derecho internacional de los derechos humanos en el Estado Nación Argentino tal es así que conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se anularon las llamadas leyes de impunidad "Obediencia Debida" y "Punto Final" por oponerse al sistema interamericano que había declarado la contradicción de este tipo de normas con el sistema interamericano en el caso Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú, también conocido como caso Barrios Altos.

9.- Control de Convencionalidad

A partir de que los Estados fueron reconociendo la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos fue tomando fuerza el llamado "control de convencionalidad", que podemos conceptualizarlo según palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el "control de convencionalidad" en el caso Trabajadores Cesanteados vs. Perú, al referirse al mismo lo define como *"el control que pueden y deben ejercer los órganos de lo justicia nacional con respecto a actos de autoridad entre ellos, normas de*

alcance general, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan ***sujetos y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por diversos actos de carácter soberano --ratificación o adhesión a un tratado, reconocimiento de una competencia-- los Estados a los que corresponden esos órganos nacionales".***

La Corte Interamericana también se ocupó del control de convencionalidad en la Sentencia del Caso Almonacid[42].

La Corte al tratar el "control de convencionalidad" se ha referido a la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

Sin embargo, ha dejado claro que *"la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado:* ***Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos."***[43]

Es decir que existe un orden constitucional del estado y un orden internacional de los derechos humanos el cual el estado debe respetar por los compromisos que ha asumido y que evidentemente son compromisos soberanos por que vienen justamente a limitar la soberanía del estado y por eso requieren su reconocimiento, aunque también existen normas del ius cogens internacional que limitan la soberanía y que no requieren ser aceptadas por los estados por comprender un bloque internacional de derechos humanos que deben ser respetados universalmente.

---

[42] Corte IDH, *Caso Almonacid y otros vs. Chile,* sentencia del 26 de noviembre del 2006, parr. 124.

[43] *Corte IDH, Caso Trabajadores Censados del Congreso -vs. Perú, voto razonado del Dr. Sergio García Ramirez, párr. 2*

Es evidente que por encima del orden interno encontramos el orden internacional.

Según la profesora Susana Albanese *"podemos definir al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías. Lugar donde confluyen ambos controles."*[44]

Se refiere al interno y al internacional, pero a partir de que los tratados integran la Constitución Nacional articulo 75 inc. 22 esa paridad deja de ser tal y se transforma en un solo sistema de normas en cuya cúspide se encuentra el derecho internacional de los derechos humanos que obviamente limita la soberanía del estado.

Se sostiene que el control de convencionalidad *"está vinculado con una facultad legítima de los jueces, refrendada desde el derecho internacional de los derechos humanos, producto de un largo proceso doctrinario y jurisprudencial enraizado en las opiniones de la Corte Permanente de Justicia Internacional que en cierta medida se encuentra simbolizado en una norma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 27 de la Convención de Viena..."*[45]

A partir del avance del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas y luego en el sistema interamericano no puede sostenerse de manera alguna una posición contraria a la primacía del derecho internacional de los derechos humanos.

La comunidad de las Naciones avanza a *"la instauración de un instrumento constitucional del orden público internacional, glosando al tribunal europeo, o la constitucionalización del derecho internacional."*[46]

Se ve que con avances y retrocesos sin prisa pero también sin pausa se avanza hacia la constitucionalización del derecho internacional. Ese camino, sin dudas,

---

[44] Albanese Susana, Salinas Pablo y otros, *Control de Convencionalidad*, Editorial Ediar, 1 Edición. Bs. As. 2008. Pág. 15

[45] Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, 2da Edición, Ediar, Buenos Aires, 2007. Pág. 330

[46] Albanese Susana, Salinas Pablo y otros, *Control de Convencionalidad*, Editorial Ediar, 1 Edición. Bs. As. 2008. Pág. 44

empezó hace muchos años pero tiene un hito fundamental que fue la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre del 1948 que fue aprobada por unanimidad por todos los estados y que empezó a limitar la soberanía del estado moderno y luego con todos los pasos reseñados en el presente trabajo llegamos a 2009 con la firme convicción de que más temprano que tarde se llegará a la plena vigencia de un orden supra nacional que tendrá en su cúspide a el derecho internacional de los derechos humanos.

Quiero finalizar con las palabras de Raul Zaffaroni *"conforme la dominante tesis del derecho único, no es cierto que los derechos humanos no tengan vigencia en el mundo. En un sentido, los derechos humanos son un programa abierto, inconcluso, de realización progresiva en gran medida, un unfinished, como no lo es menos el principio del estado de derecho, pues ningún estado del planeta puede demostrar que sea un estado de derecho perfecto, sino que se aproxima o se aleja de un modelo ideal."*[47]

Por lo tanto el avance en esta materia ocurrido en el último siglo ha limitado el poder de los estados, ha permitido que los individuos sean sujetos del derecho internacional ha abierto la posibilidad de juzgar a los criminales en los casos de crímenes contra la humanidad.

Como bien dice Zaffaroni, *"Milosevic, no era el ciudadano Capeto, pues era un ciudadano del mundo en el mismo sentido que todos nosotros, que estamos vinculados jurídicamente a una legislación positiva internacional que también es ley interna en cada uno de nuestros estados, cuyas leyes no pueden violarla en materia de derechos humanos; en caso de violación, los tratados (leyes internacionales) imponen el deber de sancionar a los responsables, so pena de abrir la competencia universal o, entre los países suscriptores, la del tribunal de Roma".*[48]

Seguimos el pensamiento de Pablo Antonio Ramella, de Norberto Bobbio, de Germán Bidart Campos, de Raul Zaffaroni, el pensamiento de que el derecho internacional de los derechos humanos constituye a todos los hombres y mujeres del planeta en ciudadanos del mundo y por lo tanto constituye un límite al poder de los

[47] Zaffaroni Raul, El Enemigo en el Derecho Penal. Editorial Ediar. Bs.As. 2006. Pág. 177
[48] Zaffaroni Raul. Op. Cit. Pág. 179

estados nación, un límite al poder que debe respetar algo muy sencillo, la dignidad inherente al género humano y más temprano que tarde veremos mecanismos más fuertes y eficaces de protección que ayudaran a hacerlos cada vez un poquito más efectivos.

10. La Doctrina de Derechos Humanos. Pablo Antonio Ramella

Pablo Ramella, trabajó fundamentalmente el derecho público, su tesis de doctorado titulada La Internacional Católica es prueba de ello pero luego escribió el libro titulado Los Derechos Humanos, editado por editorial Depalma en 1980 y luego en 1986 publicó el libro titulado Crímenes contra la Humanidad, también editado por Depalma y fue traducido al portugués por Fernando Pinto.

Su tesis de doctorado La Internacional Católica, abordó el derecho internacional público y luego Crímenes contra la Humanidad y Derechos Humanos.

Se puede apreciar la especificidad de su obra en el Derecho Constitucional en los Derechos Humanos en suma en el Derecho Público.

Fue convencional constituyente en 1949 participando de la creación de la más avanzada y calificada constitución que tuvimos como Argentinos, representó en ese caso a la Provincia de San Juan.

Fue Ministro de Gobierno de la Provincia de San Juan entre 1973 y 1975 y finalmente fue Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En sus años de abogado participó en la Conferencia de la Federación de Abogados en 1979 donde se trataban las gravísimas violaciones a derechos humanos que ocurrían en Argentina, allí *"El DR. Pablo Ramella expuso en sus conclusiones:*

«1) El Estado debe combatir el terrorismo, pero dando a la vez el ejemplo. Ello se manifiesta por medio del respeto a la dignidad humana.

2) Tratados internacionales en el seno de la ONU.

3) Sin perjuicio de ello, las sanciones pertinentes deben integrarse al C.P. el que se adecuará al tratado internacional.

4) El terrorista debe ser sometido a un procedimiento similar al que es sometido cualquier otro delincuente, lo que significa a) Jueces Naturales, b) Defensor Letrado, c) Audiencia Oral y Pública.»

Son fundamentales los conceptos del Dr. Ramella en cuanto al respeto a la dignidad humana y a las mínimas garantías judiciales, con lucidez y en forma sencilla se critica el accionar ilegal del Estado Militar de 1976 –1983."[49]

Es decir que allí donde ocurrían los hechos el Dr. Ramella criticaba duramente a la dictadura, cuando la dictadura era fuerte y poderosa y cuando arriesgaba su vida, como la había arriesgado en otros tiempos cuando fue preso político en 1955.

Estas palabras son centrales, buscaba otorgar un sistema de garantías y era un visionario pues hoy la principal potencia mundial no respeta estos principios básicos en su cárcel de Guantánamo.

Pablo Ramella escribió el libro titulado Los Derechos Humanos y lo hizo en el año 1980, en dicho libro de editorial Depalma nos presenta su concepto acerca de los derechos humanos *"parece que es una idea definitivamente aceptada en doctrina, de que el hombre tiene derechos fundamentales inherentes a la persona humana, aunque algunos, como Louter y Oppenheimer, lo nieguen. Estos derechos no son atribuidos, pues, al individuo por el Estado, sino que derivan de la ley naturol, la cual es de tal índole, según Suarez, que "ninguna potestad humana ni la pontificia, puede abrogar algún precepto propio" de ella "ni disminuirla propiamente y en sí mismo ni dispensar de él".* [50]

Lo que busca Ramella es la relación entre los derechos humanos o derechos fundamentales con el Estado, esta relación es la que se busca delimitar y precisar.

---

[49] Salinas Pablo Gabriel. La Aplicación de la Tortura en la República Argentina. Editorial del Puerto. Bs.As. 2010. Pág.

[50] Pablo Ramella. Los Derechos Humanos. Editorial Depalma. Bs.As. 1980. Pag. 11

El Dr. Pablo Ramella citando a Francois sostiene que "el individuo posee ciertos derechos que son atributos inseparables de la persona humana y que deben ser respetados sin distinción de nacionalidad"[51]

También citando a Taraknath Das que fue un antibritánico bengalí revolucionario, que sostuvo que "a pesar de nuestro progreso intelectual y científico no hemos progresado en la elevación de nuestro sentido de la humanidad."[52]

El resalto de la dignidad humana, como base o fundamento de los derechos humanos lo vamos a encontrar también en Enrique Dussel, Arturo Roig y otros latinoamericanistas.

Pablo A. Ramella, uno de los pioneros del avance, enseñanza y consolidación del paradigma de los Derechos Humanos en Argentina, Derechos del Hombre, voto femenino, crímenes contra la humanidad.

Sin dudas uno de los pioneros en el avance del paradigma de los Derechos Humanos en Argentina es el abogado Dr. Pablo A. Ramella, en el trabajo se recorren las principales obras jurídicas referidas al tema, producidas por este referente del derecho Argentino.

Obras y acciones porque además de un lúcido escritor y un pionero en su desarrollo en el país Pablo A. Ramella fue un hombre de acción, Senador Nacional que defendió el voto femenino en la sesión del 21 de agosto de 1947 discutiendo la ley de derechos políticos de la mujer frente al senador Antille.

Participó en los debates sobre diversas leyes de la Nación y como él mismo manifestó "los legisladores peronistas hemos sido denostados hasta con un lenguaje soez..." el sufrimiento de quien supo defender sus ideas y abrazar el peronismo en momentos difíciles.

En igual sentido supo defender los derechos humanos y sus conceptos claves también en momentos difíciles y enfrento por ello la infamia, la separación de su familia, la cárcel.

---

[51] Pablo Ramella. *Los Derechos Humanos.* Editorial Depalma. Bs.As. 1980. Pag. 12
[52] Pablo Ramella. Op. Cit. Pág. 18

Estos hombres constituyen el ejemplo y el punto de partida que permiten explicar en gran medida por qué Argentina hoy ha avanzado notablemente en los juicios a represores, tanto con el juicio a las Juntas 1985, como con los juicios a partir de la ratificación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en in re "Simon" de la ley 25.779.

La Historia del Derecho es la historia de los hombres que abrazaron el derecho y defendieron ideales en Argentina y un hito en este plano sin dudas lo constituye el Dr. Pablo A. Ramella.

Escribió sobre Crímenes contra la Humanidad, sobre Derechos del Niño, sustentó ideas avanzadas para su época y es una referencia obligada en la actualidad para todos los abogados que trabajamos en Derechos Humanos.

Habló de la subjetividad internacional del individuo sosteniendo los principios de Alberdi.

Trabajó en derecho internacional y publicó su libro "Crímenes contra la Humanidad" uno de los pocos libros que recorre la construcción de la tipificación internacional de estos delitos del derecho internacional.

Recorrió el tribunal de Nuremberg y el tribunal de Tokio y la tipificación de estos delitos al punto que en la actualidad es una obra de referencia en Argentina y el mundo en cuanto al tipo penal de crímenes contra la humanidad.

10.1. La defensa de los derechos humanos del Dr. Pablo Antonio Ramella, la disputa legislativa por el voto femenino.

En el debate legislativo donde Pablo Ramella era legislador por San Juan en el senado de la Nación se produjo la discusión con el senador por Santa Fe perteneciente al radicalismo Diogenes Antille, allí Pablo Ramella refutó uno a uno los argumentos de Antille y finalmente se consiguió aprobar el voto femenino (cuyo antecedente se encontraba a nivel Provincial en San Juan, justamente, San Juan fue la primera provincia argentina en reconocer el derecho de voto de la mujer. En esta provincia la mujer podía votar en elecciones municipales desde 1870 y en los comicios provinciales desde 1927.)

Ha sido poco reconocido el aporte del Dr. Ramella en cuanto al voto femenino, lo menciona por ejemplo la investigadora Martha Ruffini.[53]

Lo recuerda su hija la Dra. Susana T. Ramella por tradición oral, cuenta que su padre le relató aquella sesión donde el radicalismo representado por el Senador Diogenes Antille se oponía al voto femenino con mucho respeto y argumentos relativos a la historia y que su padre el senador Pablo Ramella refutó uno a uno los argumentos haciendo referencia a la historia universal y al protagonismo de la mujer en la historia.

10.2. Cita Martha Ruffini las palabras de Ramella en (CS-DS, año de 1946, Tomo II, sesión del 21 de agosto, p.31.)

".considero francamente que el acordar el voto a la mujer no significa, como se cree, sacarla de una condición de esclavitud, ya que felizmente la mujer en la República Argentina jamás ha estado en esa situación., sino que, por el contrario, siempre ha merecido el respeto y la consideración de los hombres".[54]

Por supuesto que hoy parece un derecho que se encuentra conquistado pero es bueno recordar la labor del senador Ramella que refutó los argumentos de Antille acerca de la integridad familiar y la experiencia negativa en San Juan, gracias a la posición de Ramella que era sin dudas dirigida a conseguir el consenso es que se logró aprobar en Senadores y finalmente por consenso en diputados el 23 de septiembre de 1947 donde con un acto simbólico el Gral Juan Domingo Perón le entregó a su mujer Eva Duarte de Perón el decreto promulgando la ley impulsada por Evita y defendida por sus legisladores entre los que tuvo un papel preponderante el senador Pablo Ramella.

---

[53] Martha Ruffini. CIUDADANAS PARA UNA NUEVA ARGENTINA. DEBATES POR LA INCLUSION POLITICA DE LA MUJER DURANTE EL PERONISMO.REVISTA ESTUDIOS No. 22 / ANUAL / 2009 / ISSN 1659-3316 VI Sección Movimientos sociales y migraciones en América Latina.2009. Se puede consultar en internet, pagina: http://www.estudiosgenerales.ucr.ac.cr/estudios/no22/papers/visec2.html

[54] Martha Ruffini. CIUDADANAS PARA UNA NUEVA ARGENTINA. DEBATES POR LA INCLUSION POLITICA DE LA MUJER DURANTE EL PERONISMO.REVISTA ESTUDIOS No. 22 / ANUAL / 2009 / ISSN 1659-3316 VI Sección Movimientos sociales y migraciones en América Latina.2009. Se puede consultar en internet, pagina: http://www.estudiosgenerales.ucr.ac.cr/estudios/no22/papers/visec2.html

La Profesora Martha Raffin afirma *"La construcción histórica de la ciudadanía política tiene en el movimiento peronista un aporte fundamental al propiciar la reparación e integración de sectores hasta entonces excluidos del sistema político."*[55]

A lo que se debe agregar que el movimiento peronista fue integrado por hombres y uno de ellos perteneciente a Cuyo y representando a San Juan, el senador Pablo Ramella fue quien propició las argumentaciones para conseguir el consenso necesario para impulsar y convertir en ley el voto femenino en la república Argentina, un aporte a los derechos humanos sin dudas sustancial.

10.3. Diario de Sesiones[56]

El diario de sesiones relata también el debate entre el senador radical por Santa Fe Antille y el senador justicialista por San Juan Dr. Pablo Antonio Ramella del que se encuentra constancia en la versión taquigráfica que luego fue recogida por el diario de sesiones del Senado de la Nación.

En el diario de sesiones quedó constancia que el Senador Antille dijo *"Para mi es importantísimo conocer los antecedentes existentes en un Estado argentino que ha practicado ya el derecho que se acuerda por este despacho a la mujer: me refiero a la Provincia de San Juan. Ignoro si la comisión tiene en su carpeta los antecedentes y las consecuencias que la aplicación de este derecho ha producido en aquel estado argentino. Por mi parte, he recogido informaciones contradictorias; algunos senadores con quienes he hablado, incluso los de ese mismo estado han manifestado que los resultados han sido contrarios a la aplicación en general del derecho extendiéndolo a todas las mujeres argentinas. Otros dicen que han dado resultados mediocres. Creo que esa experiencia debe ser recogida por la Camara y que ella debe ser un antecedente necesario para que los señores senadores formen su opinión.."*[57]

---

[55] Martha Ruffini. CIUDADANAS PARA UNA NUEVA ARGENTINA. DEBATES POR LA INCLUSION POLITICA DE LA MUJER DURANTE EL PERONISMO.REVISTA ESTUDIOS No. 22 / ANUAL / 2009 / ISSN 1659-3316 VI Sección Movimientos sociales y migraciones en América Latina.2009. Se puede consultar en internet, pagina: http://www.estudiosgenerales.ucr.ac.cr/estudios/no22/papers/visec2.html

[56] Diario de Sesiones de la Camara de Senadores. Año 1946. Sesiones ordinarias y de prórroga. 20 de agosto – 10 de octubre. Tomo II. Publicación del cuerpo de taquígrafos del Senado de la Nación. Buenos Aires. Imprenta del Congreso de la Nación. Año 1947. Correspondiente al Senador Pablo A. Ramella (Archivo de Pablo Ramella, dirigido por su hija Susana T. Ramella)

[57] Diario de Sesiones del Senado. Pág. 29 y 30

En resumidas cuentas Antille dice que no procede por que la experiencia en San Juan no ha sido buena.

Ramella contesta *"En la provincia que tengo el honor de representar en la época en que Sarmiento era gobernador ya se aplicaba el voto femenino en las elecciones municipales y luego por la reforma constitucional de 1927, se introdujo el voto de la mujer también en las elecciones provinciales...*

En el pensamiento político moderno es una conquista definitiva el voto de la mujer. En Estados Unidos, por la enmienda 19 se aplica el voto femenino... Inglaterra aplicó el voto femenino amplio en 1928. España, el año 1931... en América del Sur, se aplica en Brasil, desde el año 1933.

Es esta materia una manera de hacer más efectivo el sufragio universal; cuanto más se extienda el número de los que pueden dar su opinión en las luchas políticas, más efectivo se hace el sufragio universal y, por lo tanto la recta aplicación del sistema democrático de gobierno. No debo dejar de señalar, sin embargo una incongruencia que pronto será remediada por este honorable senado, en el sentido de que ahora acordamos el voto a la mujer para que participe en las contiendas electorales, siendo que una parte del pueblo argentino está ausente todavía de estas contiendas: me refiero a los argentinos que viven en los territorios nacionales..."[58]

Está claro que Ramella propiciaba la amplitud e inclusión de derechos ya que no solo instaba a aprobar el voto femenino sino también a incluir a las personas que en ese entonces estaban en los territorios nacionales privados del derecho a la participación política.

Esta histórica sesión del 21 de agosto de 1946 se logró la aprobación con los argumentos vertidos del senador Ramella del voto de la mujer.

[58] Diario de Sesiones. Pág. 31

10.4. Convención Constituyente de 1949, labor de Pablo Antonio Ramella

Existe una entrevista al Dr. Pablo Ramella que se realizó en 1987 donde el mismo cuenta lo sucedido en la convención constituyente de 1949.[59]

En dicha entrevista se puede dimensionar el rol de Pablo Ramella que era mayor de edad que Arturo Enrique Sampay y que fueron los dos referentes peronistas en la convención constituyente.

Pablo Ramella nos dice: *"Contrariamente a lo que se dice, acerca que fue dictada por Perón, no fue así. No hay duda que fue el inspirador de los principios fundamentales de la nueva Constitución, pero el Consejo Nacional del Partido Peronista elaboró un proyecto; varios justicialistas enviamos nuestras ideas, y yo mismo proyecté una Constitución total, muchos de cuyos artículos fueron insertados en la que finalmente se aprobó. Aparte de ello, cuando ya se conoció el proyecto del peronismo, diversos convencionales constituyentes, enviaron sus observaciones, aceptándose muchas de ellas. De manera que no fue una especie de «voto en bloque» sin estudio pormenorizado de cada tema, respondiendo a las necesidades sociales del momento... bueno, eso se puede seguir en las Actas de la Convención."*[60]

Aquí surge claramente su participación en la convención constituyente junto a los referentes del Partido Justicialista, participación en la elaboración de la Consitución Social Argentina de 1949 sin dudas la mejor constitución que hemos tenido, respetando al ser humano y utilizando argumentos referidos a su profunda fé católica, Pablo Ramella también hace referencia al habeas corpus, recurso y derecho que fundamenta en el respeto a la dignidad humana y al ser humano, haciendo suyas las palabras de Santo Tomás.

Esta ideología de la doctrina social de la Iglesia inspiró a Pablo Ramella y permitió una constitución Argentina con el mayor contenido de derechos sociales que se ha conocido en nuestra historia, esta defensa del hombre y de la mujer esta defensa

[59] Entrevista realizada en San Juan en 1987 por Bibiano Quiroga al Dr. Pablo Ramella publicada en la web: http://www.trabajo.gba.gov.ar/libro_constitucion_49.pdf

[60] Entrevista realizada en San Juan en 1987 por Bibiano Quiroga al Dr. Pablo Ramella publicada en la web: http://www.trabajo.gba.gov.ar/libro_constitucion_49.pdf

de los derechos sociales sin dudas hacen de Pablo Ramella un referente cuyano de los derechos humanos.

Sostiene Ramella que *"elaboré un "Proyecto de Constitución para la Nación Argentina", que se imprimió en folleto ese mismo aña (1948) y que remití a las autoridades partidarias. Varias de las reformas por mí propuestas se incorporaron al texto de la Constitución de 1949"*[61]

La participación de Pablo Ramella en la elaboración de la Constitución de 1949 junto con Arturo Sampay quien hiciera el informe de fondo son claros ejemplos del profundo contenido social de la Constitución de 1949.

En cuanto a la reforma constitucional en si al Dr. Ramella le tocó el tema de la educación, conforme, diario de sesiones Pág. 395, se puede consultar también en el libro de Pablo Ramella titulado "Derecho Constitucional" Pág. 370.

Sin dudas la labor en el voto femenino impulsado por Evita y en la convencional constituyente son las que le van a significar la cárcel que vivió en 1955 cuando el golpe de Estado se consumó contra el Presidente Gral. Perón.

En la reforma constitucional de 1949 y con respecto al tema de la educación, Pablo Ramella y Arturo Sampay hacen sus exposiciones que luego se pide que sean incorporadas a los debates por la reforma constitucional en San Juan, por parte del miembro informante Dr. Angel S. Martín, pero no fue así ya que no constan en el libro de sesiones de la reforma de San Juan.[62]

En cuanto a la labor parlamentaria como Senador:

"En los más importantes asuntos que informé o intervine, fueron:

"Ley de los derechos políticos de la mujer (sesión del 21 de agosto de 1947; ley de Ministerios (sesión del 30 de junio de 1949), despacho sobre el proyecto de Nacionalidad (diario de sesiones, 1951, Tomo II, Pág. 1067); Provincialización de los

[61] Pablo A. Ramella. Autobiografia y Selección de Escritos Jurídicos. Honorable Senado de la Nación. Secretaría Parlamentaria. Dirección de Publicaciones. Buenos Aires 1994. Pág. 45
[62] Pablo Ramella. Op.Cit. Pág.47

territorios nacionales (sesión del 5 de julio de 1951); enseñanza religiosa (sesión del 17 de abril de 1947)."[63]

Estas referencias realizadas por el propio Pablo Ramella tienen que ver con los debates legislativos más relevantes y la defensa de la inclusión social y derechos humanos.

10.5. La influencia de otros referentes internacionales de Derechos Humanos en Cuyo.

Taraknath Das fue un hindú bengalí que trabajo para el avance de la gente de color en Estados Unidos y también por los derechos de la mujer, nació en la India Britanica en 1884 y murió en 1958 en Nueva York después de trabajar por los derechos humanos, se casó con otra referente de los derechos humanos y militante llamada Mary Keatinge Morse, fundadora de la Asociación Nacional para el avance de la gente de color.

Defiende la universalidad de los derechos humanos, uno de sus principios fundamentales y la necesidad de su reconocimiento por parte de la comunidad internacional.

Andre Mandelstam, es otro tratadista que tiene obras como la protección internacional de los derechos del hombre y la protección de las minorías.

11. El impacto de la idea de derechos humanos en la tipificación del Genocidio y los Crímenes contra la Humanidad como hito en la construcción del concepto de derechos humanos.

11.1.- Crímenes contra la humanidad:

Los "crímenes de lesa humanidad", son delitos del derecho penal internacional que se caracterizan por afectar a la humanidad en su conjunto, poniendo en peligro o lesionando bienes indispensables para la preservación de la especie humana y es a la luz de los principios del Derecho Penal Internacional que deben ser interpretados y juzgados.

[63] Pablo Antonio Ramella. Op. Cit. Pág. 40

Al decir de la Corte Suprema, los crímenes de lesa humanidad tienen como presupuesto común el de "dirigirse contra la persona o condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho nacional común, en la medida en que sea víctima colectiva a la que va dirigida la acción justamente por esta circunstancia, de la que participan los crímenes contra la humanidad, como los tradicionalmente denominados crímenes de guerra, que se los reputa como delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales" (Fallo 318:2148, considerandos 31 y 32).

Asimismo, estos delitos se están juzgando en la República Argentina en función de la anulación, mediante ley 25.779, de las Leyes de la Impunidad, (Ley de Obediencia debida y Punto Final), nulidad confirmada con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –Causa Nº 17768", en dicha resolución la Corte Argentina ratifica la nulidad e incompatibilidad con el sistema interamericano de derechos humanos de las leyes de impunidad, luego la Corte también declaró la nulidad de los indultos a los represores.

Los crímenes contra la humanidad fueron tipificados en el Estatudo de Nuremberg y se trata de delitos imprescriptibles, es decir, que permanecen vigentes hasta tanto no se juzgue y condene a los responsables, conforme a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Delitos de Guerra y de Lesa Humanidad, pues repugna a la comunidad internacional que estos delitos queden impunes por el solo transcurso del tiempo.

Al producirse en Alemania y luego en distintos países del mundo crímenes contra la humanidad se fue produciendo una jurisprudencia de Tribunales especializados en la materia, según el Tribunal Internacional Para la Antigua Yugoslavia (ICTY), los crímenes contra la humanidad tienen los siguientes rasgos característicos:

1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil. ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22.02.2001; (Appels Chamber) 12.06.2002. parr 90.

2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero si un número suficiente (representativo de ella) ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 90.

3) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político "de facto".

4) El ataque debe ser "generalizado o sistemático". Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22.02.2001, para 431; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, para 179; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, para 206; Martinovic, (Trial Chamber) 31.03.2003, parr. 236; Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 94; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31.03.2003, parr. 236; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, para 203.

5) El ataque es el que debe ser "generalizado o sistemático", no los actos del acusado.

6) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque "generalizado o sistemático". Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, para 178; Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14.01.2000, para 550.

7) Intencionalidad. El autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29.11.2002, parr. 37.

8) Conocimiento: El autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 102, 410; , Tadic (Appels Chamber) 15.07.1999, parr 271; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, para 185; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, para 244, 247. Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto,

9) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc.. BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, para 258-259.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo jurisdiccional regional, a su turno, ha sistematizado en sus últimas sentencias la doctrina de la misma en relación con los crímenes contra la humanidad y las características de éstos.

Así, en casos como Almonacid Arellano Vs. Chile, La Cantuta Vs. Perú o Goiburu Vs. Paraguay ha ratificado el carácter de ius cogens de que goza la prohibición de estos crímenes, con las obligaciones que de ello se derivan para los estados, principalmente la de enjuiciar a los responsables y la imposibilidad de amnistiar estas conductas.

Por ello la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

Crímenes contra la Humanidad en Argentina:

Acorde a la más reciente jurisprudencia internacional, verbigracia el caso "La Cantuta Vs. Perú" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde hacer referencia en el análisis de los hechos a lo relativo a las prácticas sistemáticas y generalizadas de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas en la época en que ocurrieron los hechos. En concreto debemos referirnos al plan sistemático que desde el aparato del Estado se desarrollara en el período comprendido entre el 24 de Marzo de 1976 y el 10 de Diciembre de 1983.-

En efecto, la existencia de un plan criminal común se halla acreditada mediante el elenco de órdenes secretas, directivas y decretos que fueron promulgados con la finalidad de ejecutar este plan. Estas Órdenes Secretas constituyen herramientas legislativas de lo que se puede denominar, en palabras empleadas por Suárez Mason en el trascurso del interrogatorio que le fue efectuado ante un juez de Estados Unidos, "State of Siege of Law", esto es, estado de excepción en términos de teoría del estado,

y por lo tanto, las órdenes secretas son en realidad y en la práctica las "leyes del sistema de planificación y ejecución de las políticas de represión y exterminio".

Es de suma importancia destacar la relación que existe entre el contexto de referencia y los crímenes de lesa humanidad, a los que nos referiremos oportunamente. Según Doudou Thiam, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (1983 - 1995): "Un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir un crimen contra la Humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...) un acto individual que se inscribiera dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie de actos repetidos e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural".

Resulta conveniente transcribir las conclusiones arribadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su visita in loco a nuestro país en el año 1979 y vertidas en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. En efecto dejo claro que: "...por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe -1975 a 1979- numerosas y graves violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, la Comisión considera que esas violaciones han afectado:

a) al derecho a la vida, en razón de que personas pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos, que por las razones expuestas en el Informe se puede presumir fundadamente que han muerto;

b) al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad; y al haberse prolongado sine die el arresto de estas personas, lo que constituye una verdadera pena; esta situación se ha visto agravada al restringirse y limitarse severamente el derecho de opción previsto en el Artículo 23 de

la Constitución, desvirtuando la verdadera finalidad de este derecho. Igualmente, la prolongada permanencia de los asilados configura un atentado a su libertad personal, lo que constituye una verdadera pena;

c) al derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya práctica ha revestido características alarmantes;

d) al derecho de justicia y proceso regular, en razón de las limitaciones que encuentra el Poder Judicial para el ejercicio de sus funciones; de la falta de debidas garantías en los procesos ante los tribunales militares; y de la ineficacia que, en la práctica y en general, ha demostrado tener en Argentina el recurso de Habeas Corpus, todo lo cual se ve agravado por las serias dificultades que encuentran, para ejercer su ministerio, los abogados defensores de los detenidos por razones de seguridad y orden público, algunos de los cuales han muerto, desaparecido o se encuentran encarcelados por haberse encargado de tales defensas.

2. Con respecto a otros derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Comisión señala que si bien su falta de observancia no ha revestido la gravedad de los anteriores, las limitaciones a que se encuentran sujetos afectan también la plena vigencia de los derechos humanos en la República Argentina. En relación a estos derechos la Comisión observa lo siguiente:

a) que el ejercicio pleno de la libertad de opinión, expresión e información se ha visto limitado, en diferentes formas, por la vigencia de ordenamientos legales de excepción que han contribuido a crear, incluso, un clima de incertidumbre y de temor entre los responsables de los medios de comunicación;

b) que los derechos laborales se han visto afectados por las normas dictadas al efecto y por la aplicación de las mismas, situación que ha incidido particularmente en el derecho de asociación sindical debido a actos de intervención militar y a la promulgación de estatutos legales que vulneran derechos de la clase trabajadora;

c) que los derechos políticos se encuentran suspendidos;

d) que, en general, no existen limitaciones a la libertad religiosa y de cultos; aunque la Comisión sí pudo comprobar que los Testigos de Jehová tienen graves restricciones para el ejercicio de sus actividades religiosas y que, si bien no existe una política oficial antisemita, en la práctica, en ciertos casos, ha habido un trato discriminatorio en contra de algunos judíos.

3. Asimismo, la Comisión considera que las entidades de defensa de los derechos humanos han encontrado y encuentran injustificados obstáculos para el cumplimiento de la labor que han venido desarrollando.

12.- Declaración Universal de Derechos Humanos

La misma se fundamenta en la dignidad humana y no en el derecho natural ni en el derecho divino, la DUDH fue construida por delegados de distintos países con sus tradiciones filosóficas y religiosas distintas.

12.1.- La Revolución de los Derechos Humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los instrumentos de derechos humanos "no fueron una expresión triunfal de una autoconfianza imperial europea, sino el producto de la reflexión de una generación harta de la guerra sobre el nihilismo europeo y sus consecuencias"

Está claro que los derechos humanos se imponen para establecer límites al poder ilimitado de los Estados y que luego de la segunda guerra mundial no solo los Estados fueron considerados sujetos del derecho internacional sino también los individuos.

Esta revolución de los derechos humanos sigue creciendo "creo que el cambio social y político –en este caso los derechos humanos- se produce porque muchos individuos han tenido experiencias similares; no porque todos ellos habiten en el mismo contexto social, sino porque, mediante las interacciones de unos con otros, y con lo que leen y ven, crearon el nuevo contexto social"

Estos dos doctores en historia, Michael Ignatieff y Lynn Hunt, ponen en acento en la construcción histórica de los derechos humanos, en la construcción política de los derechos humanos pero sobre todo en lo individual.

Ignatieff cita a Primo Levi, Hunt cuenta la historia de la aparición de la idea de los derechos humanos y el valor de las declaraciones.

La revolución de los derechos humanos es una construcción histórica que tiene que ver con la opresión y la lucha contra la opresión y el poder ilimitado que se le otorgó a los Estados que hizo crisis en la segunda guerra mundial donde la muerte se adueñó de la humanidad.

"La humanidad sobrevivió, pero el gran edificio de la civilización decimonónica se derrumbó entre las llamas de la guerra al hundirse los pilares que lo sustentaban. El siglo XX no puede concebirse disociado de la guerra, siempre presente aun en los momentos en los que no se escuchaba el sonido de las armas y las explosiones de las bombas. La crónica histórica del siglo y, más concretamente, de sus momentos iniciales de derrumbamiento y catástrofe, debe comenzar con el relato de los 31 años de guerra mundial."

Los 31 años se refieren según Hobsbawn al período existente entre la declaración Austriaca de guerra contra Serbia el 28 de julio de 1914 y la rendición incondicional del Japón el 14 de agosto de 1945.

Lo que no admite dudas es que el genocidio y la muerte producida por el exterminio Nazi y las guerras mundiales replantearon la concepción del hombre y del mundo y determinaron definitivamente la necesidad de la defensa del ser humano y con ello la defensa de los derechos humanos, universales, interdependientes y en expansión por la sencilla razón de que estaba en juego la supervivencia de la humanidad.

13.- Dignidad Humana y Construcción Histórica

13.1.- Confluencia de la defensa de la dignidad humana y de la idea de la construcción histórica de los derechos humanos.

Desde una filosofía popular de la democracia – tal como propone Arturo Roig – con su fuerte trayectoria en el Pensamiento Latinoamericano que comienza con Simón Bolivar o José Artigas, se promueve una alternativa a los proyectos excluyentes. El respeto de los derechos humanos se hace efectivo bajo el principio ordenador de la

dignidad humana, atribuyéndole a esta un papel regulador de la reproducción material y espiritual. En Latinoamérica, la expresión derechos humanos se popularizó en la década del 70 a partir de la represión y la desaparición física de personas perpetradas por las dictaduras del Cono Sur.[64]

Pero también existe un movimiento de derechos humanos que no cree que sean "intrínsecos a la dignidad humana".

Este pensamiento fundamentalmente seguido por el Profesor Emilio García Mendez sostiene a la Hobbes que por el contrario y con Rabossi por ejemplo, que son una construcción humana y política, tal posición es sostenida también por el Profesor de Historia canadiense Michael Ignatieff en su libro los derechos humanos como política e idolatría.

Esta posición también esta defendida por Emilio García Méndez en un artículo de la Revista Internacional de Derechos Humanos (www.surjournal.org) titulado "Origen, Sentido y Futuro de los Derechos Humanos" esta revista pertenece a la organización Brasilera Sur Conectas.

García Méndez sostiene que los derechos humanos son básicamente una construcción política [65]

"la idea central que quiero defender aquí parte de mi convicción de que el desarrollo de una agenda vigorosa y creíble en materia de derechos humanos –y que, para su efectiva vigencia, recupere la necesaria capacidad de movilización social– depende en buena medida de recobrar el sentido político original presente en su origen histórico."[66]

---

[64] Biagini Hugo y Roig Arturo. Diccionario del Pensamiento Alternativo. Primera Edición Buenos Aires. Biblos. 2008. Pág. 156.

[65] Emilio Garcia Mendez. *Origen, Sentido y Futuro de los Derechos Humanos, Reflexiones para una nueva agenda.* Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos. Puede consultarse en la siguiente página web: http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a02v1n1.pdf

[66] Emilio Garcia Mendez. Origen, Sentido y Futuro de los Derechos Humanos, Reflexiones para una nueva agenda. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos. Puede consultarse en la siguiente página web: http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a02v1n1.pdf

Es decir que un grupo de pensadores funda sus ideas en la parte metafísica de los derechos humanos y otro en el materialismo realista pero ambos encuentran la esperanza en los derechos humanos.

Pero así las cosas se puede llegar a los derechos humanos a través del concepto de dignidad humana (Ramella, Roig, Lopez) y de consenso en la declaración universal de derechos humanos (Norberto Bobio) o a través del concepto de descolonización de occidente (Boaventura de Sousa Santos) o a través de distintas posiciones pero lo que se está produciendo en la actualidad es un profundo cambio de paradigma con respecto a los derechos humanos.

14. Los Derechos Humanos como praxis.

14.1. Región de Cuyo y los Derechos Humanos.

En Cuyo se produjo un gran movimiento de defensa de los derechos humanos, en principio desde el ámbito jurídico el Dr. Pablo Antonio Ramella, desde la filosofía, el Dr. Arturo Andrés Roig, el Profesor Mauricio López, el Profesor Enrique Dussel, el Dr. Alfredo Guevara Blanco también desde el ámbito del derecho.

No somos huérfanos, tenemos grandes referentes en materia de la dignidad humana y de los derechos fundamentales del hombre en la región de Cuyo.

Pablo Ramella fue ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo notable incidencia en la doctrina y jurisprudencia Argentina, el profesor Arturo Roig con su estudio del pensamiento latinoamericano y su contribución a la descolonización y al pensamiento independiente y respetuoso de la dignidad humana.

El profesor Mauricio López que por su compromiso con los estudiantes fue detenido desaparecido (asesinado) por la dictadura militar Argentina.

El profesor Enrique Dussel, el Dr. Alfredo Guevara que contribuyeron al desarrollo y difusión de los derechos humanos en Mendoza.

14.2. Organizaciones de Derechos Humanos.

Al igual que Boaventura de Sousa Santos, en este caso Ignatieff sostiene la importancia de los movimientos emergentes de derechos humanos y la creación de Organizaciones No Gubernamentales importantes y de alcance internacional, tales como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, estableciendo posibilidades para el derecho a la queja a los ciudadanos, frente a los abusos cometidos al interior y exterior de sus propios Estados.

Este elemento de ponderación de las organizaciones de derechos humanos acompaña también el rechazo a que los derechos humanos son en sí una política de occidente, también rechaza Ignatieff que los derechos humanos sean una herramienta de occidente y no contengan el germen de la universalidad.

En este punto Occidente se encuentra ante un serio problema de coherencia entre lo que dice creer y la manera en que actúa, por tanto, está obligado a ser coherente consigo mismo para darle un mayor sentido de universalidad a los Derechos Humanos. El caso de Estados Unidos, que se ha negado a ratificar las principales convenciones internacionales en la materia, es un grave ejemplo de incongruencia; el hecho de que la mayor oposición en cuanto a la aplicación doméstica en materia de derechos humanos provenga del propio Occidente..

Pero fundamentalmente porque los derechos humanos no son solo una herramienta de occidente sino por el contrario una herramienta de los grupos vulnerables para poner freno a la violencia estatal y trabajar por el respeto de la dignidad humana.

Por estas consideraciones consideramos que los derechos humanos son herramientas de los movimientos emergentes para a partir de la historia y no de la naturaleza humana, de la política y de la construcción de pensamiento alternativo la base para la protección de los sectores más desprotegidos.

14.3.- Defensa de los Defensores de Derechos Humanos.

Hoy se ha convertido en una necesidad defender a los defensores de derechos humanos ya que los mismos son perseguidos en todo el mundo.

Raul Eugenio Zaffaroni expresa en su libro titulado El Enemigo en el Derecho Penal que "sería absurdo negar que en este momento existe un avance autoritario mundial en materia penal que pone en crisis los estados de derecho, pero caer por ello en el pesimismo, dejándose llevar por el espíritu del tiempo (el Zeitgeist) y aceptarlo, es permitir que el derecho penal se deteriore degradándose a discurso legitimante y reduzca su contenido pensante. Los tiempos de autoritarismo no son de resignación ni de pesimismo, sino de prueba para el derecho penal. No olvidemos que nuestros próceres no tuvieron vidas tranquilas y, justamente por eso, Spee corrió el riesgo de acabar en la hoguera, Beccaria publicó anónimo su libro, Pagano fue fusilado, Marat murió apuñalado en la bañera, Rossi acuchillado, circuló la leyenda de que Feuerbach fu muerto por envenenamiento (lo que no parece ser verdad) Romagnosi fue procesado, Carmignani condenado a relegación, Mello Freire denunciado a la inquisición, Lardizabal defenestrado e ignorado y nada de esto fue gratuito sino que obedeció a que ninguno de ellos se plegó al Zeigeist. La academia glorifica hoy la memoria de muchos de ellos, aunque muchos otros los olvida injustamente, pero no conocemos ninguna universidad, departamento o instituto que lleve el nombre de Torquemada"

La oposición al autoritarismo es muy difícil en todos los tiempos y en la actualidad los defensores de derechos humanos sufren ataques en todo el mundo por su labor en defensa de un mundo mejor.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró el informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las américas que fue publicado en marzo de 2006.

En dicho informe la Comisión consideró que "el criterio identificador de quien debería ser considerado como defensora o defensor de derechos humanos es la actividad. En este sentido, aquellas personas que desde instituciones del Estado tienen funciones relacionadas con la promoción y promoción de los derechos humanos y que en función de dicho trabajo, son víctimas de actos que directa o indirectamente impiden o dificultan sus tareas deben recibir la misma protección que aquellas personas que desde la sociedad civil trabajan por la defensa de los derechos humanos"

Queda claro que tanto los miembros de la sociedad civil como los funcionarios del estado que por su actividad defienden los derechos humanos y a partir de esta actividad reciben ataques deben ser protegidos y respetados por los Estados.

La Declaración de Naciones Unidas sobre defensores, el 9 de diciembre de 1998, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó de manera unánime la "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos", también conocida como la "Declaración de Naciones Unidas sobre los Defensores de Derechos Humanos".

Esta declaración protege a los defensores de derechos humanos y le brinda legitimidad a su accionar pero además se han establecido mecanismos de exigibilidad a nivel de Naciones Unidas.

En el año 2000, fue nombrada Hina Jilani (Pakistán) por el Secretario-General, Representante Especial del Secretario-General sobre la situación de los defensores de derechos humanos.

Su mandato fue renovado en 2003 y por el Consejo de Derechos Humanos en 2007.

En 2008, el Consejo de Derechos Humanos decidió nombrar directamente al titular del mandato sobre la situación de los defensores de derechos humanos. El Presidente del Consejo de Derechos Humanos decidió nombrar a la Sra. Margaret Sekaggya (Uganda) Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos por un periodo de tres años.

"El mandato sobre los defensores de derechos humanos establece que las funciones principales del titular del mandato son:

•Recabar, recibir y examinar información, así como responder a la misma, sobre la situación de los defensores de derechos humanos;

•Establecer una cooperación y sostener diálogos con los gobiernos y otros agentes interesados en la promoción y aplicación efectiva de la Declaración;

•Recomendar estrategias eficaces para proteger mejor a los defensores de derechos humanos y dar seguimiento al cumplimiento de esas recomendaciones;

•Integrar una perspectiva de género a través de su trabajo."

Se trata de evaluar la situación de los defensores de derechos humanos en cada país.

Se trata en definitiva de fortalecer la labor de los individuos ya sea dentro de la sociedad civil o dentro del estado en defensa de los derechos humanos.

Hoy toma cada día mayor importancia la labor de las defensoras y defensores de derechos humanos ya que los movimientos emergentes de defensa y de promoción de los mismos sufren permanentes ataques.

Estos ataques no solo son ataques físicos y a la vida sino también y fundamentalmente campañas de desprestigio destinadas a debilitar la voz de las defensoras y defensores de derechos humanos frente a la opinión pública.

Es importante citar a la organización no gubernamental Irlandesa Frontline, que se dedica a la defensa protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos en el mundo y que monitorea las actividades legítimas y pacíficas de Defensores de los Derechos Humanos y toma medidas en su apoyo a nivel internacional.

Front Line Defenders tiene estatus consultivo especial ante el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas.

El 9 de diciembre de 1998 las Naciones Unidas emitieron la declaración sobre defensoras y defensores de derechos humanos.

En dicha declaración se dice "Instando a todos los miembros de la comunidad internacional a que cumplan, conjuntamente y por separado, con su solemne obligación de promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinciones de ningún tipo, incluyendo aquellas distinciones basadas en raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro rango, y

reafirmando la particular importancia de alcanzar una cooperación internacional para cumplir esta obligación conforme a la Carta,

Reconociendo el importante papel desempeñado por la cooperación internacional y el inestimable trabajo de individuos, grupos y asociaciones para contribuir a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos e individuos, incluido su trabajo relativo a las violaciones masivas, flagrantes o sistemáticas como las resultantes del apartheid, todas las formas de discriminación racial, colonialismo, dominación u ocupación extranjera, agresión o amenazas a la soberanía nacional, la unidad nacional o la integridad territorial, y aquellas producidas por la negativa a reconocer el derecho de los pueblos a la autodeterminación y el derecho de todo pueblo a ejercer la plena soberanía sobre su riqueza y sus recursos naturales.."

Esta declaración es central en la legitimación del trabajo de las defensoras y defensores de derechos humanos y en el respeto y protección que le debe brindar el estado a esta actividad.

Su artículo primero establece:

Todo el mundo tiene derecho a promover y luchar, individualmente y en asociación con otros, por la protección y el cumplimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales a nivel nacional e internacional.

La lucha por los derechos humanos cuenta con protección al menos en cuanto a declaración de Naciones Unidas y reconocimiento internacional, pero esta declaración y su contenido es muy poco conocida y respetada por los Estados ya que no favorece a los grupos poderosos sino que protege el movimiento emergente de defensa de derechos humanos.

La defensa de los derechos humanos es fundamentalmente una actividad como sostiene Hina Jilani representante especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre defensores de derechos humanos.

Efectivamente "la Alta Comisionada ha sugerido que la calidad de defensora o defensor de derechos humanos se determine de acuerdo con las acciones realizadas

por la persona y no por las calidades, como por ejemplo, si ésta recibe un pago o no por sus labores. Para ser considerada dentro de la categoría, la persona debe proteger o promover cualquier derecho o derechos a favor de personas o grupos de personas, lo que incluye la promoción y protección de cualquier derecho civil o político, económico, social o cultural."

La defensa de los derechos humanos es fundamentalmente una actividad y no interesa si es remunerada o vocacional o qué tipo de motivación la impulsa sino que esa actividad pueda comprobarse con acciones específicas de defensa de cualquier derecho humano, ya que está clara la interdependencia de los derechos humanos y la aplicación del principio "pro homine" que quiere decir optimizar las interpretaciones que favorezcan la mejor interpretación de los derechos a favor del hombre.

La Asamblea General de la OEA ha llamado a los Estados miembros a proteger a las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil dedicados a la promoción y defensa de los derechos humanos.

Asimismo la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución 1671 llamada defensores y derechos humanos en las Américas, apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas.

En diciembre de 2001 la Secretaría Ejecutiva de la OEA decidió establecer una unidad de defensoras y defensores de derechos humanos.

Que la OEA haya decido crear la unidad de defensoras y defensores de derechos humanos demuestra la importancia que tiene el tema a nivel de la organización regional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó "La Comisión seguirá en este informe y en su trabajo posterior, el concepto amplio de defensora o defensor de derechos humanos que brinda la declaración de Naciones Unidas sobre defensores, e invita a los Estados miembros a que apliquen este parámetro en su legislación y sus prácticas nacionales, tal como actualmente lo hacen varios Estados del hemisferio."

Las tareas que desarrollan las defensoras y defensores de derechos humanos son fundamentalmente una actividad y no un título o una paga o una remuneración, esa actividad tiene que ver con la promoción y defensa de los derechos de las personas y esta actividad se ha tornado especialmente riesgosa debido a que se afectan intereses económicos de diversos grupos nacionales y se afecta también el autoritarismo Estatal y la inflación del derecho penal en los Estados.

En la historia del derecho penal muy bien relata Zaffaroni la muerte y persecución de aquellos que se opusieron al derecho penal de enemigo, considero que los términos son más amplios, de lo que se trataba era de defensores de derechos humanos que resistían el avance del autoritarismo del Estado junto con la expansión de los mismos, resistieron el avance del Estado sobre las garantías de los individuos.

15. Cambio de Paradigma

De derechos humanos hegemónicos e instrumentos de la dominación se pasa a un concepto emergente de descolonizadores y banderas de los movimientos emergentes, ideal que viene a reemplazar al ideal sostenido por los países comunistas que vieron caer el muro (Boaventura de Sousa Santos), entonces hoy los movimientos de derechos humanos construyen un concepto de los mismos basado en la utopía que al decir del escritor uruguayo Eduardo Galeano nos ayuda a caminar.

No interesa entonces si los derechos humanos son vistos como parte de la dignidad humana o como construcción política e histórica sino que lo que interesa es que son hoy una herramienta del cambio y de los grupos emergentes y los estados deben proteger estos movimientos de derechos humanos y no atacarlos ni desprestigiar a sus referentes (que es la política elegida por la mayoría de los estados)

Surgen así distintas organizaciones de defensa de defensores de derechos humanos ya que en algunos países los asesinan en otros los desprestigian pero en la gran mayoría los eligen los estados para atacarlos de diversas maneras porque son los portadores del cambio.

Luego de la segunda guerra mundial el objetivo central del paradigma de los derechos humanos era la defensa de la paz y en la actualidad a dicho objetivo se le agrega permitir la existencia digna de amplios sectores marginados de la humanidad.

En un principio el objetivo era mantener la paz, sostener la vida y evitar la extinción de nuestro mundo, hoy no es solamente garantizar la paz sino también ayudar a que exista una vida digna para los sectores siempre marginados de la comunidad internacional.

Dentro del primer objetivo de defender la paz se encuentra juzgar a los responsables de crímenes contra la humanidad, objetivo que es de difícil cumplimiento mientras no se establezca definitivamente una Corte Penal Internacional reconocida en forma unánime por la comunidad de Estados.

Mientras esto no ocurra el juzgamiento de los crímenes contra la humanidad bajo el principio de jurisdicción universal se hará en cada Estado que lo prevea su legislación y siempre y cuando el Estado requerido extradite a los responsables es decir que será un objetivo de difícil concreción.

Desde el requerimiento del juez Garzón de España para juzgar a Pinochet, hasta el requerimiento de la jueza Argentina Servini de Cubria para juzgar a los represores Franquistas se produjo un notable avance internacional con respecto a la difusión y conocimiento por parte de la opinión pública mundial de la necesidad de juzgar estos crímenes imprescriptibles.

"Los derechos humanos se han convertido en algo global por su importancia local, integrándose culturas y visiones del mundo no occidentales, para apoyar las luchas de individuos comunes contra los Estados injustos y las costumbres opresivas"[67]

15.1. El debate actual en Derechos Humanos, dignidad humana o construcción histórica.

Según la mirada de Michael Ignatieff68, los derechos humanos son una construcción histórica y política.

---

[67] Michael Ignatieff. *Los Derechos Humonos como Política e Idolatría.* Editorial Paidós. Estado y Sociedad 108. Barcelona 2003. Pág. 33/34.

"Michael Ignatieff, trata de dar respuesta a cuestiones de rigurosa actualidad. Así, se plantea cuáles son los objetivos de los derechos humanos, cuándo su violación justifica la intervención humanitaria, si hay un fundamento moral válido para todas las culturas y en dicho caso, de serlo, cuestiona si realmente son universales.

El autor realiza este estudio desde dos perspectivas. La primera es considerar los derechos humanos en su componente político. La segunda es determinar si son objeto de idolatría."69

Para poder pensar los derechos humanos debemos ser capaces de utilizar toda nuestra crítica para entenderlos como un hecho político y sin idolatrías.

Ignatieff sostiene que la revolución jurídica de los derechos humanos no puede darse por concluida y por lo tanto considera que los activistas de derechos humanos han roto el monopolio de los Estados y han contribuido a la defensa de los derechos humanos.

El problema jurídico que emana de esta cuestión es que todos los acuerdos en materia de derechos humanos que los Estados han firmado desde 1945 han hecho que la soberanía esté condicionada por el respeto a los derechos humanos, pero esta condicionalidad nunca se ha visto reflejada en el derecho internacional, salvo en las instituciones europeas de derechos humanos.70

Entendemos que la soberanía de los Estados no solo está condicionada por los derechos humanos, sino que los estados deben ser auditados por los organismos y activistas de derechos humanos como única forma de evitar la violencia Estatal, que es la violencia más grave que se puede conocer con respecto a los individuos.

---

[68] Michael Ignatieff. Doctor en Historia por la Universidad de Harvard, Dirige el Centro Carr para los Derechos Humanos de la Universidad de Harvard. Ha dictado clases en Harvard, en Cambridge, en Oxford, en Universidad de Londres y Universidad de California. Es canadiense, fue líder del partido liberal de Canada.

[69] María José Salvador Rubert, Reseña de "Los derechos humanos como política e idolatría" de Michael Ignatieff Convergencia. Revista de Ciencias Sociales, vol. 10, núm. 33, septiembre-diciembre, 2003, pp. 329-337, Universidad Autónoma del Estado de México

[70] María José Salvador Rubert, Reseña de "Los derechos humanos como política e idolatría" de Michael Ignatieff Convergencia. Revista de Ciencias Sociales, vol. 10, núm. 33, septiembre-diciembre, 2003, pp. 329-337, Universidad Autónoma del Estado de México

El enfoque de Ignatieff sobre los derechos humanos es político y sociológico. Sostiene que el lenguaje de los derechos humanos puede ser un lenguaje universal y sostiene que sobre este lenguaje se podrían intentar soluciones y respuestas hacia el futuro. Sostiene que la revolución de los derechos humanos producida en 1945 es un proceso de culminación histórica que significó para los derechos humanos constituirse en un lenguaje universal.

Los derechos humanos son uno de los tres idiomas universales, la democracia, la ecología y los derechos humanos, (en la era de la globalización)

Al igual que Norberto Bobbio, Ignatieff sostiene que las personas pueden no estar de acuerdo en el fundamento de porque tenemos derechos humanos, pero si están de acuerdo acerca de los motivos prudenciales para creer en los derechos humanos, ya que hemos aprendido de la historia que la vida humana está en peligro cuando las personas carecen de una mínima agencia de respeto y desarrollo a sus derechos.71

Con respecto al concepto de agencia humana, Ignatieff se refiere a una "libertad negativa" es decir la posibilidad de una persona de lograr sus deseos racionales sin obstáculos.72

Dice Ignatieff: *"La agencia humana es un tipo de fundamento material e institucional para los Derechos Humanos, en el entendido de que si disponemos de ellos para proteger la agencia humana, entonces poseemos una razón imbatible para defender los Derechos Humanos, y eso es todo lo que un fundamento filosófico necesita para existir: una razón tan buena que sea imbatible".73*

El respeto a la libertad negativa de todos los seres humanos tiene por objeto proteger al ser humano, y así tenemos todo el fundamento necesario. Utiliza los

---

[71] Michael Ignatieff. Los Derechos Humanos como política e idolatría. Editorial Paidós. Bs.As. 2003.Pág. 78.

[72] J. Alan Arias Marin y Ursula Sanchez Solano. Reseña Bibliográfica al libro Derechos Humanos como Política e Idolatría de Michael Ignatieff. Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH. Mexico. Pág. 195.

[73] Michael Ignatieff. Los Derechos Humanos como política e idolatría. Editorial Paidós. Bs.As. 2003.Pág. 78.

mismos argumentos que Norberto Bobbio al referirse a que no interesa el fundamento, lo que interesa es la protección de los derechos humanos.

Gracias a esta capacidad, los individuos pueden protegerse de la injusticia y también pueden elegir el sistema de valores y el estilo de vida que quieran llevar. Esto constituye un límite a la concepción occidental tradicional, de modo que se postula el aseguramiento del respeto a la pluralidad valorativa y de opciones de vida en el planeta. "Mundos de vida", los ha denominado Habermas. No se trata —aduce Ignatieff— de imponer una noción occidental de individuo, sino que el individualismo moral, así concebido, ofrece condiciones para proteger la diversidad cultural, pues, así entendidos, los Derechos Humanos serían solamente una agenda sistemática de "libertades negativas", instrumentos contra la opresión para que cada quien haga uso de su libertad como lo crea conveniente, dentro del marco de creencias culturales y religiosas diversas que existen.74

15.2. Derechos Humanos como política de Occidente.

"Ante el desafío de Occidente, por su parte, Ignatieff señala que se busca responder a los ataques de que es objeto la Declaración Universal por considerar que sólo toma en cuenta a la tradición de pensamiento de la cultura de Occidente.

Su argumento radica en decir que durante el proceso de redacción estuvieron presentes diversas tradiciones: la china, la cristiana de Medio Oriente, la marxista, la hindú, la latinoamericana y la islámica, entre otras, y que se buscó unificar criterios definiendo un conjunto limitado de universales morales. Es por ello que no se hace ninguna referencia a Dios, es por ello que busca tener una orientación laica; no porque represente un signo de daminación cultural europea.

Es cierto que la inspiración occidental desempeñó un papel predominante en la redacción del documento. Pero el ánimo de los redactores en 1947 no era en absoluto

[74] J. Alan Arias Marin y Ursula Sanchez Solano. Reseña Bibliográfica al libro Derechos Humanos como Política e Idolatría de Michael Ignatieff. Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH. Mexico. Pág. 196.

triunfalista... La Declaración era un intento de salvar lo que quedaba de su herencia ilustrada de la barbarie de la guerra mundial que acababa de concluir".75

15.3.- La historia y no la naturaleza humana

Sostiene Ignatieff que para sustentar el discurso de los Derechos Humanos no se debe recurrir como base de apoyo en la noción de naturaleza humana, sino en la historia humana; por eso se trata de una idea sociológica y política, una idea central que es la historia de la humanidad como apoyo para el concepto de derechos humanos.

Ignatieff afirma sobre los Derechos Humanos "que son necesarios para proteger a los individuos de la opresión y la violencia", cuestionándose por el motivo y encontrando como única respuesta posible, a la historia: "Los derechos humanos son el lenguaje mediante el cual los individuos han construido la defensa de su autonomía contra la opresión de la religión, del Estado, de la familia y del grupo".76

16. Conocimiento, epistemología y educación en Derechos Humanos

El manejo del conocimiento, la epistemología y el concepto de un conocimiento descolonizador y des europeizante son las claves el nuevo paradigma de derechos humanos.

La ruptura con el modelo de conocimiento europeizante y de la modernidad y la vinculación de los derechos humanos con el fortalecimiento de los derechos de los sectores vulnerables de los países del tercer mundo tienen que ver con el nuevo paradigma de derechos humanos como herramienta de cambio utilizada para poner en crisis el poder.

Los derechos humanos desde el ámbito de la educación y del conocimiento impulsan la toma de conciencia sobre los principios de igualdad de los pueblos, de no

---

[75] . Alan Arias Marin y Ursula Sanchez Solano. Reseña Bibliográfica al libro Derechos Humanos como Política e Idolatría de Michael Ignatieff. Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH. Mexico. Pág. 197.

[76] Alan Arias Marin y Ursula Sanchez Solano. Reseña Bibliográfica al libro Derechos Humanos como Política e Idolatría de Michael Ignatieff. Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH. Mexico. Pág. 200.

colonización y descolonización, de no discriminación y diversos principios de respeto a la dignidad humana entendida como una construcción política e histórica.

Pablo Ramella, Boaventura de Sousa Santos coinciden en la fuerza de la educación y el valor de la educación.

Boaventura habla del derecho al conocimiento, *"la supresión de este derecho original fue responsable del epistemicidio masivo sobre el que la modernidad occidental construyó su monumental conocimiento imperial. En una época de transición paradigmática, la reivindicación de este ur-derecho implica la necesidad de un derecho a conocimientos alternativos...*

El derecho a conocimientos alternativos es un derecho a alejarse del conocimiento – regulación hacia la dirección del conocimiento – emancipación, de una modalidad que procede del caos al orden hacia una forma de conocimiento que procede del colonialismo a la solidaridad"[77]

Está claro que el conocimiento es la fuerza necesaria para salir de colonialismo y su manera de salir es por medio de esta herramienta, el conocimiento y los derechos humanos constituyen el lenguaje necesario de comunicación de la comunidad internacional y se deben proyectar desde la descolonización y desde la liberación, aquí no puede dejarse de mencionar al gran Paulo Freire, otro pensador que trabajó por los derechos humanos y la educación con el valor descolonizador y liberador.

El difícil paso del colonialismo a la solidaridad tiene que ver con la educación y con el conocimiento y fundamentalmente la vieja concepción liberal de los derechos humanos que hoy ha sido reemplazada por otra que tiene que ver con una construcción histórica y social vinculada a los movimientos descolonizadores emergentes y movimientos de derechos humanos en todo el mundo que vienen a reemplazar el sueño de igualdad y de utopías que en otros tiempos estaban representados en el comunismo o en la llegada de unas sociedad socialista universal.

---

[77] Boaventura de Sousa Santos. *Para Descolonizar Occidente. Mas allá del Pensamiento Abismal*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Editorial Prometeo Libros. Buenos Aires 2010. Primera Edición. Pág. 109

Hoy los derechos humanos son una construcción política y social que no responde a los principios del liberalismo y del conocimiento como colonizador sino más bien todo lo contrario hoy representan la forma de los sectores más vulnerables para alcanzar una posición de descolonización y emancipadora.

Por eso está claro que para construir un concepto de derechos humanos intercultural y postimperial se debe realizar primero una tarea epistemológica.[78]

Es una tarea epistemológica quiere decir que es una tarea vinculada fundamentalmente al conocimiento y las formas de acceder a las redes del conocimiento.

La teoría del conocimiento y su vínculo con las nuevas construcciones políticas, sociológicas, filosóficas acerca de los derechos humanos permiten pensar que el concepto de derechos humanos hoy tiene otro contenido y otra virtualidad internacional incluso en referencia a la propia comunidad internacional.

Vinculado a esto se encuentra el derecho a organizar y participar en la creación de los derechos, creemos como Michael Ignatieff y como Boaventura de Sousa Santos que los derechos son una construcción y una creación política social.

Boaventura sostiene que la supresión de este derecho (a crear derechos) ha sido el fundamento del gobierno y la dominación capitalistas.[79]

Claro que el dominio del conocimiento y la imposibilidad de crear derechos son las bases de la colonización y del capitalismo, pero paradojalmente hoy los derechos humanos constituyen una herramienta de liberación contra la opresión.

La represión los derechos humanos se dirige o bien contra la creación de derechos o bien contra la organización para defender o crear derechos.[80]

Paulo Freire tiene una obra central, una obra que sin dudas es un hito, su título es revelador, se llama "La Educación como Práctica de la Libertad", en dicha obra

[78] Boaventura de Sousa Santos. Para Descolonizar Occidente. Mas allá del Pensamiento Abismal. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Editorial Prometeo Libros. Buenos Aires 2010. Primera Edición. Pág. 108

[79] Boaventura de Sousa Santos. Op. Cit. Pág. 114

[80] Boaventura de Sousa Santos. Op. Cit. Pág. 115 y 116

todos los pensamientos que encontramos en tantos referentes (Michael Ignatieff, Pablo Ramella, Arturo Roig, Enrique Dussel,) se ven reflejados.

Este libro es un ensayo que hace historia de los fundamentos y de los resultados en Brasil del pedagogo Paulo Freire.

Nos dirá Paulo que la educación es praxis, reflexión y acción del hombre sobre el mundo para transformarlo.

Sostuvo que el educando es el objeto de la manipulación de los educadores que responden a su vez a las estructuras de dominación de la sociedad.

Está claro que la educación no puede responder a las mismas prácticas colonizadoras a las que respondieron por años y que siguen firmes en numerosas instituciones y prácticas sociales.

Juan Barreiro en el prólogo a la obra de Freire, cita al Pernambucano y dice *"No es posible dar clases de democracia y al mismo tiempo considerar como absurda e inmoral la participación del pueblo en el poder"*[81]

De esto se tratan los derechos humanos en su construcción descolonizadora y liberadora, se trata de dar participación a los sectores históricamente marginados y se trata en definitiva de poder construir derechos.

La Colonialidad en la educación y el conocimiento.

Con el título La Colonialidad del Saber. Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas Latinoamericanas. Edgardo Lander compila artículos de diversos autores y plantea el siguiente problema:

"El eurocentrismo y el colonialismo son como cebollas de múltiples capas. En diferentes momentos históricos del pensamiento social crítico latinoamericano se han develado alguna de esas capas. Posteriormente siempre ha sido posible recanocer

[81] Paulo Freire. La Educación como Práctica de la Libertad. Editorial Siglo XXI. Bs. As. 1973 Pág. 19. Prólogo de Julio Barreiro.

aspectos y dimensiones (nuevas capas de ocultamiento) que no habían sido identificadas por las críticas anteriores"[82]

El primer artículo corresponde a Edgardo Lander y se refiere a las ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos.

En la misma línea que Boaventura de Sousa Santos en su descolonizar occidente, Edgardo Lander plantea que *"las alternativas a las propuestas neoliberales y al modelo de vida que representan, no pueden buscarse en otros modelos o teorías en el campo de la economía..."*[83]

Luego y en lo que interesa a este trabajo Lander plantea aportes recientes a la perspectiva crítica del eurocentrismo colonial y se refiere a los aportes de Trouillot, Escobar y Coronill.

Con respecto a Michael –Rolph Trouillot, hace referencia al carácter colonial de la historiografía occidental, "...de acuerdo a Trouillot, la revolución Haitiana fue silenciada por la historiografía occidental, porque dados sus supuestos, esta revolución tal como ocurrió era impensable"[84]

Con respecto a Arturo Escobar su aporte es el marco de referencia para la crítica cultural de la economía como estructura fundacional de la modernidad.

Finalmente con respecto al aporte de Fernando Coronill el mismo se centra en las separaciones fundantes de los saberes sociales modernos y su negación de la naturaleza en la teoría social occidental.

"una vez incorporada la naturaleza al análisis social, la organización del trabajo no puede ser abstraída de sus bases materiales. En consecuencia, la división

---

[82] Edgardo Lander (Compilador). *Lo Colonialidod del Saber: Euracentrismo y Ciencias Socioles. Perspectivas Latinoamericanas. Editorial CICCUS, CLACSO; Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2 Edición. Bs.As. 2011. Pág.13*

[83] Edgardo Lander (Compilador). La Colonialidad del Saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas Latinoamericanas. Editorial CICCUS, CLACSO; Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2 Edición. Bs.As. 2011. Pág.15

[84] Edgardo Lander. Op. Cit. Pág. 33

internacional del trabajo tiene que ser entendida no solo como una división social del trabajo, sino igualmente una división global de la naturaleza"[85]

Enrique Dussel que es un referente mendocino de la lucha por los derechos humanos, junto a Pablo Ramella, Arturo Roig en la línea del pensamiento descolonizador.

Enrique Dussel en la obra colectiva titulada La Colonialidad del Saber, que estamos analizando, escribió un artículo titulado transmodernidad e interculturalidad (interpretación desde la filosofía de la liberación), en búsqueda de la propia identidad. Del Eurocentrismo a la colonialidad desarrollista.

Dussel afirma que *"Desde los finales de la década del 60, y como fruto del surgimiento de las ciencias sociales críticas latinoamericanas (en especial la "Teoría de la Dependencia"), y por la lectura de Totalidad e Infinito de Emmanuel Levinas, y quizá inicial y principalmente por los movimientos populares estudiantiles de 1968, se produjo en el campo de la filosofía y por ello en la filosofía de la cultura, una ruptura histórica. Lo que había sido el mundo metropolitano y el mundo colonial, ahora (desde la terminología todavía desarrollista de Raúl Presbich en la CEPAL), se categorizaba como "centro" y periferia."*

Parir un pensamiento latinoamericano -y- descolonizador es parir un pensamiento promotor de los derechos humanos desde la llamada "periferia" desde Latinoamérica y desde el Tercer Mundo.

Situarse en el tercer mundo y en Latinoamérica para promover los derechos humanos es el lugar donde se comprende que los mismos no pertenecen más al modelo hegemónico que les dio origen y que fueron apropiados como reivindicación por los sectores a los que estaba destinado a domesticar.

Pero además los derechos humanos tienen que ver fundamentalmente con otro concepto de Dussel, la transversalidad del dialogo intercultural transmoderno: mutua liberación de las culturas universales postcoloniales y allí coincide con Ignatieff

[85] Capítulo de Enrique Dussel, titulado Transmodernidad e interculturalidad (interpretación desde la filosofía de la liberación), en búsqueda de la propia identidad. Del Eurocentrismo a la colonialidad desarrollista, en la obra de Edgardo Lander (Compilador). Op. Cit. Pág. 40

cuando plantea que los derechos humanos son el nuevo paradigma del diálogo mundial.

Dussel manifiesta que *"así el concepto estricto de "trans-moderno" quiere indicar esa radical novedad que significa la irrupción como desde la nada, exterioridad alternativa de lo siempre distinto, de culturas universales en proceso de desarrollo, que asumen los desafíos de la modernidad, y aún de la post-modernidad europeo-norteamericana, pero que responden desde otro lugar, other Location. Desde el lugar de sus propias experiencias culturales, distinto a lo europeo-norteamericano, y por ello con capacidad de responder con soluciones absolutamente imposibles para la sola cultura moderna"*[86]

Así los derechos humanos como concepto y herramienta tienen un contenido absolutamente diferente en el tercer mundo y en latinoamerica en los movimientos emergentes y la educación y la cultura junto con los nuevos puntos de partida epistemológicos demuestran que este proceso de descolonización no solo atañe al saber sino también a la práxis de los derechos humanos que dejaron de ser instrumento de homogeneización cultural y pasaron a ser herramienta subversiva de los movimientos emergentes tanto dentro de los estados como en la sociedad civil que vienen a cambiar el orden establecido.

17. La Esperanza de los Derechos Humanos.

Ignatieff asegura que el discurso de los Derechos Humanos, entendidos como lenguaje de potencial universal, representa un paso hacia la igualdad moral, sin que pueda dejarse de lado el hecho de que también conlleva a un mundo de conflicto, deliberación, argumentación y contención.

Los Derechos Humanos deberían ser vistos como el código lingüístico capaz de crear bases para la deliberación. De esta manera, en un futuro, los Derechos Humanos podrían ser un vocabulario común con el que empezar a debatir, y el mínimo básico en el que podrán enraizarse las diferentes ideas del crecimiento humano.

[86] Enrique Dusell. Op. Cit. Pág. 63

Los derechos humanos son una construcción política y social, que puede ser además una herramienta en la construcción de un dialogo dentro de la comunidad internacional en aras de los mejores ideales del género humano.

En esa continuidad histórica que sin dudas existe desde la revolución de los derechos humanos producida en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, donde su construcción obedecía a la necesidad de la humanidad de defender la paz y siguiendo con una línea imaginaria a sus sucesores naturales del presente que lo constituyen el actual movimiento emergente de defensores de derechos humanos en todo el mundo, ya sea dentro de los espacios estatales o por fuera de ellos en las organizaciones no gubernamentales.

No cabe duda que aquellos defensores de la paz que construyeron los principios de los grandes tratados de derechos humanos fueron sucedidos por las generaciones de hoy que no solo utilizan esos tratados como herramientas para la defensa de los derechos humanos, sino que tienen que oponerse en las distintas partes del mundo a los poderes del capitalismo trasnacional, del desarrollo sin principios ni respeto por la dignidad humana, ni por los principios más elementales.

Aquellos que construyeron un sistema de acuerdos y tratados para defender la paz y los derechos humanos no imaginaron o quizás si, que las nuevas generaciones encontrarían en estos instrumentos una herramienta tan poderosa para poner freno al poder, ya sea al poder de los estados o el poder de las grandes empresas, o el poder de los grandes financistas. La continuidad histórica entre los principios universales de los derechos humanos, sentados luego de la pérdida de millones de vidas humanas ocurridas en la Segunda Guerra Mundial y los principios de derechos humanos enarbolados por estos movimientos emergentes es una realidad política e histórica innegable.

Sin estos principios y tratados, sin la organización de la comunidad internacional, sería imposible pensar en un mundo mejor.

La idea aún embrionaria y tantas veces atacada de tener un tribunal penal internacional a pesar de todas las trabas que se le pongan, sigue siendo una esperanza

para desterrar en algún momento de la historia de la humanidad de una vez por todas, las matanzas de grupos humanos, el genocidio y los crímenes contra la humanidad.

Sin una corte penal internacional con jurisdicción universal los Estados y sus dirigentes siguen teniendo la posibilidad y la chance de exterminar a sus propios pueblos, como lo hizo en su momento Hitler, como lo hicieron los dictadores latinoamericanos y africanos, como lo hicieron y lo hacen los Estados Unidos enviando tropas por el mundo y como lo hace el régimen Sirio en estos días.

Mientras no exista una Corte Penal Internacional los Estados cualquiera sea su ideología política, seguirán masacrando sus propios pueblos.

En la lucha por el establecimiento de los principios de derechos humanos, existe una continuidad histórica desde la pos guerra hasta hoy donde en un primer momento la herramienta privilegiada fueron los tratados de derechos humanos y en la actualidad la herramienta fundamental es el conocimiento y la formación en derechos humanos de los defensores.

EL SENTIDO COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL: UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS DIFERENCIAS

Por Dra. Luciana Alvarez

UNCuyo- CONICET

El derecho constituye una formación discursiva específica que condensa los distintos niveles de conflicto en una formación socio-histórica determinada, y del mismo modo los derechos humanos hacen parte del discurso jurídico de una manera, también específica, puesto que en su modulación puede observarse cómo el derecho se articula con el poder y con lo ideológico, ya que a través de las declaraciones de derechos humanos, o fundamentales, el derecho en tanto practica social y política: "...produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás."[87]

En las declaraciones de derechos, aún desde sus primeras formulaciones, se condensan postulados de carácter altamente contradictorio.[88] Tanto en el caso estadounidense como francés, por medio de las declaraciones modernas de derechos se buscaba el establecimiento de una nueva ecuación: Estado/poder político y sociedad, ya que establecida la separación de lo público y lo privado, se trató de determinar los límites y formas de intromisión del poder en el ámbito natural e inalienable de la libertad humana.

En este sentido, los derechos humanos constituyen la nota característica de Estados de derecho occidentales en tanto límite al ejercicio del poder político, puesto que ante ellos cede la discrecionalidad del poder soberano. De su análisis pueden

[87] Cárcova, C. M., "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho", en Courtis, C. (compilador), Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 34.

[88] En este sentido, y respecto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Balibar sostiene "...en raison même de leur simplicité de leur radicalité révolutionnaire, recèlent une contradiction qui leur interdit de s'envestir dans un ordre stable. Ou mieux encore: que la contradiction, au second degré, réside dans l'inestabilité du rapport entre le caractère aporétique des énoncés et le caractère conflictuel où ils surgissent et qui leur sert de référent." Balibar, E., "Droits de l'homme et droits du citoyen: la dialectique moderne de l'égalité et de la liberté", *Les frontières de la démocratie*, Paris, La Découverte, 1992, p. 126.

extraerse, entonces, numerosas consideraciones respecto del modo en que el poder se ejerce en una sociedad determinada.

En el desarrollo del presente trabajo nos interesa, principalmente, rastrear los anclajes económicos, políticos y sociales del surgimiento de los llamados nuevos derechos en tanto evidencian una transformación en los contenidos jurídicos de los derechos fundamentales, tanto a nivel constitucional como del derecho internacional, en relación al desplazamiento operado en su seno de la noción individualista y abstracta de la persona humana propia de la modernidad hacia la consideración de sus determinaciones colectivas, grupales y/o sociales.

Derechos humanos: caracterización crítica y construcción de sentido

Los derechos humanos consisten en una construcción discursiva que fundó la legitimidad de las instituciones jurídico-políticas surgidas en la modernidad con el nombre de Estados de derecho, en alusión al reconocimiento y operatividad de ciertas instituciones tendientes a salvaguardar un espacio de libertad para la persona humana. Si bien la terminología de derechos humanos, o derechos fundamentales, comenzó a utilizarse con mayor generalidad a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1945, la noción técnica de derechos humanos o fundamentales incluye todas las declaraciones de derechos del hombre y/o el ciudadano a partir de la revoluciones liberales de fines del siglo XVIII. Incluso algunos autores admiten la consideración en este marco de la *Bill of Rigths* de Inglaterra de 1689.[89]

Para el momento de la proclama de estas declaraciones modernas de derechos, la terminología utilizada fue la de "derechos naturales". Esta terminología está vinculada con el pensamiento liberal ilustrado o iusnaturalismo racional, en cuanto alude a una naturaleza humana inalienable que el poder político concreto, circunstancial, temporal no puede ni debe avasallar. Aunque no constituye nuestro interés reparar en la búsqueda del término más adecuado para designar los derechos humanos, sí se

[89] Al menos como antecedente de las declaraciones de derechos humanos propiamente puesto que, como señalamos más adelante, la especificidad de estos instrumentos y/o instituciones jurídicas de protección de la persona, en tanto derechos humanos, se juega a nivel de la legitimidad de la organización política y no del mecanismo de protección en sí.

descartan algunas nomenclaturas por su clara vinculación a ciertas escuelas o perspectivas iusfilosóficas. Así la denominación "derechos naturales", por su afinidad con el iusnaturalismo, las denominaciones "derechos públicos subjetivos" y "libertades públicas" por su vinculación al individualismo y iuspositivismo.[90]

En general se utilizará en nuestro desarrollo conceptual el término derechos humanos o derechos fundamentales, éstos resultan adecuados por cuanto, el primero, resulta una terminología incorporada al lenguaje generalizado en el campo jurídico y filosófico político, que no acarrea demasiadas contradicciones, salvo las relativas a cierto reduccionismo individualista y antropocéntrico. En este sentido, corresponde no olvidar que los derechos humanos han trascendido, actualmente, su referencia a la persona humana y se han consagrado derechos humanos relativos al medio ambiente, la paz, la felicidad, las condiciones de vida de las generaciones futuras, los que han sido denominado derechos de la solidaridad.[91] La terminología derechos fundamentales, por su parte, da cuenta de una perspectiva determinada respecto de su origen y/o fundamento, pues alude a una realidad con arraigo extra-jurídico, y cierta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en sí, con lo cual indica algunas características cuya consideración compartimos.

Como se refirió anteriormente, los derechos humanos resultan de un proceso de producción de sentido por el cual se fueron concretando, en distintos momentos históricos, algunas libertades y pretensiones jurídicas de contenido en relación al poder del Estado. Así se ha sostenido: "Desde 1948 hasta la actualidad nos hemos ido acostumbrado a denominar como "derechos humanos" a los diferentes procesos sociales, políticos y culturales que han tendido a positivar institucionalmente tanto las exigencias de protección ciudadana contra la hegemonía del Estado sobre nuestras

---

[90] Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999.

[91] Pérez Luño, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2006, p. 17. Asimismo para un análisis del sentido de solidaridad como valor jurídico y social puede verse: De Lucas, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1998; Dussel, E., "Deconstrucción del Concepto de "Tolerancia" (De la Intolerancia a la Solidaridad)" UAM-Iz., México City, www.afyl.org/cursodussel, consulta agosto 2005, Alvarez, L., "Desde los márgenes: solidaridad, igualdad, diversidad", en Michelini, D. *et al.* (eds.), *Ciudadanía, Democracia y Ética Pública*, Río Cuarto, Argentina, ICALA, 2007. En el ámbito del Derecho Constitucional se ha evaluado negativamente la incorporación de postulados de esta índole, especialmente el derecho a la felicidad y la paz, en las declaraciones de derechos, en relación a ello conviene recordar que la Declaración de Independencia de Filadelfia (1776) dispone: "...We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness...".

vidas cotidianas, como las demandas políticas de intervención del mismo Estado, con el objetivo de obstaculizar el despliegue irrestricto del mercado en las relaciones sociales y sus consecuencias, sean estas intencionales o no".[92]

La noción de vida digna ha sido redefinida históricamente, y con ella el concepto propio de derechos humanos o fundamentales con lo que se ha otorgado relevancia a distintos contenidos para esos derechos. Este proceso histórico de re-definición de la dignidad humana y de los derechos humanos ha estado determinado por las relaciones económicas, sociales y políticas[93] que, a su vez, lo habilitaron. Es decir que, de acuerdo con nuestra perspectiva, las variaciones de los contenidos de los derechos humanos o aparición de nuevos derechos, si bien han estado marcadas por la re-definición de la dignidad humana, han dependido de los contextos económicos, sociales y políticos que habilitaron tal re-definición.[94] En relación a ello y al carácter histórico de los derechos humanos muchos autores hablan de "generaciones de derechos", considerando que se han manifestado, en torno a las necesidades y condiciones socio-políticas de un determinado momento histórico, tres grandes generaciones de derechos humanos y su correlativo reconocimiento legal. Así, se habla de una primera generación en torno a los derechos civiles y políticos; una segunda que incluye a los derechos sociales, entre ellos los derechos de los trabajadores, y por último una tercera generación de derechos que concretan las necesidades del mundo actual globalizado:[95] crisis ecológica, tecnología informática, armamentística y genética. En relación a este surgimiento progresivo a través de sucesivas generaciones de derechos se les ha otorgado, además, la nota de progresividad que ha sido definida como la tendencia manifiesta que se observa en la protección internacional de los derechos humanos hacia la expansión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como por

---

[92] Herrera Flores, J., "Los derechos humanos en el contexto de la globalización. Tres precisiones conceptuales", Coimbra, 2003 (consulta diciembre de 2007). Disponible en Internet en: http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/HerreraFlores.pdf.

[93] Esta caracterización es coherente con nuestro abordaje en relación al derecho como discurso y en este sentido a la relación que los procesos de producción de sentido guardan con las relaciones sociales de dominación o poder.

[94] Entendemos que esta habilitación se dio, y se da, en un doble sentido: para atender a la conservación del sistema económico vigente como para su transformación. Pero, en cada caso, las determinaciones del contexto han operado de modos diferentes.

[95] Pérez Luño, A. E., op. cit., pp. 28-29.

lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales los órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia.[96]

De acuerdo con nuestro enfoque, si se considera que los derechos fundamentales participan de las potencialidades emancipatorias y dominadoras de la modernidad, en su relación compleja con el sistema capitalista y, en consecuencia, se encuentran anclados en dichas dinámicas, estas nociones de "generación de derechos" y "progresividad" resultan relativamente acotadas. Ello de ningún modo implica descartar el concepto ni la institución jurídico-política misma de los derechos humanos o fundamentales, ni la necesidad de su consagración y operatividad, sino que apunta a la imprescindible reflexión sobre ellos en tanto prácticas sociales, rastreando sus contradicciones y complejidades, a fin de evitar festejos relativistas e ingenuos que en lugar de promover prácticas liberadoras las mitiguen. Pues, a pesar que los derechos fundamentales constituyen un ámbito de invaluable potencialidad liberadora y transformadora, debe mantenerse abierto el espacio de la reflexión crítica respecto de ellos pues que, en tanto prácticas éticas, políticas y jurídicas, participan de la conflictividad y las contradicciones de la realidad social.[97]

En este sentido cabe considerar lo destacado por Ettiene Balibar en su fundamentación de la idea de *égaliberté*[98] en relación al desarrollo histórico político que en Francia tuvo lugar a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) de 1789-1795: "Notons ici toutefois que, si ces époques se succèdent, ou s'engendrent l'une l'autre, elles ne se supplantent

---

[96] Nikken, P., *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Civitas, 1987, p. 309.

[97] En este sentido Douzinas refiere: "Los derechos humanos están atrapados en este movimiento pendular que va de lo mejor a lo peor, de la esperanza del futuro a las tantas opresiones del presente." Douzinas, C., *El fin de los derechos humanos*, Bogotá, Legis, 2008, p. 102. Específicamente, para un ejemplo del modo en que la progresividad de los derechos humanos se encuentra desvirtuada en función de los procesos económico-sociales, puede verse lo reflexionado respecto del trabajo de inmigrantes ilegales en Argentina, Alvarez, L. y Bellene, N., "El trabajo de inmigrantes ilegales en Argentina. Su impacto en la consideración clásica de los derechos humanos" en *Actas de III Congreso Interoceánico de Estudios Latinoamericanos. Políticas de la diversidad y políticas de la integración*, Mendoza, 2007, formato CD, ISBN N° 978-950-774-039-8.

[98] Este término proviene de los vocablos en francés "égalité" y "liberté". Con la noción de "égaliberté" Balibar alude a una interpretación explicativa de los derechos del hombre y del ciudadano que permita rescatar tanto la libertad como la igualdad en una relación imposible que expresa la tensión constitutiva de los derechos humanos, Balibar, E., "Droits de l'homme et droits du citoyen: la dialectique moderne de l'égalité et de la liberté", *Les frontières ...*, op. cit., pp. 124-150.

pas comme les tableaux d'une oeuvre théâtrale: pour nous, et par conséquent dans notre rapport à la question politique, elles sont toutes encore présentes, dans une totalité désunie, dans une "non contemporanéité" qui est la structure même du "moment actuel", ce qui veut dire que nous avons simultanément affaire à l'Etat, à la lutte des classes, et à la différence anthropologique. "[99]

Lo referido a la potencialidad liberadora de los derechos fundamentales, y sus reversos no explícitos, vale respecto de su carácter universal. Sobre todo en las últimas décadas debido al surgimiento de colectivos y movimientos sociales en reclamo del reconocimiento de las diferencias, el carácter universal de los derechos humanos ha sido puesto en la mira. Con el desarrollo de la teoría poscolonial, y muy especialmente con la aparición de una de sus obras fundamentales, *Orientalismo*[100] de Edward Said, se puso el acento en el modo en que Occidente, la modernidad, el iluminismo, sus relatos y categorías, se consolidaron sobre la idea de barbarismo e inferioridad de su opuesto: Oriente.[101] Estas perspectivas teóricas surgieron vinculadas al post-estructuralismo francés -Foucault, Derrida- y en consecuencia, se concentraron en la existencia de una diversidad cultural e identitaria, la fragmentariedad del sujeto, de la razón, la deconstrucción de todo macro relato[102], pero de una deconstrucción de los textos realizada "desde dentro", desde el punto de vista del subalterno. La mayor parte de estos trabajos estuvieron focalizados en la denominada cultura popular[103] de los nacientes Estados surgidos de la descolonización de Asia y África. Particularmente, la teoría poscolonial se ocupó de una fuerte crítica epistemológica, a partir de los desarrollos de Foucault, se propuso poner en evidencia los vínculos entre las prácticas coloniales occidentales y la producción de conocimiento científico al interior de las ciencias sociales. En este sentido contribuyó al desmonte de categorías abstractas, universales, aplicables a todos los seres humanos, en tanto tendió a revelar los

---

[99] Balibar, E., "Droits de l'homme... ", op. cit., pp. 149-150.

[100] Said, Edward, *Orientalismo*, Madrid, Libertarias 1, 1990.

[101] Para una perspectiva diversa debe tenerse en cuenta la interpretación de Frantz Fanon quien sostiene que Europa y el hombre blanco occidental no necesitó del negro oriental-africano para constituir su identidad, De Oto, A., *Frantz Fanon: política y poética del sujeto poscolonial,* México, Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2003.

[102] Dussel, E., *Hacia una filosofía política crítica,* Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 438.

[103] El término cultura popular resultó, y resulta aún hoy, problemático dentro del campo de los estudios culturales. Para un panorama de este debate véase Beverly, J., "Sobre la situación actual de los Estudios Culturales" en Mazzotti, J. A. y Cevallos, J., (eds.), *Asedios a la heterogeneidad cultural. Libro de homenaje a Antonio Cornejo Polar*, Pittsburg, Asociación Internacional de Peruanistas, 1996, p. 460.

procesos sociales por los cuales tales ficciones pudieron constituirse, y la estrecha vinculación entre los derechos humanos universales y la particularidad occidental fundadora de ellos. Se ha referido la importancia de la teoría de la crítica poscolonial, en la relación al carácter universal de los derechos humanos, dado que los debates más intensos en materia de diversidad/universalidad de los derechos fundamentales se están presentando en relación, o frente a, Oriente.[104]

Sin embargo, es conveniente tener en cuenta lo que Mignolo, al igual que otros intelectuales latinoamericanos, ha destacado en relación a que, en tanto procedentes de tres *locis* diferenciales: la crítica posmoderna ubicada en Europa y Estados Unidos, la crítica poscolonial, cuyos portavoces son los intelectuales indios y árabes, cuyos países libraron sus gestas emancipatorias en la segunda mitad del siglo XX, y, finalmente, la crítica post-occidental, cuya referencia es América Latina, han contribuido de una manera decisiva a la expansión y predominio de un tipo de teoría que, bajo el signo de la disolución de fronteras y la proclamación de nomadismo, no hace sino expandir las modalidades de producción, conceptos y debates de la academia norteamericana.[105] Es claro que la crítica poscolonial no escapa a las contradicciones y ambivalencias de todo discurso originado en la relación dominado/dominador.

Respecto de las críticas a la universalidad y su implicación con los derechos humanos, nuestra propuesta no apunta a la consolidación de un relativismo cultural en esta materia, pero sí a una crítica aguda de ella que tienda a la re-estructuración de los derechos involucrados. Sin tratarse, por otro lado, de una reconstrucción que lejos de apuntar a una transformación del horizonte moderno y capitalista de su enunciación,

---

[104] El planteo de la multiculturalidad, en los países centrales, aparece especialmente ligado a las tradiciones éticas y religiosas de Oriente, especialmente en la agenda actual de los Estados, en virtud de la gran cantidad de inmigrantes orientales en Europa y Estados Unidos. En relación a América Latina, la crítica poscolonial se ha difundido con cierta amplitud, si bien últimamente se ha dado todo un proceso de desencantamiento de sus posibilidades epistemológicas para nuestras realidades. Para un análisis crítico de la teoría poscolonial puede verse también: Fernández Nadal, E., "Espejismos globalizadores en el debate latinoamericano en torno a la "teoría poscolonial"", *Anuario de teologías contextuales,* Frankfurt, 2001, pp. 103-124; Grüner, E., *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*, Buenos Aires, Paidós, 2005; Bravo, V., "¿Poscoloniales, Nosotros? Límites y Posibilidades de las Teorías Poscoloniales" en *Terrores de fin de milenio*, Mérida, Venezuela, Ediciones El libro de arena, 1999 y Lander, E., *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

[105] Ciriza, A., "Notas sobre los límites de la importación teórica. A propósito de Judith Butler" en *El rodaballo. Revista de política y cultura*, Buenos aires, Año X, N° 15, invierno 2004, pp. 57-61.

quede encerrado en tales fronteras, al estilo de las éticas neo-kantianas o neo-contractualistas.[106]

Anclajes históricos y políticos de los derechos humanos

Tal como referimos anteriormente, los derechos fundamentales fueron el producto de un proceso social de construcción de sentido mediante el cual devinieron en el elemento legitimante de las formaciones políticas nacidas en la modernidad, el llamado Estado de Derecho. Estas formaciones políticas terminaron consolidándose como Estados nación[107] dada la legitimidad proveniente de la presupuesta existencia de una comunidad histórica, lingüística y/o étnica de base, lo que condicionó el contenido igualitario de los derechos garantizados por el Estado de Derecho y el principio de igualdad ante la ley. Hacia mediados del siglo XVIII, el pensamiento ilustrado y gran parte de la filosofía política[108] sostenía el presupuesto según el cual los "hombres" son todos iguales ante la ley porque poseen características universales, (razón, dignidad). Este principio de igualdad debía su importancia, entre otros posibles factores, a la necesidad de desterrar los estamentos privilegiados de la monarquía del Antiguo Régimen, al menos para el contexto europeo del siglo XVIII.[109] Paradójicamente, el principio de universalidad de la razón humana se entrecruzó con el fundamento nacional homogeneizante de la legitimidad política de principios del

---

[106] Tal como lo sostiene Dussel en el desarrollo de su ética de la liberación y su política de la liberación, no todo es prescindible respecto de las éticas procedimentales, discursivas, neokantianas, pero las mismas deben ser re-inscriptas en un horizonte emancipatorio condicionado por las particularidades del periodo del capitalismo actual. Dussel, E., *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 167 y ss.

[107] Hemos señalado esta circunstancia puesto que la vinculación Estado y nación posee consecuencias determinantes para la efectivización u operatividad de los derechos humanos y sin embargo, ella habitualmente no es abordada, más que de manera tangencial, al desarrollarse la cuestión de los derechos humanos.

[108] Así, Kant, Roussean, Locke. Puede verse, además, Dussel, Enrique, "El principio democrático. Igualdad", www.afyl.org/cursodussel/, consulta agosto 2005, pág. 7.

[109] Para el contexto estadounidense la noción de igualdad no aludía tanto a la necesidad de abolir el *Ancien Régime*, como a la necesidad de reconocer las condiciones en que habrá de desarrollarse la libre competencia social y mercantil. Douzinas, C., "Revoluciones y declaraciones: los derechos de los hombres, de los ciudadanos y de algunos otros" en *El fin de los derechos...*, op. cit., p. 105. El preámbulo de la Declaración de Independencia Norteamericana de 1776 expresa: "...all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness...".

siglo XIX, en relación con la expansión del romanticismo, los movimientos de restauración monárquica de la Europa de siglo XIX y el desarrollo del capitalismo[110].

En la presentación habitual de los derechos humanos se pasa por alto la cuestión del surgimiento de las libertades modernas de las teorías contractualistas del poder político, y la concomitante consolidación de la nación (en tanto noción de pertenencia cultural, histórica, lingüística u otra) como elemento fundador del Estado de Derecho.[111] Estas nociones son relativamente contradictorias pues, por un lado, se promueve la racionalidad universal, abstracta, la libertad y dignidad de la persona humana, y por el otro, la garantía de dicha libertad se encuentra en leyes generales y aplicables dentro de los límites de un territorio determinado en virtud que tales sujetos comparten características singulares: históricas, étnicas, religiosas[112], condicionando la categoría de ser humano a la de ciudadano.[113] Tal es la relevancia de esta contradicción que es ella la que explica la necesidad del proceso de internacionalización del reconocimiento de los derechos, después de la Segunda Guerra Mundial, habida cuenta de las terribles masacres que presenció la humanidad durante el siglo XX. Éstas, como es bien conocido, tuvieron uno de sus orígenes en la exacerbación de las identidades nacionales, los llamados nacionalismos.

Se trata de una relación no explicitada entre libertad, razón universal y homogeneidad de características contingentes relativa al dominio soberano del poder del Estado.[114] En este sentido resulta contundente el análisis de Žižek respecto a la

---

[110] Foucault, por otro lado, pone el acento en la constitución de los Estados nacionales en tanto articulación de la guerra de razas, Foucault, M., *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

[111] Incluso en el riguroso, pormenorizado y crítico estudio de los derechos humanos realizado por Costas Douzinas se obvia esta relación. En su obra, *El fin de los derechos humanos*, Douzinas dedica sólo diez páginas al acápite iv, del capítulo 5, titulado: "Los derechos sólo pueden ser garantizados por la leyes nacionales", en el que la problemática limita su planteo a la cuestión del derecho como límite y legitimación del poder surgido de las revoluciones modernas. Cf. Douzinas, C., op. cit., pp. 122-130. Igualmente, al señalar cómo las declaraciones de derechos al inaugurar la modernidad también dan inicio al nacionalismo y sus consecuencias, se omite todo tipo de explicación o argumentación respecto a qué factores actuaron en la aparición de la "nacionalidad" como organización y legitimación del poder político. Cf. Id., pp. 125-126.

[112] En este sentido puede verse Benhabib, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005, especialmente capítulo 2, ""El derecho a tener derechos": Hanna Arendt y las contradicciones del Estado-nación", pp., 45-60.

[113] Žižek, S., *La suspensión política de la ética*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 194-195 y Balibar, E., "Debating with Alain Badiou on Universalism", 2007 (consulta marzo 2008). Disponible en Internet en: http://www.ciepfc.fr/spip.php?article21.

[114] Gupta, A. y Ferguson, J., "Más allá de la "cultura": Espacio, identidad, y la política de la diferencia", en Gupta, A. y Ferguson, J., *Culture, Power, Place. Explorations in critical anthropology*, Durham, Duke

situación de los refugiados y migrantes ilegales del siglo XX "...La paradoja es que se nos priva de los derechos humanos precisamente cuando estamos, en nuestra realidad social, reducidos a un ser humano "en general", sin ciudadanía, profesión, etc., es decir, precisamente cuando nos convertimos en los merecedores ideales de los "derechos humanos universales" (que nos pertenecen "independientemente de" nuestra profesión, sexo, ciudadanía, religión, identidad étnica, etcétera)..." [115] Esta paradoja a nivel de la teoría de los derechos humanos pretende resolverse en los procesos de internacionalización de los mismos, sea por su incorporación en las distintas constituciones de los Estados occidentales, como por la suscripción de tratados internacionales, constituyendo la ficción del reconocimiento institucional y fuerza coactiva a nivel mundial de los derechos fundamentales. Sin embargo, este proceso no se desarrolló sino hasta mediados de siglo XX, y aún hoy incide en la ineficacia de los derechos humanos en relación a los inmigrantes, refugiados y minorías culturales.

Aun cuando su parcialidad ha sido relativamente trascendida, los derechos humanos estuvieron vinculados, inicialmente, con intereses específicos de clase y eran el arma ideológica y política de la burguesía ascendente en contra del poder político despótico y una organización social estática.[116] Incluso, como lo señalan algunos autores, en su origen los derechos fundamentales estuvieron signados por un fuerte carácter elitista y desigualitario.[117] La nota de universalidad abstracta estructurada en función de la pertenencia histórico-cultural estuvo determinada, además, por los procesos históricos restauradores que siguieron a las revoluciones liberales[118] y el desarrollo del capitalismo.[119] En el proceso de declinación del fundamento divino de

---

University Press, 1997, pp. 33-51. Si bien centrados en la antropología, cuestionan cómo el espacio nacional funciona como un principio central de organización en las ciencias sociales al mismo tiempo que desaparece del panorama analítico.

[115] Žižek, S., op. cit., p. 195.

[116] Douzinas, C., op. cit.

[117] Peces-Barba Martínez, G., op. cit., p. 117.

[118] La realidad observable en Francia, a pesar de la complejidad de los procesos históricos, hasta después de 1870 era la de las monarquías restauradas y el dinastismo Cf. Anderson, B., *Comunidades imaginadas, Reflexiones sobre el origen y la difusión de los nacionalismos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 121.

[119] "El principio de que los Estados independientes, cada uno de los cuales reconoce la autonomía jurídica y la integridad territorial de los otros, deberían coexistir en un sistema político único se estableció por primera vez bajo la hegemonía holandesa con los Tratados de Westfalia. El proceso de globalización de la organización territorial del mundo de acuerdo a este principio, como señala Harvey, necesitó varios siglos

las instituciones socio-políticas, la monarquía aún en el poder se encuentra en una grave crisis de legitimidad, lo que da la clave del paso rotundo de los Estados hacia la homogeneización de sus súbditos sobre la base de las condiciones lingüísticas y culturales del grupo dominante, quienes en función de su construcción política habían incorporado en dicho relato a los sectores populares.[120]

En un primer momento, las monarquías fueron las promotoras de la identidad nacional a fin de restaurar su legitimidad sobre bases distintas a las del contractualismo invocado por los liberales burgueses, siendo aquí donde aparece el cortocircuito entre el concepto liberal de nación política -unificada sobre la base de libertades individuales- y la invocación de características históricas -la nación en sentido étnico- contingentes y comunes, que posibilitó el surgimiento de la identidad nacional y la legitimidad del poder político moderno.[121]

En este sentido es preciso tener en cuenta que la especificidad de los derechos humanos está dada especialmente por su carácter legitimante del poder político, puesto que en tanto instrumentos o mecanismos de protección de la persona humana ya eran conocidos antes de las declaraciones del siglo XVIII.[122] Es decir, en cierto sentido, la revolución que implicó el reconocimiento de derechos naturales o inalienables se encuentra vinculada a la necesidad de legitimar una nueva organización del poder político. Este proceso de legitimidad hay que analizarlo en dos planos, por un lado la protección del ámbito de libertad de la persona que su reconocimiento implicó,

---

y una buena dosis de violencia para completarse. Más importante es que, como frecuentemente sucede con los programas políticos, la soberanía westfaliana llegó a ser universal mediante interminables violaciones de sus prescripciones formales y una gran metamorfosis de su significado sustantivo." Arrighi, G., "La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital." Rev. Iniciativa Socialista. N° 48. Marzo 1998. Valencia.

[120] "...cada universalidad hegemónica tiene que incorporar *por lo menos dos* contenidos particulares: el contenido popular auténtico y la distorsión creada por las relaciones de dominación y explotación..." Jameson, F. y Žižek, S., *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998, p. 140.

[121] "La clave para la ubicación del "nacionalismo oficial" (...) consiste en recordar que se desarrolló después de los movimientos nacionales populares que proliferaron en Europa desde el decenio de 1820, y como una reacción a tales movimientos.", Anderson, B., op. cit., 127

[122] "Lo que diferenció la concepción del revolucionario de las concepciones precedentes respecto a los derechos fue la proclamación de que un nuevo tipo de organización estatal sería fundado en el reconocimiento y la protección de estos derechos." Douzinas, C., op. cit., pp. 122-123.

y por otro, el acotamiento de la protección de estos derechos naturales y universales sólo a los súbditos, ahora ciudadanos, de un Estado nación particular[123].

El proceso socio-histórico en el cual germinaron los derechos fundamentales constituye un proceso por demás complejo, no sólo explicable por los condicionamientos de los intereses de la burguesía en ascenso[124], sino además por las fuertes vinculaciones entre el surgimiento de una nueva institución de poder político -Estado moderno- y las estructuras políticas que lo antecedieron[125], absolutismo monárquico, lo que permite considerarlos, no sólo como una afrenta al viejo poder monárquico sino como funcionales a la existencia de dicho poder.

De todos modos, destacar el proceso complejo por el cual se construyó el sentido de los derechos humanos o fundamentales de ninguna manera implica desconocer la participación activa de los sectores populares, tanto en Europa como en América, en las revoluciones modernas y las declaraciones de derechos que de ellas surgieron[126]. Ello permite comprender, además, por qué los principios políticos surgidos de estas declaraciones de derechos han podido funcionar hasta hoy como espacio de disputa político-simbólica de diversos movimientos sociales.[127]

En este sentido cobra una relevancia espectacular la noción paradójica de los derechos humanos como límite y legitimación del poder político.[128] Esta paradoja

---

[123] En los albores de la Revolución Francesa, la Asamblea Nacional aprobó, mediante decreto, la naturalización de la mayoría de los extranjeros que residían en Francia, incluso se le otorgó el título de ciudadano honorario a periodistas y escritores extranjeros comprometidos con las ideas políticas de la revolución. Este clima universalista de la Revolución Francesa entró en crisis con las primeras derrotas de los revolucionarios y el triunfo de los jacobinos en 1793.

[124] Esta explicación, que resulta necesaria pero no suficiente para dar cuenta del fenómeno, constituye un relato lineal por demás difundido.

[125] Cabe agregar aquí, los desarrollos teóricos y filosóficos que legitimaron valores y prácticas de estas formaciones políticas antecedentes, es decir, el romanticismo como movimiento moderno, de matriz conservadora y/o reaccionaria, lo cual suele pasarse por alto al caracterizar la modernidad.

[126] En este sentido sostiene Balibar "...la complexité sociale réclle de la Révolution française: le fait que celle-ci, d'emblée, n'est pas, n'est déjà plus une "révolution bourgeoise", mais une révolution faite conjointement par la bourgeoisie et le peuple ou les masses non bourgeoises et a fortiori non capitalistes, dans un constant rapport d'alliance et d'affrontement..." en "Droits de l'homme...", op. cit., p. 130.

[127] De alguna manera, y esta es la tesis fuerte de Balibar al respecto, los derechos fundamentales son operativos en el ámbito político para los sectores populares, no porque la dinámica política los haya desvirtuado de sus orígenes estrictamente burgueses, sino porque estos sectores forman históricamente parte de su proceso de gestación. En un sentido diverso, Douzinas rescata una filiación emancipatoria de los derechos humanos desde sus orígenes, cf., Douzinas, C., op. cit.

[128] Rafael de Asís Roig en su breve estudio de *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder,* Madrid, Debate, 1992, se pregunta en qué momento los derechos fundamentales y el Estado

resulta de la noción de derechos como prerrogativas frente al poder, como espacio de libertad -y liberación- ante un poder opresivo al que es necesario limitar, y la noción de derechos como fundamento de un nuevo poder político. Las declaraciones modernas de derechos constituyeron el acto por el cual se limitó y se fundó, a la vez, el poder político de la modernidad: Estado de Derecho[129] y nación como garantía de sus derechos inalienables. Así, "...el hombre puede poseer derechos inalienables cuando no tiene otros derechos más que los otorgados a él por el soberano...".[130]

Con las revoluciones modernas y las declaraciones de derechos surge una nueva forma de organización del poder político, fundada en la protección de derechos y libertades para aquellos que ostentan la calidad, el título, de ciudadano cuya obtención es habilitada vía pertenencia étnica, cultural, histórica, lingüística u otra. Esta pertenencia, lejos de referir al ser humano universal, dotado de razón y libertad, encarna, al menos en Occidente, al hombre sexuado, mayor de edad, propietario, y blanco. De un plumazo, quedaron excluidos del disfrute y ejercicio de los derechos y libertades modernos: mujeres, niños, negros, indígenas, pobres, marginados, enfermos. En este sentido sostiene Douzinas: "...Cuando los Estados liberales dicen que eliminan los privilegios e introducen derechos universales, quieren decir que los privilegios ahora les son concedidos a un grupo llamado ciudadanos, el cual es todavía una pequeña minoría..."[131]

Algunas claves para el surgimiento/ reconocimiento de la diferencia

Habitualmente, se sostiene que la historia del reconocimiento legal de los derechos fundamentales habría pasado por distintas etapas: positivación, generalización, internacionalización en la medida que ello constituye una extensión, o ampliación, de libertades.[132] No se trata, sin embargo, de una historia lineal, pacífica ni ininterrumpida. Desde su surgimiento, al calor de las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, los derechos y libertades, que hoy conocemos como derechos humanos o fundamentales, perdieron popularidad, tanto

---

moderno como realidades históricas se encuentran, a lo que responde: "Paradójicamente ese momento coincide con la aparición del Estado absoluto." de Asís Roig, R., *Las* paradojas..., op. cit., p. 40.

[129] Douzinas, C., op. cit., p. 123.

[130] Id., p. 130.

[131] Id., p. 129.

[132] Para un desarrollo de estas etapas puede verse, entre otros, Peees-Barba Martínez, G., op. cit., Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

en el campo político, jurídico como filosófico, hasta su re-surgimiento después de la Segunda Guerra Mundial. Podría sostenerse que desde el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 hasta nuestros días se ha dado un proceso expansivo de los derechos humanos a través de la generalización, internacionalización y especificación.[133]

La tendencia del proceso de generalización de los derechos fundamentales, mediante la igualdad material, fue la de incorporar a la ciudadanía a los grupos marginados del disfrute de libertades y derechos[134], pero la matriz de ellos continuó regida por un modelo de desarrollo económico y social: liberal, individualista y capitalista. Las contradicciones que este modelo encierra han hecho y hacen imposible el cumplimiento de la promesas de libertad e igualdad para todos los seres humanos, pues el modo de funcionamiento de este proyecto político, social y económico, implica necesariamente la explotación del trabajo humano y la apropiación de excedente.[135] La ciudadanía del Estado nación moderno no es una noción o categoría universal, ni mucho menos neutra, su constitución como proyecto inclusivo, depende del reforzamiento de determinadas exclusiones.[136] El modo en que este mecanismo inclusión/exclusión es altamente selectiva y se encuentra determinado por el contexto social, político y económico.

A pesar de ello, y del hecho que todo el proceso del surgimiento y expansión de los derechos regidos por el principio de la igualdad material, en oposición a la igualdad

---

[133] Tal como referimos precedentemente, no se trata de un desarrollo evolutivo sino de un proceso concreto que ha sido posible en contextos políticos, sociales y económicos también concretos, todo lo cual en cierta medida ha permitido que en líneas generales pueda sostenerse su existencia. De todos modos, debe tenerse en cuenta lo desarrollado respecto de la noción de "generación" y "progresividad" de los derechos humanos ya referida.

[134] Así, la discriminación ha sido definida por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en la Observación General Nº 18 del Comité de Derechos Humanos sobre la no discriminación, como "...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquier o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas." Documento de Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.2, 29 de marzo de 1996.

[135] "... el plusvalor apropiado por el capital en la relación vertical capital-trabajo (explotación) es la fuente de la transferencia de un capital débil hacia el más fuerte en el nivel horizontal (competencia, dependencia) (...) la relación social capital-trabajo (que denominaremos vertical) es de explotación; es la relación en la que el trabajo crea nuevo valor, produce plusvalor. La relación social internacional de una burguesía nacional posesora del capital global nacional más desarrollado en competencia con la burguesía del capital global menos desarrollado, no es ya de explotación; es ahora horizontal: la denominaremos de dominación internacional; es la relación en la que por la competencia se transfiere plusvalor (pero no se lo crea)." Dussel, E., *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los manuscritos de 61-63*, México, Siglo XXI, 1988, pp. 329 y 342.

[136] Douzinas, C., op. cit., p. 129.

formal del primer liberalismo, comparte las premisas de abstracción y homogeneización, tuvo igualmente la virtud de funcionar como motor de la rearticulación de las relaciones socio-económicas reales mediante su progresiva politización.[137] Esta potencialidad del discurso jurídico liberador e igualitario del derecho moderno, y de los derechos humanos, ha sido valorada por la Teoría Crítica del Derecho de Argentina en relación a la llamada "función paradojal" del derecho. Esta función paradojal se explica en la doble articulación del derecho con la ideología y con el poder: como discurso ideológico elude, pero también alude, al ocultar establece al mismo tiempo el espacio de una confrontación, cuando promete la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo por la igualdad.

El problema de la consideración de los derechos humanos, cuando se pasa por alto su naturaleza discursiva, su específica y doble articulación con el poder y lo ideológico y, su anclaje en las dinámicas contradictorias (regulación/emancipación) de la modernidad, es permanecer encerrado en sus paradojas y contradicciones, en un discurso circular donde sólo queda apelar al voluntarismo político en orden a garantizar su operatividad. Tal como sostiene Žižek (en su análisis del compromiso político de Heidegger) resulta ingenuo el esfuerzo tendiente a restringir el sistema (capitalista), a mantener su "rostro humano", pues tales esfuerzos equivalen a huir de la verdad interior del sistema, constituyendo la peor forma de permanecer dentro de su horizonte.[138]

En el periodo del desarrollo del capitalismo actual, a partir de los años '70, los derechos humanos aparecen más consolidados que nunca antes en la historia y correlativamente su falta de efectivización resulta más evidente.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, que inaugura el inicio de la guerra fría, comienza la carrera para el restablecimiento de los estándares de derechos humanos. En este camino cientos de conferencias, foros, declaraciones, convenciones

---

[137] Žižek, S., *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política,* Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 211. De manera convincente Žižek rescata las ficciones de la *égaliberté* en tanto portadora de una efectividad propia, la de rearticular el espacio de lo político, en tanto mantiene el espacio para el reclamo de los no libres, no iguales en el espacio de la libertad-igualdad.
[138] Žižek, S., op. cit., p. 20.

y tratados a nivel internacional se han celebrado y continúan celebrándose, convirtiéndose en la constitución, por encima de las constituciones, lo que constituye un nuevo prototipo de derecho positivo, un positivismo *sui generis*[139]. A su vez, este altísimo *status* de los derechos humanos es visto, en general, como el resultado del triunfo de la universalización de humanidad.[140] Evidentemente, nuestro abordaje apunta a revisar críticamente este aparente triunfo de los derechos, en especial en relación al reconocimiento de derechos particulares o específicos que habrían superado la abstracción y misticismo de las primeras declaraciones de derechos, y enfocar el modo en que las formaciones sociales contemporáneas se estructuran en relación al derecho en general, y a los derechos humanos en especial.

Concretamente, han surgido relacionados a este proceso, la reivindicación y reconocimiento de las diferencias de género, etarias -niñez y ancianidad-, étnicas, culturales. Nos interesa señalar aquí que estas reivindicaciones se encuentran, igualmente, involucradas en el desarrollo del capitalismo mundializado. La mundialización capitalista, o capitalismo tardío, ha hecho propicio el surgimiento de subjetividades fragmentarias, localistas, dada la desterritorialización de la actuación del capital, en un mercado de dimensiones planetarias, donde la identidad nacional de los Estados que legitimara el poder político de los nacientes Estados modernos[141] de Occidente, se encontraría en un proceso de sustitución.[142]

---

[139] Actualmente en el ámbito de la Filosofía Jurídica se reconoce bajo el nombre de "neoconstitucionalismo" a una línea teórica que considera necesario comprender la constitución no sólo de manera descriptiva, como un conjunto de reglas jurídicas positivas de jerarquía superior, sino en su sentido prescriptivo. De esta manera la constitución debe ser interpretada a la luz de principios jurídicos, e incluso morales, aun cuando éstos no estén positivados. Cf. Pozzolo, S., "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, Nº 21, España, 1998 (consulta abril 2008), pp. 355/370. Disponible en Internet en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno1/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf. Para un panorama del neoconstitucionalismo puede verse, también, Mazzarese, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

[140] Douzinas, C., op. cit., p. 142.

[141] Recuérdese que el capitalismo, en su etapa de apropiación del excedente mediante la división internacional del trabajo, propició la consolidación de Estados nacionales y soberanos con relaciones interestatales de intercambio comercial, siempre necesariamente desigual a fin de garantizar la competitividad de los capitales.

[142] Para un análisis de los ciclos sistémicos de acumulación del capitalismo y su correlativo fortalecimiento de unos Estados en detrimento de otros, puede verse: Arrighi, G., op. cit. En este artículo el autor reflexiona sobre la situación de los Estados de Asia, los cuales aparentemente estarían hegemonizando los espacios de organización del capitalismo en detrimento de Occidente.

Los procesos de "desterritorialización, globalización y erosión de la soberanía nacional están teniendo lugar en los campos jurídicos directamente controlados por el capitalismo"[143], siendo que por el contrario, en los campos jurídicos controlados por los principios del cosmopolitismo, en nombre de los grupos sociales oprimidos -migrantes ilegales, refugiados, pueblos indígenas, minorías, marginados, explotados, desposeídos, víctimas de violaciones de derechos humanos, entre otros-, el principio de la soberanía nacional y la ciudadanía lejos de debilitarse parece afirmarse y consolidarse cada vez más[144]. El proceso de globalización/desregulación estatal del campo jurídico es altamente selectivo, no todas las prácticas se legitiman y protegen en el espacio internacional desterritorializado, sino sólo aquellas funcionales al capitalismo mundial actual, todo lo cual complejiza aún más el fenómeno.[145] De acuerdo con Arrighi: "Este proceso de globalización ha surgido mediante la aparición, en cada etapa, de centros organizadores de mayor escala, alcance y complejidad que los centros organizadores de la etapa anterior. (...) Cada sustitución fue marcada por una crisis de las organizaciones territoriales y no territoriales que habían dirigido la expansión en la etapa anterior. Pero fue marcada también por la emergencia de nuevas organizaciones con mayores capacidades que las organizaciones desplazadas para liderar el capitalismo mundial hacia una nueva expansión"[146]

Las demandas particularistas de los nuevos movimientos sociales, al interior de los Estados nación, resultan fácilmente absorbidas por el sistema, en la medida que en lugar de promover una transformación de las estructuras socio-políticas y económicas acompañan, relativamente, su transformación hegemónica.[147]

La noción de soberanía nacional habría constituido, desde su imposición en el periodo de la paz de Westfalia, un mito relativamente eficiente, pero en la realidad si

---

[143] Santos, B., *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Ed. Unibiblos, 1998, p. 136.

[144] Esta referencia cobra mayor sentido si tenemos en cuenta lo destacado por Žižek respecto de la paradoja de los derechos humanos y la ciudadanía.

[145] Para un estudio pormenorizado de la relación del Estado, el capitalismo y la mundialización actual puede verse Kaplan, M., *Estado y globalización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

[146] Cf. Arrighi, G., op. cit., p. 9.

[147] Al estilo de lo que Rancière denomina la democracia consensual en tanto adecuación a los cálculos de optimización que se efectúan y entrecruzan en el cuerpo social, a los procesos de individualización y las solidaridades que estos mismos imponen. Cf. Rancière, J., *El desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007, p. 124.

bien la categoría jurídica de Estado llegó a ser universal, la mayoría de los Estados fueron privados de *iure* o de *facto* de las prerrogativas históricamente asociadas con la soberanía nacional. Así, "Semisoberanía y cuasi-estados son el resultado de las tendencias a largo plazo del moderno sistema mundial, ambos fenómenos claramente materializados antes de la expansión financiera global de las décadas de 1970 y 1980..."[148] Los Estados nacionales surgieron en el marco de una coyuntura política y económica determinada, en los albores del sistema mundial capitalista, el cual ha requerido de estructuras de poder organizadas que garanticen una escala de mercado al sistema y sus posibilidades de expansión. Así el sistema capitalista, si bien ha unificado al mundo, lo ha unificado sobre la base de naciones desigualmente desarrolladas.[149]

El Estado moderno -y sus instituciones de legitimación- como construcción histórica, no sólo pudo no haber existido, pudo no haber existido con las características que lo conocemos actualmente, sino que además su surgimiento estuvo vinculado con la articulación y consolidación de determinadas y contingentes relaciones de poder. En el contexto económico actual es necesario que, al menos en Occidente, la identidad nacional pierda relevancia en tanto ficción simbólica, discursiva, capaz de articular una institución política centralizada como el Estado nación moderno, pues lo que se requiere, cada vez más, es la liberación de las trabas a la circulación del capital y sus recursos, incluso la apariencia de la desnacionalización de los capitales, que hoy parecen no tener nacionalidad, sostenidos por sí mismos en las identidades de las empresas transnacionales.

Una vez más, cabe destacar que existen distintos movimientos sociales y distintas demandas, y no todas son meramente funcionales y por tanto no todas necesariamente prescindibles.[150] El reclamo de la diferencia desde la instancia de una deconstrucción del sujeto moderno racional y abstracto, y la re-inscripción del cuerpo

---

[148] Arrighi, G., op. cit., pp. 13-14.

[149] Cf. Amin, S., *La acumulación a escala mundial. Crítica de la teoría del subdesarrollo*, México, Siglo XXI, 1974, p. 86.

[150] Aquí coincidimos con la posición de Žižek al respecto, en tanto es necesario reconocer que existe una brecha entre el horizonte ontológico y el óntico, esta brecha es constitutiva, en el sentido que nunca puede haber una coincidencia plena, y para ser efectivos en el nivel ontológico hay que desatender el óntico y viceversa, pero no por ello todo compromiso óntico debiera quedar desvalorizado sino comprender esta necesidad. Cf. Žižek, S., op. cit., pp. 23-24.

viviente en el espacio político, poseen potencialidad liberadora, a la vez que corren el riesgo de obturar dicho proceso emancipador dada su vinculación a las relaciones de dominación actual. Aquello que nos interesa en el desarrollo teórico de nuestro trabajo es hacer explícitas las relaciones de la tendencia contemporánea del surgimiento de movimientos sociales, políticos, articulados al margen del escenario nacional, los llamados movimientos particularistas o identitarios, y la fase del desarrollo actual del capitalismo. Ello nos interesa en cuanto apunta a elucidar los marcos en los cuales pueden darse, en la actualidad, reivindicaciones de derechos liberadoras.

Bibliografía

-Alvarez, L., "Desde los márgenes: solidaridad, igualdad, diversidad", en Michelini, D. *et al.* (eds.), *Ciudadanía, Democracia y Ética Pública*, Río Cuarto, Argentina, ICALA, 2007.

-Alvarez, L. y Bellene, N., "El trabajo de inmigrantes ilegales en Argentina. Su impacto en la consideración clásica de los derechos humanos" en *Actas de III Congreso Interoceánico de Estudios Latinoamericanos. Políticas de la diversidad y políticas de la integración*, Mendoza, 2007, formato CD, ISBN Nº 978-950-774-039-8.

-Amin, S., *La acumulación a escala mundial. Crítica de la teoría del subdesarrollo*, México, Siglo XXI, 1974.

-Anderson, B., *Comunidades imaginadas, Reflexiones sobre el origen y la difusión de los nacionalismos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993

-Arrighi, G., "La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital", *Revista Iniciativa Socialista,* Nº 48. Marzo 1998. Valencia.

-Balibar, E., "Droits de l'homme et droits du citoyen: la dialectique moderne de l'égalité et de la liberté", *Les frontières de la démocratie*, Paris, La Découverte, 1992.

- Balibar, E., "Debating with Alain Badiou on Universalism", 2007 (consulta marzo 2008). Disponible en Internet en: http://www.ciepfc.fr/spip.php?article21.

- Benhabib, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005.

-Beverly, J., "Sobre la situación actual de los Estudios Culturales" en Mazzotti, J.A. y Cevallos, J., (eds.), *Asedios a la heterogeneidad cultural. Libro de homenaje a Antonio Cornejo Polar*, Pittsburg, Asociación Internacional de Peruanistas, 1996.

- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

-Bravo, V., "¿Poscoloniales, Nosotros? Límites y Posibilidades de las Teorías Poscoloniales" en *Terrores de fin de milenio*, Mérida, Venezuela, Ediciones El libro de arena, 1999.

-Cárcova, C. M., "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho", en Courtis, C. (compilador), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001.

-Ciriza, A., "Notas sobre los límites de la importación teórica. A propósito de Judith Butler" en *El rodaballo. Revista de política y cultura*, Buenos aires, Año X, Nº 15, invierno 2004.

-De Asís Roig, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992.

-De Lucas, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1998.

-De Oto, A., *Frantz Fanan: política y poética del sujeta poscolonial*, México, Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2003.

-Douzinas, C., *El fin de los derechos humanos*, Bogotá, Legis, 2008.

-Dussel, E., *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los manuscritos de 61-63*, México, Siglo XXI, 1988.

-Dussel, E., *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001.

-Dussel, E., "El principio democrático. Igualdad", www.afyl.org/cursodussel/, consulta agosto 2005.

-Dussel, E., "Deconstrucción del Concepto de "Tolerancia" (De la Intolerancia a la Solidaridad)" UAM-Iz., México City, www.afyl.org/cursodussel, consulta agosto 2005.

-Dussel, E., *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 2006.

-Fernández Nadal, E., "Espejismos globalizadores en el debate latinoamericano en torno a la "teoría poscolonial"", *Anuario de teologías contextuales,* Frankfurt, 2001.

-Foucault, M., *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

-Grüner, E., *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*, Buenos Aires, Paidós, 2005.

-Gupta, A. y Ferguson, J., "Más allá de la "cultura": Espacio, identidad, y la política de la diferencia", en Gupta, A. y Ferguson, J., *Culture, Power, Place. Explorations in critical anthropology*, Durham, Duke University Press, 1997.

-Herrera Flores, J., "Los derechos humanos en el contexto de la globalización. Tres precisiones conceptuales", Coimbra, 2003 (consulta diciembre de 2007). Disponible en Internet en: http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/HerreraFlores.pdf.

-Jameson, F. y Žižek, S., *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

-Kaplan, M., *Estado y globalización,* México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

-Lander, E., *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

-Mazzarese, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

-Nikken, P., *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Civitas, 1987

-Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999.

-Pérez Luño, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

-Pozzolo, S., "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, Nº 21, España, 1998.

-Rancière, J., *El desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2007.

-Said, Edward, *Orientalismo*, Madrid, Libertarias 1, 1990.

-Santos, B., *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Ed. Unibiblos, 1998.

-Žižek, S., *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política*, Buenos Aires, Paidós, 2001.

-Žižek, S., *La suspensión política de la ética*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.

DERECHOS HUMANOS: ¿IUSNATURALISMO O CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA?

Por Susana T. Ramella

> ISMENE: (a Antígona) "...piensa que ignominioso fin tendremos si violamos lo prescrito y trasgredimos la voluntad o el poder de los que mandan. No, hay que aceptar los hechos: ... somos dos mujeres, incapaces de luchar contra hombres. Y que tienen el poder, los que dan órdenes, y hay que obedecerlas éstas y todavía otras más dolorosas.
>
> ANTIGONA: (a Creonte) No era Zeus quien me la había decretado, ni Dike, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron

Dilucidar la pregunta objeto de este trabajo, es un tema arduo que, desde ya anticipo, no se si tiene una respuesta definitiva, porque es un tema que atraviesa la historia desde épocas muy remotas -como bien se desprende del epígrafe- aunque se considere que recién en la modernidad se plantean los derechos humanos.

Por esa razón, las controversias que suscita el iusnaturalismo tiene una profusa bibliografía inscripta, fundamentalmente, en la filosofía del derecho que se ha interesado en averiguar si el derecho es reconocimiento y se encuadra en perspectivas

éticas, morales, apuntando al ser, dice Aftalión[151] y no al deber ser como sí lo indica el positivismo kelseniano. Si se puede comparar o separar el derecho natural medieval y teológico, del moderno, racional. Si las diferencias entre los jusnaturalismos, son de la naturaleza de la cosa en sí, las formas de tratarlo o es sólo una cuestión metodológica, o de interpretación, y varios planteos más[152].

Pero nuestro objetivo no es introducirnos en ese debate filosófico, no es nuestra especialidad y además como dice Bobbio "*El* problema filosófico de los derechos del hombre no puede ser disociado del estudio de los problemas históricos sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su realización: el problema de los fines es el de los medios"[153]. Por ello, deseamos abordarlo desde las nuevas perspectivas de la historia del derecho y especialmente preguntarnos si las declaraciones de derechos humanos tienen en cuenta realmente la naturaleza humana o sólo es el poder de grupos humanos que bregan por su derecho y logran que se establezca en normativas sus peticiones que consideran natural, descuidando derechos de otros que no tienen el mismo poder de convocatoria y de fuerza, como para alegar a favor de sus derechos. Tenemos en cuenta, como dice Ricoeur, que "si el historiador puede medirse con la

---

[151] AFTALIÓN ENRIQUE R.,, *El derecho como objeto y la ciencia del derecho*, Bs.As., Imprenta de la Universidad, 1943 ,P.9. "En la naturaleza sus leyes permanecen inmutables, no así en el Derecho...el mérito sin par de Kelsen reside en haber mostrado que las normas jurídicas no pueden ser concebidas con la vieja lógica aristotélica de la Naturaleza, que utiliza como cópula de sus juicios el verbo ser. La lógica del derecho no es causal sino normativa y utiliza como cópula al verbo deber ser". Claro que hoy las nuevas teorías de la física dicen otra cosa respecto de la naturaleza y la posibilidad de su conocimiento, Cfr. ILYA PRIGOGINE, *El fin de las certidumbres*, Santiago de Chile, Andrés Bello,1996. P. 60.

[152] Cfr. NORBERTO BOBBIO Y M. BOVERO, *El carácter del iusnaturalismo*, en, es.scribd.com/doc/7273124/Bobbio-Norberto-*El-Iusnaturalismo*; CARLOS MASSINI CORREAS, "Ley natural y relativismo. Consideraciones a partir de las ideas de Leo Strauss", en Prudentia Iuris, N° 66-67, Universidad Católica Argentina, ÍDEM, Iusnaturalismo e interpretación jurídica; ÍDEM,"La Ley Natural y su interpretación contemporánea. Proyecto de pensamiento clásico español. Su inspiración medieval y su proyección en la filosofía contemporánea", Departamento de Filosofía, Universidad de Salamanca; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, "Iusnaturalismo y derechos humanos", en Revista Iberoamerican de Filosofía, Política y Humanidades, Año 1, N°4, segundo semestre de 2000, ps.3-19, MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO. , Recensión a la obra *Las piezas del derech: Teoría de los enunciados jurídicos*, en Isegoría, n° 21, nov. De 1999, ps. 315-219. Entre varios más.

[153] NORBERTO BOBBIO, *El Problema de la guerra y las vías de la paz*, Ed. Altaya, 1964, p..128

cosa misma, igualarse a lo conocido, se debe a que ambos, él y su objeto, son históricos"[154].

Por ello, nos interesan los aspectos conceptuales que esgrimen los teóricos y doctrinarios, es decir cuánto de naturaleza humana había en los reconocimientos del derecho natural por el poder y cuánto de construcción o imaginario social sobre la naturaleza en general y humana en especial, está impreso en las ordenanzas del pasado y en las declaraciones de los organismos internacionales e, incluso en lo que dice la ciencia hoy. Porque consideramos que de haber alguien excluido, la noción de naturaleza tiene una connotación cultural que poco tiene que ver con la condición de ser humano, sino más bien, con un imaginario que, tanto en el pasado, como en los tiempos más recientes, entiende por natural el ser igual a sí mismo o lo que supone es igual a sí mismo, y no al que por alguna circunstancia es diferente.

Desde el punto de vista doctrinario, comenzamos por tres autores, en tres momentos históricos diferentes: Vitoria, Grocio y Locke. Hay numerosos autores más, pero elegimos a ellos por considerar a los dos primeros como padres del derecho internacional[155], y Locke como uno de los principales defensores de la limitación del poder en el orden interno de los estados para resguardar la libertad y la propiedad fundamentalmente. Con la idea de compararlo con las declaraciones de derechos desde las Siete Partidas, hasta las declaraciones de derechos de los organismos internacionales, y la situación fáctica en que éstos se dictaron o los doctrinarios posteriores escribieron.

---

[154] PAUL RICOEUR, *El Conflicto de las Interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 14

[155] Cfr. AA.VV., V Centenario de los Derechos del Hombre, de los pueblos, de las Naciones y de la Humanidad, Consejo de Estudios Internacionales Avanzados. Cooperación Académica Internacional, Bs.As., 1992. Aldo A. Cocca, César Moyano Bonilla, Félix Fernández Shaw, que escriben en esta obra, dedicada especialmente a la conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América y del nacimiento de Francisco de Vitoria, acaecido en 1482, precisamente por considerarlo el padre del Derecho Internacional y de los derechos humanos. En el mismo sentido se expresa CARLOS GARCÍA BAUER, *Los Derechos humanos en América*, Guatemala, C.A., 1987, p. 27.

La idea de naturaleza humana en Vitoria, Grocio y Locke

Cuando se habla de naturaleza pocas veces o ninguna, se define exactamente qué se entiende por naturaleza. El diccionario de la lengua española la define de varias formas: como esencia y propiedad de cada ser, en su sentido teológico como estado natural del hombre en oposición al estado de gracia, como conjunto, orden y disposición de todo lo que compone el universo, como principio universal de todas las operaciones naturales independiente del artificio, de la acción del hombre, o simplemente como propiedad de las cosas.

Por ello es interesante analizar la concepción de naturaleza en esos tres autores, podrían ser muchos más porque, como dice Bobbio, distintos autores se esconden bajo la vieja escuela del derecho natural, aunque "pertenecientes a líneas diferentes y a veces opuestas de pensamiento como Locke y Leibniz, o como Hobbes y Kant; juristas-filósofos como Pufendorf, Thomasius y Wolff, también ellos divididos en puntos esenciales de la doctrina" [156]. Pero interesa sobre todo, los dos primeros en tanto son considerados, como los fundadores del derecho de gentes, del internacional y de los derechos humanos. Locke porque da los fundamentos, amparado en el derecho natural, de las formas de detener al poder interno de los Estados para defender los derechos. Y nuestro objetivo es demostrar que bajo distintas percepciones de la naturaleza, siempre está el conflicto que produce en los pensadores la realidad que viven y el deber ser.

a) Francisco de Vitoria, nace poco antes del descubrimiento de América. Luego de sus estudios teológicos en París, como fraile domínico, vuelve a España en 1522 y ejerció como profesor en la Universidad de Salamanca. En la misma época gobernaba el rey Carlos I de España y V de Alemania. Rey que decía: "en mis dominios no se pone el sol". Precisamente ese dominio es lo que Vitoria cuestionará, en su obra sobre los indios, y es dónde plantea el alcance de dicha dominación y, sobre todo, el trato con los indígenas.

[156] NORBERTO BOBBIO Y M. BOBERO, , El carácter... cit.

El tema central de su obra es dilucidar lo justo o injusto del dominio del rey y papal sobre las "Indias", como se denominaba en esa época a América. Enfrenta a dicho poder y al del Papa, con el derecho natural, es decir se aparta de las autoridades de ese entonces. Sus fuentes para argumentar son Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, los Evangelios. Interpretados de diferente modo, incluso al papal, en cuanto a la donación de las bulas de Alejandro VI. El valor de enfrentarse a tamaños poderes con sus escritos, no significa que sustraiga la naturaleza del hombre, de lo que la cultura de su época, de su historia, señalaba como natural y justo[157]. Así escribe:

> "...en cuanto al derecho natural, porque bien dice Santo Tomás (1° parte, cuestión 92, acerca de la objeción 2°, y cuestión 96, art. 4°), por derecho natural los hombres son libres, exceptuándose los dominios paterno y marital, porque según el derecho natural, el padre tiene dominio sobre los hijos y el marido sobre la mujer. Por lo tanto, no hay nadie que por derecho natural tenga el dominio del orbe."

> "Y Aristóteles (Política I) dice que es doble la potestad: una en la familiar, como la del padre sobre los hijos y la del marido sobre la mujer, y esta es natural" [158].

Sobre esas dos citas concluye:

> "El emperador no es señor de todo el orbe (...) aunque fuera amo del mundo, no podría por ello ocupar las provincias de los bárbaros, instituir nuevos señores, deponer a los antiguos e imponer tributos" Y respecto del Papa "El Papa no tiene potestad temporal alguna sobre los indios bárbaros ni sobre los otros infieles" [159].

---

[157] Para la idea de autodeterminación de los pueblos véase ABELARDO LEVAGGI, "El derecho de los indios a la autodeterminación" que muestra cómo se anticipa Vitoria a lo que luego, la modernidad, adoptaría como suyo y original. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/6/.../est7.

[158] FRANCISCO DE VITTORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Colección Austral, Bs. As., Espasa Calpe, 1946. (edición tomada de la publicada en Madrid en 1765, por Manuel Martín), p.68.

[159] IBIDEM.

Otra cuestión es cuando se refiere a los indígenas en sí y se pregunta si entre ellos había príncipes y siervos. Nuevamente se remonta a Aristóteles para demostrar que en la naturaleza del hombre está que unos sean siervos y otros amos. Así decía Aristóteles, cuestión que Vitoria adhiere: "Hay quienes son por naturaleza siervos, y para los cuales es mejor servir que mandar" Y Vitoria aclara:

> "Son éstos aquellos que carecen de la razón necesaria para gobernarse a sí mismos y que sólo la tienen para hacerse cargo de lo que les mandan y cuya fuerza está más en el cuerpo que en el espíritu. Y si hay gente que así sea, lo son más que nadie estos bárbaros, que parecen distar muy poco de los animales irracionales, y son totalmente inhábiles para gobernar. Sin duda que más les conviene ser gobernados por otros que regirse a sí mismos. Y pues Aristóteles dice que el derecho natural es que sirvan estos tales, no pueden, por tanto ser señores"[160].

En este caso se está refiriendo a los "príncipes Bárbaros", que tienen sus siervos, no a la servidumbre de los indígenas por los españoles.

Estas citas, me permiten inferir que esa idea de naturaleza, de derecho natural, no es más que una cuestión cultural y aplican a la naturaleza la organización social establecida en la Grecia antigua, o en la España de la conquista. No obstante es interesante el pensamiento de Vitoria, por cuanto disminuye la idea de poder sobre otros y porque, enfrentado a otra cultura, como la indígena, si bien los denomina bárbaros, no por ello le sustrae los derechos que, aunque sigue con el esquema social estratificado de la España de su época, y de Europa, y piensa que es igual, no por ello deja de reconocer sus derechos. No obstante, perfila algunos derechos que hoy son reclamados por los organismos internacionales: el derecho de migrar, por ejemplo, de comerciar con territorios extranjeros, no estrictamente la supresión de la esclavitud, pero sí se queja de las condiciones infrahumanas en que son tratados por los portugueses. Como dicen Morfin Otero y Coronado Franco, la "tradición

[160] IDEM, P.48

iberoamericanista de los derechos humanos que Bartolomé de las Casas inicia... (se continúan en) las visiones de Suárez y Vitoria en el Nuevo Mundo"[161].

Eso que vemos en el pensamiento de Vitoria se va a reiterar en las primeras declaraciones de derechos, aunque se haya racionalizado, y no se considere el derecho natural como emanado de Dios sino de la Razón.

b) Bobbio no descuida que desde la antigüedad clásica, y durante la Edad Media hubo iusnaturalistas, no nombra ninguno, salvo Aristóteles, porque entiende que como doctrina el término es de la modernidad, y por ello "la escuela del derecho natural tuvo una fecha exacta de inicio con la obra de Hugo Grocio (1588-1625), *De iure belli ac pacis*, publicada en1625, doce años antes del Discurso del Método de Descartes"[162]. Es decir, un siglo después de Vitoria, al que no menciona siquiera.

Hugo Grocio, escribe su obra en medio del destierro y por su enfrentamiento a la Casa de Orange en Holanda, abreva, entre otros, en Vitoria. Los biógrafos de Grocio, señalan entre sus influencias a Galileo, que le da la impronta racionalista y por ende, el derecho natural, como dice en la siguiente cita, es el aprehendido por la razón de lo ordenado por Dios.

> "un dictado de la recta razón, que señala que una acción, según que sea o no conforme a la naturaleza racional, tiene en sí una calidad de fealdad moral o necesidad moral; y que en consecuencia tal acto es prohibido u ordenado por el autor de la naturaleza, Dios."

Elizardo Martínez Vergara [163] considera que Grocio, en esa definición no la entiende como una sanción religiosa, en tanto el derecho natural ordenaría lo mismo aunque no hubiera Dios, y cita: "Así como ni siquiera Dios -dice Grocio- puede hacer que dos por dos no sean cuatro, tampoco puede hacer que lo que es

---

[161] MARÍA GUADALUPE MORFIN OTERA Y FERNANDO CORONADO FRANCO, "La luz de derechos humanos", Documento presentado para el debate presentado en el *Simposium de Educación y Cátedra Paulo Freire "Educar para construir el sueño"*, realizado en el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Jalisco, México, p.1.

[162] NORBERTO BOBBIO Y M. BOVERO, El carácter..., cit.,

[163] ELIZARDO MARTINEZ VERGARA, *La doctrina del derecho natural en Hugo Grocio*, Universidad San Francisco de Asis, La Paz Bolivia, 2006, pg. 15-16. Las citas de Gocio responden a esta obra.

intrínsecamente malo no lo sea". En ese sentido no habría nada arbitrario en el derecho natural.

En realidad, a mi juicio más que alejarse de la escolástica y, en efecto, no es escolástico, como dice Martínez Vergara, se observa la influencia de Galileo en él. Es cuando empieza a prevalecer la razón sobre la revelación, pero no se sustrae totalmente de una naturaleza que emana de Dios, como bien lo dice en la anterior cita. Por eso, considera Bobbio, que se anticipa a Descartes, en la preponderancia que le da a la razón la cualidad humana para conocer la naturaleza humana y las normas del derecho natural, como Galileo desde la física, a través de las matemáticas, se podían conocer la leyes de la naturaleza física. Una "naturaleza matematizada, tal como nos la representamos desde Galileo", dice Ricoeur[164].

Esto no hace más que abonar la idea de que más que un real conocimiento del derecho natural, sea revelado o a través de la razón, el iusnaturalismo se va construyendo dependiendo del momento histórico en que se argumenta sobre él. Grocio está en plena controversia religiosa, debate con los teólogos calvinistas -lo cual le valió la prisión- y su entendimiento de la naturaleza está influido por esa matematización de la misma.

c) Locke, vive una época convulsionada, en una Inglaterra en las puertas de la Revolución de 1688, el absolutismo de Jacobo II Estuardo, el gobierno de Cronwell, y además es admirador de Newton, que lo induce a un análisis de la naturaleza no sólo humana. Es uno de los más influyentes en la relación poder y libertad. A un siglo y más de los escritos de Vitoria, en su obra *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Locke considera que en estado de naturaleza todos los hombres son iguales y se pregunta, en el mismo sentido que Vitoria, con qué derecho un príncipe puede condenar a muerte o castigar a un delincuente, a un enemigo, a un extranjero. "Los investidos del supremo poder de

[164] PAUL RICOEUR, *El conflicto* .... Cit., p. 14

hacer las leyes en Inglaterra, Francia u Holanda no son, para un indio, sino gentes comunes de la tierra, hombres sin autoridad." [165]

La gran diferencia con Vitoria es que Locke habla de igualdad, mientras que el primero considera natural las jerarquías. Ambos se remiten a Dios como el conformador de la naturaleza, el primero entiende que ella le fue revelada al hombre, el segundo, estrictamente también, pero le insufló a la razón del hombre "regla y medida común por Dios dada a la humanidad" para comprender sus derechos y reprender, una vez constituidas las sociedades, a las autoridades específicas que, a su vez, fueron consentidas por el mismo hombre[166]. Ninguno de los dos es muy explícito al referirse a la esclavitud que regía en la época de ambos.

Postula que los hombres viven en el estado de naturaleza en una situación de paz y sometidos a leyes naturales que surgen de la razón. Los hombres, a través del pacto social, salen del estado de naturaleza porque no existe allí justicia imparcial que asegure los derechos naturales. El ingreso a la sociedad civil es a través del contrato. Si es violado por la autoridad pública que resultó de la voluntad de los ciudadanos, se vuelve al estado de naturaleza. La autoridad se sostiene en tanto asegure los derechos naturales que el individuo buscó proteger al entrar en la sociedad.

Cabe aclarar que, esto es lo que quedará hasta hoy, los hombres son todos iguales pero en su época había esclavitud, servidumbre todavía. Además, los autores reseñados, están pensando más en la autoridad, y en la justicia del sometimiento del otro al rey o gobernante que en la persona en sí.

El derecho natural en las declaraciones de derechos

Evidentemente, acierta Locke, al pensar que desde que el hombre vive en sociedad, se impuso la necesidad de controlar el poder y resguardar sus derechos. Esta idea de naturaleza del hombre se va a incorporar a las primeras normativas. Sin empezar por el decálogo que establece deberes más que derechos aunque, implícitamente, los está reconociendo en el otro, no en la persona a la que va dirigida

[165] JOHON LOCKE, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Traducción de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 6
[166] IBIDEM, p.7

las prescripciones del decálogo. Ni tampoco mencionar los códigos en el antiguo oriente, ni de Grecia en sus tragedias, aunque empiece con el epígrafe de Sófocles, o descuidar la influencia del derecho romano, interesa comenzar con las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, porque es la que tuvo gran influencia en nuestro contexto histórico de hispanoamericanos.

Entre los que introducen los digestos de las declaraciones de los derechos del hombre haciendo la historia de los mismos, salvo Ciro Félix Trigo[167], no mencionan esta importante exposición de derechos y deberes. No es la primera como dijimos, porque tiene sus fuentes, tales la Biblia, Aristóteles, Séneca, Cicerón, Boecio, el derecho romano, las fuentes forales, el derecho canónico y el feudal[168]. Es verdad que las Siete Partidas, vista con mirada actual, es una especie de catecismo, constitución, código civil y penal, que trata cuestiones teológicas, filosóficas, morales, de derecho, y con la mirada puesta en esos años medioevales, es una compilación de diferentes fueros, derechos, con el particularismo que caracterizaba a la época. Pero es importante porque expresamente se remite al derecho natural. Porque perdura en las notas que cita nuestro redactor del Código Civil, Vélez Sarsfield, en especial en el tema de dominio y derecho de propiedad[169]. Porque, fundamentalmente, esa breve descripción nos indica cómo el contexto histórico-cultural, es el que da la nota y hace percibir como natural, las creencias y usos de la época.

En la primera partida explica qué se entiende por derecho natural y el derecho de gentes. Más adelante veremos que se da por sobreentendido qué significa la naturaleza de los derechos. Y lo define así:

"Ley 2: "Ius naturale quiere decir en romance como derecho natural tienen en sí los hombres y aún los otros animales con sentidos Otrosí ius gentinum en latín, quiere

---

[167] CIRO FÉLIX TRIGO, *Derechos Humanos I. Estructura y análisis. Protección en el Orden Internacional.* En Cuaderno N° 30, Publicaciones de la Facultad de Derecho y C.P., Universidad Mayor de san Andrés, La Paz – Bolivia, Marzo de 1960, p.10.

[168] Sobre el debate historiográfico García Gallo, Arias Bonet, García y García, relativo a la fecha, autor, fuentes, modificaciones de las Partidas, confróntese: FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español.*, Madrid, Tecnos, 1979, p.237 y ss.

[169] Cita las Leyes de las Siete Partidas, en las notas Nos. 509, 512, 895, 2611, entre otras.

decir como derecho común a todos, el cual conviene a los hombres y no a los otros animales, porque los hombres no podrían vivir entre sí en paz, sino usasen de él, pues este derecho cada hombre conoce lo suyo y le son repartidos los campos y los términos de las villas. Y otrosí son los hombres todos para loar a Dios y obedecer a sus padres a sus madres y a su tierra, que en latín se llama patria. Y otrosí conviene este derecho a que cada uno se pueda amparar contra aquellos que deshonra o fuerza le quieren hacer. Y aún más, toda cosa que haga por defenderse de la fuerza que quieran hacer contra su persona, que se entienda que lo hace con derecho".

En el largo enunciado de las numerosas leyes de las partidas, va enumerando los derechos, los poderes del rey, del señor feudal, con admoniciones para unos y para otros y siempre enfocado a lo que dicen los "sabios" como les llama y el Evangelio.

Como dijimos, la mayoría de los comentaristas de las declaraciones de derechos humanos comienzan con la Carta Magna [170], dada por Juan sin Tierra, en 1215, "para todos los hombres libres del Reino de Inglaterra", pero fundamentalmente a raíz de la rebelión de los barones ingleses, siguen con la Petición de derechos de 1629, el Hábeas Corpus de 1679, la Declaración de derechos de 1688, el Bill de derechos de 1689 que, indudablemente, son los más aproximados a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, pero ninguna de estas ordenanzas define, ni expresa como lo hacía Locke, qué eran derechos naturales. En la lectura de ellos se observa todo el proceso político que significó el conflicto entre los Estuardos, Carlos I, Jacobo II en especial, y la persecución a los anglicanos, alegando la primacía de la religión católica. Es decir en ellos, más que en los que le siguieron se observa una situación concreta y la necesidad de resguardar a las personas que por distintos conflictos, perdían su libertad, eran torturados, o exiliados. Pero no tienen el carácter de universalidad como las Siete Partidas que expresamente se refiere a todos los hombres, incluso los bárbaros.

[170] Bien dice ALDO ARMANDO COCA, en el mensaje como embajador y Presidente del Instituto de Estudios Internacionales Avanzados, que no se puede considerar la Carta Magna de 1215, como antecedente, del pensamiento de Vitoria y de De Las Casas, "porque no corresponde a los derechos del hombre, sino a privilegios, con el mérito de consagrar el derecho de propiedad y el deber del rey de respetar la ley", En V Centenario ...cit., p.312

Mencionan el derecho natural, la Declaración de Virginia del 17 de junio de 1776, un mes antes de la Declaración de Filadelfia de Julio de 1776,

Dice en su "art. 1°: Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad".

Por su parte, la Declaración de Filadelfia, 4-7-1776 expresa:

"Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro, y tomar entre las naciones de la Tierra el puesto separado e igual al que las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación."

"Tenemos como verdades evidentes por sí mismas, que todos hombres han sido creados iguales, que a todos les ha concedido el Criador ciertos derechos de que nadie les puede despojar; que entre éstos se hallan la vida, la libertad, y la prosecución de la felicidad."

Sobre ellos se estructura también la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, lo interesante que si bien en las manifestaciones se fundaban en la diosa razón, en el preámbulo aclaran:

"El pueblo francés, convencido de que el olvido y el desprecio de los derechos naturales del hombre (...) hace en consecuencia, en presencia del Ser Supremo, la siguiente Declaración... 1: ...El gobierno es instituido para asegurar al hombre el uso libre de sus derechos naturales e innegables. 2: Estos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia a la opresión. 3: Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley."

Pocos años después, en 1791, se dicta la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana que mantiene la estructura de la anterior declaración, y tiene el mérito de ser al menos en teoría, el reconocimiento de la mujer como también merecedora de los derechos naturales. En el art. 1 expresa: "La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común." Y el segundo, literalmente menciona los derechos naturales: "El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de la Mujer y del Hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y, sobre todo, la resistencia a la opresión." En el quinto le agrega a las "leyes de la naturaleza y de la razón"

Las otras declaraciones que siguieron hasta hoy, después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, ya no se refieren a los derechos naturales, pero si no los nominan como naturales, hay determinadas palabras que sin adscribirse a esa escuela o doctrina, como los diferentes autores las denominan, tienen una significación próxima a él o, como dice Cassese es un neoiusnaturalismo[171].

Así en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entró en vigor el 24 de octubre del mismo año se propone "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en 1a dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas" Y en el art. 1, inc. 3. "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y 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;" Cuestión que se reitera en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, destacando en el preámbulo la dignidad y el valor de la persona humana, y reiterados en el artículo 1, "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" . ..

[171] ANTONIO CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1993, p.36.

Cabe destacar también la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscripta en Bogotá en Abril de 1948[172] y, adecuándose a la realidad latinoamericana, fija sus objetivos que son una especie de declaración de derechos al responsabilizar a los estados americanos, a "la eliminación de la pobreza crítica", "la justicia y solidaridad social" para la paz, y la proclamación de los "derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo", haciendo hincapié en la solidaridad y la educación. Señala Villalpando [173], que en un principio la declaración optó por denominarla "derechos del hombre", "para referirse –dice el autor mencionado- al género humano" pero luego lo modificó por derechos humanos. Ante esta aclaración uno se pregunta ¿cuál es la diferencia entre referirse al género humano, significado en la frase "derechos del hombre" y cuál, entonces, es la significación de derechos humanos? ¿No se refiere al género humano? Si no es así ¿cuál es su significación?

Después de esas declaraciones siguieron numerosas más, adecuándose, a realidades que las dos guerras mundiales, no habían dejado percibir. En 1965 se sanciona la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; en* 1966, se aprueban el *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales.* Después sobre los refugiados, más recientemente sobre la trata de personas, sobre el apartheid. *En 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; en 1958, la Convención sobre los derechos del niño que recién quedó firme en 1990 cuando se aprobó.*

Luego de mencionar estos documentos cabe indagar: ese derecho natural esgrimido por los pensadores y esos textos, qué significado tienen. El problema central es la percepción de naturaleza que se tenía. Natural era la servidumbre, la esclavitud. Lo mismo puede preguntarse sobre qué son los derechos fundamentales, qué es la

---

[172] Fue reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993, pero manteniendo los principios fundamentales. Cfr. CARLOS GARCÍA BAUER, *Los derechos Humanos en América*, Guatemala, .A-, 1987.

[173] WALDO VILLAPANDO, *De los derechos humanos al derecho penal internacióna*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales - Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000, p. 102.

dignidad de la persona, para introducirnos en las más recientes declaraciones. Porque después de las dos guerras mundiales siguieron y siguen guerras exterminadoras. Además cada declaración, tuvo un significado histórico, era y es para terminar con alguna iniquidad, ya sean los barones ante Juan sin Tierra, sean los conflictos religiosos, en un principio, sea para terminar con las jerarquías medioevales, e implantar la igualdad, en épocas que todavía existía la esclavitud en países que la declaraban.

En realidad, es más el enfrentamiento contra algún poder arbitrario, en defensa de intereses no universales como se piensa, sino protectores de determinados pueblos, sectores sociales, pero excluyendo a muchos de esos sectores, a muchos pueblos y a muchas personas que no tienen protección en esos organismo internacionales. Se me podrá objetar que para ello está, en América, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en verdad, muchos han logrado su protección, pero hay millones que no, porque no tienen las posibilidades jurídicas, legales, económicas para alcanzar la protección de dichos organismos, esto lo interpretamos así, si nos remitimos a la convenciones y tratados referidos a los derechos económicos, sociales y culturales.

Interpretaciones de las declaraciones en el proceso histórico

> HEMON (a su padre el rey Creonte): "No te habitúes, pues; a pensar de una manera única, absoluta, que lo que tú dices —mas no otra cosa—, esto es lo cierto. Los que creen que ellos son los únicos que piensan o que tienen un modo de hablar o un espíritu como nadie, éstos aparecen vacíos de vanidad, al ser descubiertos"
>
> *Sófocles, Antígona*

En el campo hermenéutico, bien dice Ricoeur, "que la interpretación es el trabajo del pensamiento que consiste en descifrar el sentido oculto en el sentido aparente, en desplegar los niveles de significación implicados en la significación literal"[174]. Este es el gran problema, en especial cuando intentamos conocer en las declaraciones de derechos humanos, y sobre todo en los comentaristas de los mismos, ese sentido oculto, porque relacionado con el párrafo de Ricoeur, dice Grossi, descubriendo lo oculto de las interpretaciones sobre la sociedad y derechos del Medioevo, existe una mitología, un enmarañado mundo de certezas axiomáticas en el intelecto y en el corazón del jurista[175].

En efecto, en general, los juristas ya sean internacionalistas, constitucionalistas, iusnaturalistas o positivistas, ven el pasado desde el esquema teórico de su presente, por ello, cuando introducen los digestos de las declaraciones de derechos, aunque algunos hacen un comentario del Medioevo, consideran que recién en la modernidad hubo un patente reconocimiento de dichos derechos.

Truyol y Serra, inscripto en el iusnaturalismo, dice: "La conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos". Y define los derechos humanos en la siguiente forma: "Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados"[176].

No considera que el hombre medieval no tuviera derechos, pero los desmerece porque, aclara: "conoce derechos estamentales, derechos propios de los estamentos, de los estados u órdenes en que aparece estratificada la sociedad feudal." Y pone de ejemplo la Carta Magna inglesa, en la que Juan sin Tierra confirmó a los barones de su reino disposiciones anteriores a su favor. Lo mismo cuando se refiere a Vitoria, Suárez,

---

[174] PAUL RICOEUR, *El conflictos... cit., p.17.*
[175] PAOLO GROSSI, *Mitología Jurídica de la Modernidad,* Madrid, Ed. Trotta, 2003.
[176] ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar de los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, Madrid, Ed. Tecnos, 1968, P.11.

Las Casas, Soto, y a los indígenas de América. Entiende que al menos en doctrina había "un amplio margen de reconocimiento de derechos personales (de los indios)...el impacto del derecho histórico, recibido de la sociedad feudal, y cuasi natural por su arraigo, no alcanzasen su consecuente proyección en el campo de las instituciones tanto públicas como privadas"[177].

En realidad, actualmente tampoco es tan clara ni universal, más allá de las denominaciones que se le dé, todavía hay muchos excluidos de dichas declaraciones, pero no se los ve.

Otro iusnaturalista, Ciro Félix Trigo, aunque considera que la lucha por la libertad tiene remotísimos antecedentes, y cita a los moralistas de la antigüedad, los Padres de la Iglesia, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, a Vitoria, Suárez, Grocio, y es el único que comenta las Leyes de las Siete Partidas, concluye que "su expresa proclamación en documentos de orden institucional data propiamente de la edad moderna"[178]. De ahí que solamente desde la Declaración de Virginia y la Revolución Francesa, es cuando los "derechos humanos no son creados por la constitución o leyes constitucionales, sino que éstas se limitan únicamente a reconocerlos, proclamarlos o declararlos por escrito, pues su poseedor titular es la persona humana según las concepciones del derecho natural"[179]

"En la Edad Antigua –interpreta- existieron estados poderosos sustentados por la fuerza dominadora. El hombre poco significaba....En la Edad Media, hubo cuerpos legales, códigos, recopilaciones, cartas y franquicias que fijaban libertades en amparo de las personas; pero el señor feudal o el rey absoluto dominaban sobre aquéllos. "(12) Considera que prevalecía la voluntad real. "El hombre como entidad del derecho privado, sujeto de derechos, tenía una existencia remota, el ciudadano –individuo que actúa en la convivencia política-también tenía una tradición antigua y claramente

---

[177] IBIDEM, P. 25

[178] CIRO FÉLIX TRIGO, *Derechos Humanos*.... Cit., p.9.

[179] IBIDEM, p. 8 y 9.

determinable. Más falta el hombre como persona a la que corresponde un ámbito propia de actividad material intelectual y moral, protegido aún frente al Estado" [180]

Como dice Grossi en otro trabajo, para interpretar el Medioevo uno no puede "esgrimir sus criterios de ordenación comprimiendo la realidad del pasado" En ese período, "primero se desarrolló el derecho: primado ontológico y primado histórico. Gracias a esta primacía el derecho se origina (y continúa después su existencia) con gran autonomía por parte de "lo político", quedando bastante intacto del abrazo particularizador del poder". Agrega un pensamiento metafórico pero muy aplicable en nuestros días para señalar las abstracciones. Lo simboliza como un derecho con carnalidad, es decir "jamás será escrito en las nubes y no flotará rarefacto por encima del panorama histórico"[181]

Es decir, el iusnaturalismo de esa época no flotaba en las nubes y se encuadra en la historia y en la idea de naturaleza humana que se tenía, pero el iunaturalismo actual que se infiere en la frase *todos los hombres*, tienen tales y cuáles derechos, sí es una abstracción. Pablo A. Ramella, que se declara iusnaturalista, al apelar por "el carácter de inmutabilidad del derecho natural" como garantía para el hombre, no deja de considerar que "cuando se habla de los derechos humanos no podemos referirnos a una abstracción, sino que hay que situar al hombre en su ámbito social y reconocerle todos aquellos derechos sin los cuales no podría desarrollar su personalidad. De nada valdría admitir teóricamente su libertad de pensamiento si las condiciones económicas en que vive lo sumen en el agotamiento físico" [182]. O, como dice Bobbio es una "universalidad abstracta"[183].

La bibliografía más reciente Villalpando[184], Cassese[185], entre otros, al menos intentan ver cómo se efectivizan estos derechos humanos, dado que supuestamente protegen a todos los hombres del mundo.

---

[180] IBIDEM, p.13

[181] PAOLO GROSSI, *El Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/9/cnt/cnt5.pdf , p.173

[182] PABLO A. RAMELLA, *Los derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 15 y 17.<

[183] NORBERTO BOBBIO, *El problema*...cit., p.136.

[184] WALDO VILLALPANDO, *De los derechos humanos*..., cit.

[185] ANTONIO CASSESE, *Los derechos humanos*...cit.

El primero analiza las sentencias de la Corte europea y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de los tribunales penales internacionales. Hace un análisis profundo de las sentencias, entendiendo previamente, que "los actuales tribunales internacionales no son producto de una moda o un accidente, sino consecuencia de una evolución que nos aproxima –todavía con muchas contradicciones- hacia un *megasistema* mundial, de protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"[186].

Cassese considera que la soberanía de los estados, hasta la Declaración de 1948, se sobreponía a los derechos humanos, porque se seguía considerando a los estados como sujetos del derecho internacional y no a la persona. Esto comienza a revertirse ante las propuestas de Rooselvelt y de Churchil, al menos en teoría, porque una vez establecidos los tratados y convenciones, se manipula la ley[187]. En ese sentido, señala las ambigüedades de la declaración ante la idea iusnaturalista, en especial por la prohibición de levantarse contra el poder tiránico, ni siquiera se aceptaron las reclamaciones o peticiones de las personas, ni tampoco el reconocimiento de los grupos sociales, fundamentalmente dice, por el nacionalismo imperante. No obstante, concluye su obra preguntándose ¿qué efecto práctico, real, tuvo? Y responde "Para una comunidad primitiva y anárquica como la mundial, se trata ya de un notable progreso". Luego vuelve a preguntarse si está superada dicha declaración, y concluye: "sigue siendo un punto firme de referencia (...) La declaración ha favorecido el surgimiento –aunque débil, tenue y no bien precisado- del individuo en el marco del espacio antaño reservado exclusivamente a los estados soberanos"[188].

Por ello, se observa detrás de las frases de ambos autores un interés centrado en la aplicación concreta de los mismos en las múltiples circunstancias que amparan las declaraciones de derechos, pero que no se cumplen, porque como bien dice

---

[186] WALDO VILLALPANDO, *Los derechos*...cit., p. 266.
[187] En nuestro país, mucho antes que ellos lo propuso Alberdi en *El crimen de la guerra*, obra que he analizado en "El monismo jurídico de Alberdi", en Revista de Historia del Derecho N°24, I.I.H.DCHO., Bs.As., 1996. (ps.195 a 229)
[188] ANTONIO CASSESE, *Los derechos humanos* ...cit., ps. 56-57.

Gadamer "sólo en el conjunto de sus aplicaciones se hace concreto el sentido de una ley comprensivamente" [189].

En efecto, esto es lo que me interesa recalcar a través de dos autores y un conferencista. Uno es Zigmunt Bauman, catedrático de sociología en Leeds y Varsovia, nos muestra los "parias de la modernidad", los "residuos humanos", que no son amparados por los derechos humanos. El otro es Pierre Rosanvalón que centra su obra en la crisis del Estado providencia y demuestra cómo los derechos sociales son vulnerados, pese a todos los tratados internacionales.

El conferencista es Dámaso Masabo, un sacerdote mercedario, jurista, oriundo de Burindi, África, con tres tesis doctorales en derecho y sociología, pero que más que sociólogo, filósofo, jurista, padeció los infortunios de los que no les alcanza las declaraciones de derechos humanos, refiriéndose fundamentalmente a la actualidad africana, pero que su relato se expande también a todo el mundo, como bien lo demuestra en el siguiente párrafo, fundado en Vaz Cabral G.[190]:

"surgen hoy en las sociedades humanas nuevas formas de esclavitud social, política y sicológica (...)La esclavitud moderna se presenta como un fenómeno complejo y multiforme tal como viene descrita y presentada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (...) Según este Consejo, se pueden distinguir tres diversas formas de explotación reagrupadas a su vez en tres grandes categorías: a) explotación económica, es decir por el trabajo; b) explotación sexual; c) otras formas de explotación entre las cuales se puede mencionar "las actividades ilegales de algunas sectas religiosas u otras", el tráfico de órganos y de tejidos humanos, la pederastría y la venta de los niños, los falsos matrimonios o matrimonios forzados..." [191].

---

[189] HANS GEORGE GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ta. Edición, Salamanca, Ed. Sígueme, 1993, t. I, p. 397.

[190] G. VAZ CABRAL, *Les formes contemporaines d'esclavage dans six pays de l'Union Européenne : Autriche, Belgique, Espagne, France, Grande Bretagne, Italie*, Paris, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, s.a., p. 15 ; CENTRE DE CONFERENCES INTERNATIONALES, *Esclavage moderne et trafic d'êtres humains, quelles approches européennes ? Actes du colloque 17 novembre 2000*, Centre de Conférences Internationales Paris.

[191] DÁMASO MASABO, "Retos y desafíos para La Merced en camino hacia 800 años", Conferencia pronunciada en el Congreso "Cautividad y esclavitud", organizado por la Orden Mercedaria, Maipú, Mendoza, 8-10 de agosto de 2012. P.6

Además de esa esclavitud moderna o contemporánea, menciona la feminización de la pobreza, la reclusión de la pobreza en las cárceles, y así va enumerando las nuevas formas de esclavitud, servidumbre, cautividad.

Los tres autores nos advierten las desviaciones de los derechos humanos que, a mi juico, fueron construidos para defender determinados intereses sociales, culturales, étnicos, religiosos, pero no a todos y cómo detrás de esa universalización, de esa igualdad, de la libertad, hay numerosos intereses que determinan que algunos sí logren hacer efectivos esos derechos y otros, la mayoría, no.

No obstante esto es algo reiterado a lo largo de la historia bien lo dice el epígrafe con el que comenzamos este trabajo, pero en el siguiente punto me interesa desentrañar lo que oculta un iusnaturalismo fundado en la ciencia. Ya no es Dios, o la razón, los que definen qué es la naturaleza, sino los científicos, y entre ellos, los biólogos.

Desentrañando la naturaleza humana: entre las ciencias biológicas y lo jurídico

> "No me buscarías con tanto fervor si estuvieras seguro de encontrarme, podría decir la vida al biólogo"
>
> Jean Rostand[192]

En los últimos años los planteos son más sutiles y, sin mencionar la naturaleza del hombre, está presente en las interpretaciones jurisprudenciales, en el proyecto de código, que abrevan, muchas veces sin explicitarlo totalmente, en supuestos científicos que determinan cuándo empieza la vida y cuánto de herencia transmiten los genes.

Esto también tiene una larga historia, se hace evidente con Galton, con Spencer como dije en otro trabajo, pero se remonta a Platón, a Aristóteles que pretendían que

[192] JEAN ROSTAND, *Los superhombres de probeta*, Buenos Aires, Ed. Abril, 1985p, 27..

se procrearan solamente "los mejores", como dice Platón[193]. Lo cual trajo desde remotos tiempos las leyes de eugenesia que determinaron, varios años antes de Hitler, que se esterilizaran a los mendigos, como ocurrió en EE.UU., Francia, Alemania[194].

Hoy, como antaño, se vuelve al iusnaturalismo, en nombre de la ciencia, de la eugenesia, de la genética que sobrevalora o minusvalora a determinadas personas y sin decir que eso es lo natural, lo aplican en hechos concretos. Me refiero que hoy es la ciencia en especial la biología, seguida de empresas multinacionales que involucran la salud y la vida de las personas, los medicamentos, que son tomadas como verdades rebeladas, tanto por los juristas como por los redactores de códigos y legislaciones. De ese modo definen quién es persona humana sujeto de derechos y quiénes no, quién es apto, inteligente, superior o inferior, quiénes tienen derecho a la salud, al bienestar, etc.

Es verdad, que hay una Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, dictada por la UNESCO en 1997 que adhiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en 1948, porque como dicen Gustavo Vallejo y Marisa Miranda, es

"para extenderlos explícitamente a las nuevas investigaciones biotecnológicas, con el fin de custodiar derechos elementales que podrían ser vulnerados... se trata de evitar que la discriminación encuentre un campo fértil en estos nuevos estudios, entendiéndose que la otrora requerida unidad racial podría relacionarse ahora con

---

[193] Cfr. SUSANA T. RAMELLA, *Una Argentina racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y su población*, Mendoza, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N.Cuyo, 2004, p.86, nota 52.

1. FRANK DIKOTTER, *Race culture: Recent Perspectives on the History of Eugenics*, en "American Historical Review", April 1998, p. 467. Bien dice el autor que este movimiento no fue privativo de la Alemania Nazi, sino que fue un fuerte movimiento también en EE.UU. y Gran Bretaña. Cfr. también PHILIP J. PAULY, *Essay Review: The Eugenics Industry . Growth or restructuring?*, "Journal of the History of Biologym", Vol. 26, Nro. 1 (Spring 1993), p. 131.145, es un interesante trabajo en el que compara las formas y métodos eugenésicos adoptados en Francia, EE.UU., Alemania y las diferentes relaciones que mantenían las academias de ciencia, con el gobierno. Y ROBERT A. NYE, *Historiographical reviews. The rise and fall of the eugenics empire: recent perspectives on the impact of biomedial thought in modern society*, en "The Historical Journal", 36, 3 (1993), ps. 687-700.

la búsqueda de descartar genes que asocien características física a predisposiciones indeseadas" [195].

A pesar de ello, como bien lo señalan los autores y refiriéndose a la salud lo explicita Penchaszadeb, y por mi parte lo he trabajado en Argentina hasta 1950, la eugenesia de Galton estuvo y está presente en nuestro país, con distintas denominaciones y formas pero sigue en los sistemas de salud, en el embrión, en el niño por nacer, porque esos "científicos" son los que van a decidir a quiénes se les permite su desarrollo físico, psíquico, y los juristas, siguiendo, las recomendaciones de los científicos, van a decir quién es viable, quién es persona sujeto de derechos y quién no.

Así como dice Guibourg, sobre el derecho natural:

"En una posición, el derecho es una creación divina, revelado por Dios al hombre en forma directa o por medio de hombres iluminados. Este punto de vista requiere fe, tanto en un dios específico como en sus revelaciones (...) Otra posición postula que la justicia es asequible a la razón, independientemente de la fe del observador. (...) no depende de la religión, aunque es compatible con ella. (...) Pero de hecho, se dirige a justificar ciertas convicciones morales o políticas comunes... "[196]

Hoy podríamos decir que la "ciencia" cumple la misma función que la fe y la razón, porque se exige tenerle fe, tanto en una posición como en la otra, sin establecer pruebas fehacientes que la avalen. Esto no es una interpretación antojadiza, sino que la fundamos en una comunicación que nos hizo llegar el CONICET, a todos sus investigadores, para que avaláramos la propuesta de enmienda al proyecto de código civil alegando, que:

"Los investigadores argentinos, en virtud de su responsabilidad ante la sociedad que los sostiene y de la obligación ética de aportar los conocimientos que puedan

---

[195] GUSTAVO VALLEJO Y MARISA MIRANDA, "Eugenesia, genética y derecho humanos en la Argentina del siglo XX", en *Genética y Derechos Humanos. Encuentros y desencuentros"*, compilado por Víctor B.Penchaszadeh, Buenos Aires, Ed. Paidós,,2012, p. 111.

[196] RICARDO GUIBOURG, "Conocimiento y uso del derecho", en Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, *Ideas y derecho*, N° 8, Buenos Aires, 2012, p. 76.

ampliar y perfeccionar la expresión de los derechos de las persona, proponen a los integrantes de la Comisión bicameral la modificación de la redacción de los artículos del proyecto de reforma (...) Esta propuesta está fundada en los conocimientos científicos disponibles internacionalmente después de hober sido sometidos a procesos rigurosos de evaluación por pares" [197]

Del texto enviado, nos detendremos en la reformulación de un artículo del proyecto de código. El proyecto expresa:

"Art. 19: **Comienzo de la existencia**. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado"

Mientras que la enmienda de los investigadores, entiende que debería modificarse en este sentido:

"ARTÍCULO 19.- **Comienzo de la existencia**. La persona humana es el resultado de un proceso que comienza con la concepción en la mujer y se completa durante la gestación. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer y se completa durante la gestación, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

Al analizar los fundamentos de esa propuesta vemos, como diría Rostand, que están buscando cuándo comienza la vida en general y en particular la vida del ser humano. Por ello dicen que hasta los gametos tiene vida, y que la persona después de

[197] Propuesta enviada por INFO CONICET, el 17 de octubre de 2012, con el título: "**Proyecto de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial**", indicando la página web: cecte@mincyt.gov.ar - www.cecte.gov.ar

muerta también tiene células vivas. Pero dudan del momento en que el embrión cambia su status al decir:

"el cambio continuo, gradual y necesario para el desarrollo hace difícil a la ciencia determinar durante el embarazo la existencia de un punto de inflexión que pueda ser considerado como el momento en que el embrión cambia de status, es decir, deja de ser parte incompleta de un proceso dinámico para ser persona. En realidad, podría considerarse que el único momento en que el embrión/feto cambia de status es en el nacimiento"[198].

Es decir en ese caso, recién empezaría a tener status de persona humana, no antes, de ahí que en los casos de fecundación asistida, como no está implantado en el útero de la madre, y no tener lo "ambiental", como dicen para desarrollarse, se pueden eliminar porque no son personas, más allá que, como en el proyecto, lo dejan para que lo resuelva una ley.

Esta conclusión puede llevar a establecer que hasta su nacimiento no sería persona humana. Sin tener en cuenta que, más allá que no esté alimentado por la placenta de la madre, luego de nacido también requiere de lo "ambiental", para desarrollarse. Más aún, cualquier persona, cualquiera sea su edad, necesita de lo ambiental para sobrevivir.

Por otro lado, se quiere diferenciar el comienzo de la existencia de la persona humana con el comienzo de la vida humana, con el peligro que ello conlleva. Debe tenerse en cuenta que el derecho debe ser una herramienta al servicio del hombre y no en sentido inverso, porque la persona humana pre-existe al derecho y al estado y debe ser reconocida por estos y no otorgados por el Derecho, a pesar de que, si revisamos la historia, el poder por medio del derecho ha otorgado derechos a unos seres humanos y no a otros. Por ejemplo no ha reconocido derechos a negros, judíos, indígenas, etc., lo que ha sido denunciado como aberrante y ha provocado grandes genocidios.

[198] IDEM, p. 4

Consideraciones finales

La pregunta que hacía en un principio y titula este trabajo, tiene varias aristas. Las palabras expresan y ocultan a la vez, presentan y esconden intenciones, situaciones, hechos y dependen de quiénes las dicen, o de los que las escuchan y, más aún de quiénes las interpretan y todos ellos, según el contexto en que las escribieron o expusieron.

Cuando se habla de toda la humanidad, de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas", de la no discriminación por razones de raza, religión, sexo, ideológicas. Literalmente, supone la totalidad de la humanidad, de todos los hombres, varones y mujeres. Todo, en castellano, significa que abarca absolutamente a todos los que se consideran seres humanos. No mencionan el iusnaturalismo, pero en ese *todos* están presentes como un neoiusnaturalismo[199].

A fines de la Edad Media y en los comienzos de la modernidad, explícitamente decían que abrevaban en la naturaleza humana, y en ese entonces esa naturaleza era interpretada con desigualdades, jerarquías, no era abstracta, pero tampoco significaba la *naturaleza* humana, sino la condición social de las personas según su constructo histórico. En la modernidad, se ocultan esas desigualdades sociales reales, bajo la creencia de la igualdad, y con esa nueva construcción impregnada de abstracción, se piensa que se alejan de las jerarquías medioevales pero, en realidad esconden una idea de naturaleza similar a la anterior y por ello se complejiza la cuestión.

Cuando la doctrina jurídica, filosófica, considera que recién en la modernidad se puede hablar de derechos humanos y no en el Medioevo, es porque asume esa abstracción de una igualdad que no se manifiesta en la naturaleza ni en la realidad social y cultural. En esa idea de igualdad se suprime al otro, no existe, por ello se habla

[199] Un ejemplo de esta situación, es el Preámbulo de la Constitución que está vigente desde 1853, cuando declara que los beneficios de la libertad, estarán asegurados "para todos los hombre del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", pero el art. 25 aclara que son los europeos, y esta palabra oculta que los que se deseaban eran solamente los ingleses, franceses, alemanes, y no las nacionalidades que finalmente arribaron a Argentina. Es decir, la Europa considerada "civilizada". Por ello dice Carrió "No es cierto que las reglas son siempre aplicables de manera "todo o nada". Tampoco es cierto que las reglas permiten, al menos en teoría, enumerar de antemano todas sus excepciones (...) Los principios que no satisfacen los requisitos de la regla de reconocimiento quedan fuera del derecho". Cfr. GENARO R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3ra. Edic., Bs.As., Abeledo Perrot, 1985, pp. 226, 228 y 229.

de todos, pero todos los iguales, no incluye los diferentes, más allá de que las declaraciones protejan la no discriminación por cuestiones de raza, cultura, sexo, etc.

Por otra parte, en todos los momentos históricos se fundan en alguna creencia que les da la certeza del conocimiento de la naturaleza humana, ya sea Dios, la razón o la ciencia, la que los inspira para determinar quiénes son realmente personas sujetos de derechos y quiénes no.

Específicamente y en casos puntuales, o de conflictos étnicos, religiosos, culturales, migratorios, se ponen en tela de juicio ese universalismo de los derechos humanos y por ende el iusnaturalismo, entendido como una construcción "occidental" y moderna que pone en resguardo y resalta la propia cultura, que es la que comprende al todo, pero un todo que hace distinciones culturales sobre todo. Bien dice Sousa Santos que el derecho internacional ignora los agentes ausentes que se rebelan contra prácticas sociales rutinarias y repetitivas,

Por ende entiendo que es una construcción de sectores de poder que consideran a los seres iguales a ellos mismos como "todos". Los que por alguna circunstancia son diferentes, no tienen derechos o si en teoría se los reconocen, al no visualizarlos, no pueden reconocerlos como personas sujetas a derecho, o ellas mismas, por su pobreza, por su ideología, por sus creencias, su cultura, o son directamente invisibles, o no tienen el suficiente poder, o influencia para que se los respeten.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIDA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y EN EL CÓDIGO CIVIL

Por Sandra E. Casabene de Luna

Irene Pujol de Zizzias

I- Introducción:

Partiendo del postulado que el derecho es una ciencia al servicio del hombre y no a la inversa y que la persona no es un medio, sino un fin en sí mismo. Estudiaremos el marco de protección del derecho a la vida, en el ordenamiento Constitucional Argentino.

Para ello desarrollaremos un marco teórico general sobre los valores y principios que rigen a todo el sistema global de protección de derechos humanos. Posteriormente desagregaremos la teoría de grupos vulnerables, para luego entrar de lleno en el análisis de ordenamiento Constitucional Argentino respecto de los derechos de niños y adolescentes.

Finalmente la otra cuestión, es investigar es si es lícito que el derecho determine desde cuando se considera que comienza jurídicamente la existencia de la persona humana y por lo tanto desde cuándo debe protegerse, con independencia de cuándo comienza la vida humana.

En este sentido trabajaremos sobre los derechos del "por nacer", toda vez que, según surge de la reserva hecha por la Argentina en la Convención de los derechos del niño que goza de jerarquía constitucional, éste se considera persona desde el momento de la concepción y hasta la mayoría de edad. Asimismo la Convención Americana sobre derechos humanos propone la protección de la vida desde la concepción.

II- Sistema axiológico y de principios de los derechos humanos respecto de la persona humana

Los principios que rigen el plexo normativo de derechos humanos, son los valores o bienes sobre los cuales descansa "el escudo protector del ser humano[200], a partir de su reconocimiento en el sistema internacional. Estos principios forman parte de lo que se ha dado en llamar IUS COGENS, o sea, reglas de carácter imperativo, inalienable, irrenunciable y universal aplicable a todo derecho humano.

La dignidad, autonomía e inviolabilidad de la persona humana; implica el respeto por las decisiones personales, por el propio proyecto de vida, la autodeterminación, la zona de reserva del individuo, la propia imagen, en definitiva, el ámbito privado o intimidad.

Esta intimidad de la persona a la que hacemos referencia es el aditamento necesario e inseparable de la dignidad. Solamente vivir con dignidad implica libertad.

Otro importante principio, es el pro persona (o a favor de la persona). Es un "criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más 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"[201].

Asimismo el principio de efectividad, se vuelve relevante en materia de derechos humanos, habida cuenta que no sirven de nada las declaraciones de derechos, si efectivamente no se gozan en la realidad. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a gozar efectivamente de todos los derechos que

---

[200] GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José de Costa Rica. Cejil. 2007. p. 88.

[201] SALVIOLI, FABIÁN. "Un análisis desde el principio pro- persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos",en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos;* Buenos Aires, ed. Ediar, 2003, pp. 143 – 155.

mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, sean indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Pero todo ejercicio de derechos tiene necesariamente el límite de la relatividad, dado que los mismos no pueden afectar derechos de terceros, la moral pública y el orden público. Estos límites surgen con palmaria claridad tanto de nuestra Constitución Nacional, como de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 19 C .N., art. 22 C .N.). "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, la familia y la humanidad, puesto que sólo en el marco de ellas puede desarrollar libre y plenamente su personalidad"[202].

Relacionado con el principio de efectividad, la adaptación del derecho interno de los estados al derecho internacional se encuentra contemplada en aquellos. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de los tratados internacionales, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en los tratados internacionales en que sean parte, que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Asimismo y como corolario de lo aquí analizado es necesario advertir categóricamente que el sistema de protección de derechos humanos considera que la persona no es un medio, sino un fin en sí mismo. Esta afirmación Impide que se use a la persona con fines transpersonales, sean estos del Estado, de una raza, de una clase social o de cualquier otro grupo. El hombre es portador en sí mismo, de un valor

[202] Declaración Universal de Derechos Humanos.

moral intransferible. O como refería Kant "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio"[203].

Hacia estos valores debe tender no sólo el sistema de derechos humanos, sino todo lo que compromete a la vida humana, al hombre, a su desarrollo, a su perfeccionamiento. Por ello la persona no pude ser reducida a cosa, a objeto, a medio para fines que transciendan su voluntad.

III- GRUPOS VULNERABLES Niños y adolescentes.

En la teoría general del derecho constitucional actual, así como también en el ordenamiento jurídico internacional, tanto la interpretación realizada por la doctrina más autorizada, como la jurisprudencia internacional; coinciden en la necesidad de una protección especial y más profunda de lo que se ha dado en llamar grupos vulnerables. Estos grupos son definidos como "aquellos que por razones o condiciones económicas, sociales, culturales, o legales, en general hegemónicas o dominantes, y de carácter discriminatorio, se ven especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos"[204].

Lo anteriormente expuesto significa, que por ser estos grupos más propensos, por su estado de indefensión fáctica, a acceder a goce efectivo de sus derechos, el ordenamiento jurídico le otorga un plus de protección y atributos del que no disfrutan las personas no comprendidas en ellos. Esto es llamado discriminación inversa. Esta tiene su fundamento en la razonabilidad y contenido de justicia que no es repugnante a la igualdad ante ley, dado que se trata de otorgar posibilidades a sectores más débiles de manera de ponerlos en igualdad de oportunidades y puntos de partida con las demás personas.

Forman parte de estos grupos, las mujeres, los niños, los ancianos, los pueblos originarios, los discapacitados, los afrodescendientes, etc. Cabe mencionar que las

[203] Kant. Segundo imperativo categórico

[204] WLASIC, JUAN C.- "Manual Crítico de Derechos Humanos". Buenos Aires. Ed. La Ley. 2006. pp.-347.

situaciones de vulnerabilidad de los anteriormente nombrados, se agravan de acuerdo a las situaciones económicas, sociales, etc. La pobreza, por ejemplo, hace vulnerables a todos los comprendidos dentro de sus índices, pero es superlativamente más vulnerables un niño, una mujer o un anciano que se encuentra en esa condición.

Ahora bien, entrando específicamente en nuestro análisis centrado en los niños y adolescentes, es dable señalar que, como surge del sistema nacional e internacional, la protección especial del niño es superior y forma parte del sistema axiológico del ordenamiento jurídico.

La vulnerabilidad de este grupo en particular está dada por las siguientes razones:

-Ausencia de rol activo en el marco del sistema democrático representativo. Los menores no ejercen sus potenciales derechos político. No eligen ni pueden postularse para cargos electivos y partidarios. No poseen la calidad de ciudadanos strictu sensu.

-Son incapaces (de hecho) frente al derecho civil, ya que actúan por ellos en casi todos los ámbitos, sus padres o tutores legales.

-Poseen un inexistente o limitado rol económico dentro del proceso de producción.

-Son pasibles de una natural indefensión, social y material.

-De acuerdo a las notas específicas de vulnerabilidad antes dicha, los niños y adolescentes están expuestos a posibles abusos, explotación y a ser usados como objetos para la consecución de fines ajenos a sus propios intereses y voluntad. De ahí que a partir de la protección internacional de derechos humanos y de la reforma Constitucional de 1994, se hace especial hincapié en que los niños y adolescentes no son objetos, sino sujetos de derecho.

En este sentido Bidart Campos sostiene que "el caso de la mujer y muy especialmente del menor, se encuentra la necesidad de una tutela intensa y diferencial por razón de la edad misma y de las variables de indefensión"[205].

---

[205] BIDART CAMPOS, GERMÁN, Manual de la Constitución reformada, Tomo:I- Buenos Aires. Ed Ediar. 1997. p. 477

Por lo anterior, se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes, contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, debe ser sancionado por la ley. Estas situaciones han sido contempladas en la convención de los derechos de niño, como veremos más adelante.

Amartya Sen (premio Nóbel de economía) advierte que las inversiones para la infancia "son importantes por su propio derecho debido a que ellas abren el camino para toda una vida de mejor salud, desempeño mental y físico, y productividad"[206].

Las capacidades de que disfrutan los adultos están profundamente condicionadas a su experiencia como niños. Las inversiones en educación y otros aspectos de las oportunidades existentes durante la niñez pueden mejorar las capacidades futuras en formas muy distintas. Primero, pueden hacer directamente que las vidas de los adultos sean más ricas y menos problemáticas ya que una niñez segura en la etapa preparatoria puede aumentar nuestra habilidad para vivir una buena vida.

Segundo, además de ese "efecto directo" en la capacidad para vivir una buena vida, la preparación y la confianza durante la niñez, también contribuyen a la habilidad de los seres humanos para ganarse la vida y ser económicamente productivos. Dado que eso a su vez influencia las vidas de sus niños y sus futuras vidas adultas, aquí hay un problema de transmisión.

Esta relación, que puede ser llamada la "conexión económica indirecta", complementa ampliamente la fuerza del "efecto directo" de la calidad de la niñez sobre las vidas y aptitudes de las personas al llegar a ser adultos. Esta conexión es importante en general, pero es especialmente seria en el contexto específico de los hogares encabezados por mujeres y las familias sostenidas por mujeres.

---

[206] SEN, AMARTYA K. *Invertir en la infancia: su papel en el desarrollo*. http:// www.eumed.net.com.(s.f)

La tercera conexión es también indirecta, pero se relaciona con los vínculos sociales, que pueden extenderse más allá de los puramente económicos. Nuestra habilidad para vivir con otros, para participar en actividades sociales, y para evitar desastres sociales, está también profundamente influenciada por las aptitudes que adquirimos como niños.

Hay una cuarta conexión, de carácter político. El éxito de una democracia depende de la participación de los ciudadanos y este no es solamente un asunto de "reacción visceral" sino también de preparación sistemática para vivir como ciudadanos activos y deliberantes. La conexión entre la niñez y la edad adulta tiene, en consecuencia, muchos aspectos.

Asimismo, la Corte Interamericana, sentó opinión sobre estos derechos individuales con cariz social, en el Caso Villagrán Morales o Niños de la calle c/ Guatemala. La Corte, en este caso, realiza un profundo análisis del contenido del "derecho a la vida" y no se contenta con la obligación negativa del Estado. Refiere (tomando otros instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del niño), el derecho a la vida digna que implica por parte del Estado la obligación de crear condiciones para el desarrollo integral de la personalidad y el acceso a una existencia digna, entre otros argumentos. Así lo expresa en el considerando nº 191. "A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado, el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad", a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida."

También, el mismo organismo internacional se pronunció sobre este tema en la opinión consultiva nº 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño. La Corte Interamericana trata aquí de una manera exhaustiva la situación de inferioridad en que se encuentran los menores, al no contar por su condición, de un debido proceso, comparando la situación respecto de los adultos. Posteriormente trata el tema de la igualdad: "es preciso puntualizar el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños. En ocasiones anteriores, este Tribunal ha manifestado que el artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, per se, incompatible con ésta".

Sigue su análisis sobre el derecho de los niños a ser protegido por su familia y por el Estado. También consigna el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales y pone énfasis en la educación como elemento basal etc.. A continuación incorporamos algunos párrafos referentes a la temática que nos ocupa. "La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.(...) Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. (...) El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando

retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles."

En este sentido cabe concluir que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Nuestra Constitución Nacional protege especialmente a niños y adolescentes en el art. 75 inc. 23 2º parte, cuando expresa que corresponde al Congreso la obligación de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia."

Asimismo, el art. 75 inc. 22 incorpora tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, de los cuales se desprenden derechos, principios y declaraciones especialmente dirigidas a niños y adolescentes, que podíamos agrupar y resumir de la siguiente manera

• De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, establece en su artículo 1.2 que para: "los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano." Es decir que no acepta el postulado del positivismo jurídico que expresa que persona es todo ente que resulte centro de imputación normativa, y que por lo tanto autorizaría al Legislador a negarle el carácter de persona a un ser humano. Y el artículo 4º, inc.1º, dispone que: "toda persona tiene derecho a que se respete su vida... y en general, a **partir del momento de la concepción**". Esta Convención fue ratificada por nuestro país mediante ley 23.054 del año.

Del protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ("protocolo de San Salvador"); se desprende de su Artículo 15, titulado "Derecho a la Constitución y Protección de la Familia", ap- 3. que los Estados partes se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; y a garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; poniendo luego la atención en el pleno desarrollo de los adolescentes.

El mencionado instrumento hace especial referencia a los derechos de la niñez en el art. 16: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo VII, establece: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial.

En cuanto a los deberes respecto de los menores el tratado refiere que: Artículo XXX. - Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

-En el mismo sentido se expide la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 25. 2[207]; y también en el Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales en el Artículo 10[208] y en el artículo 12 ap- 2.

---

[207] La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

[208] 1) se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea

Asimismo la Convención Americana sobre derechos humanos en el Artículo 17. 4 (Protección a la familia), establece que en caso de disolución del matrimonio, "se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Y a renglón seguido en el apartado 5, afirma: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

El Pacto de derechos civiles y políticos, en su artículo 16, dispone que: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". El mismo fue ratificado por la República Argentina a través de la ley 23.313, de 1985, también como en los Tratados antes mencionados protege a los niños, en cuanto a la discriminación por cualquier causa, la protección en caso de divorcio de los padres, y derecho al nombre y a la nacionalidad.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pone especial consideración en los menores cuando expresa en su artículo II que: En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

La Convención sobre la eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, resalta la Función social de la maternidad, además de propugnar la igualdad entre niños y niñas, entre otras muchas consideraciones. La Convención americana sobre desaparición forzada de personas, en su artículo 12, dispone que: "Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación,

---

responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2) se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3) se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores".

Finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, nos parece importante resaltar algunos aspectos referidos en el preámbulo de la misma que conforman las ideas fuerza de este instrumento especialmente dedicado al grupo de niños y adolescentes.

La referida declaración hace fundamental hincapié, al igual que muchos de los tratados antes mencionados en que "la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión;

Además propugna que "considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los art.23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Debe tenerse en cuenta que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el "niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

El preámbulo también alerta sobre la situación en la que viven muchos niños en el mundo: "reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionales difíciles y que esos niños necesitan especial consideración. Además hace un expreso reconocimiento a la pertenencia de los niños a distinto grupos culturales expresando que: "teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño".

Por fin compromete al mundo entero a aunar esfuerzos para el mejoramiento de la situación de los niños: "reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

De su articulado podemos extraer en general un minucioso análisis que consagra situaciones específicas a saber:

Artículo 2. -. Protección contra toda forma de discriminación y castigo.[209]

Artículo 3. -. Interés superior del niño, responsabilidad de padres y/o tutores. Cuidados especiales de niños institucionalizados.[210]

---

[209] Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niños 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 la creencia de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

[210] 1-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.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y

Artículo 6. - derecho a la vida y al desarrollo.[211]

Artículo 8. – Derecho a la identidad. [212]

Artículo 24. – Derecho a la salud y al sistema sanitario.[213]

Artículo 27. – Derechos económicos y sociales. Adecuado nivel de vida. Alimento, vestido, etc.[214]

---

competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

[211] 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.

[212] 1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

[213] 1. Los Estados partes reconocen el derecho del niños al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2 .Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

[214] 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.

Artículo 30. – Derecho de minorías étnicas, religiosas, etc.[215]

Artículo 32. – Protección contra la explotación económica.[216]

Artículo 33. – Protección contra el consumo y tráfico de estupefacientes.[217]

Artículo 34. - Protección contra abusos y explotación sexual.[218]

Artículo 35. – Protección contra el secuestro, venta o trata de niños.[219]

---

2. A los padres y 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.

[215] En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

[216] 1.Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales. Los Estados partes, en particular:

a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo

[217] Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias.

[218] Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

[219] Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36. – Protección contra toda forma de explotación. [220]

Artículo 37. – Garantías procesales. Reglas para la detención y cumplimiento de penas de menores.[221]

Artículo 38. – Derecho humanitario.[222]

Artículo 39. – Recuperación de niños en estado de abandono.[223]

Por su parte, es importante tener en cuenta las reservas que hizo la Argentina al aprobar la Convención sobre derechos del niño.

En primer lugar la no aceptación de adopción internacional de niños, por ello se observan los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención, manifestando que no regirán en la jurisdicción Argentina, a fin de impedir el tráfico y venta de menores.

---

[220] Los Estados partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar

[221] a) ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad.

b) ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se Llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

[222] 1. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas de derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño

[223] Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Con relación al art. 24, inc. f) que dice....., la República Argentina, considera que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Respecto del art. 38, la República Argentina declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del art. 41, continuará aplicando en la materia (art. 2, Ley 23.849).

Como vemos, luego del precedente análisis, la normativa Constitucional e internacional respecto de la protección de los niños es abundante, prolífica, cuidadosa y exhaustiva. No sólo notamos la preocupación por menores en el instrumento específico, (Convención de los derechos del niño) sino también como hemos demostrado, en todos los Tratados Internacionales del Art. 75 inc. 22 C N.. También existen numerosas leyes nacionales y locales que consideran la temática y que no contemplaremos en este trabajo ya que excede su objeto de investigación.

Para concluir, haremos referencia a la reserva realizada al art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que establece en su Preámbulo que: "el niño...necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal tanto ANTES como después del nacimiento". Y en su artículo 1 dispone, como ya se dijo, que: "para los efectos de la presente convención se entiende por niño TODO SER HUMANO menor de 18 años de edad". La ley argentina 23.849 expresa al respecto: "con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por **niño todo ser humano desde el momento de su concepción...**". En consonancia con lo establecido en el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica.

Ello toma importancia en estos momentos en que la CIDH, ha realizado una nueva interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que contraría el derecho a la vida del embrión no implantado, dándole preeminencia al derecho de los

padres de tener un hijo, etc., en el caso Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica (CITAL)[224].

Al respecto es importante rescatar el voto en disidencia del juez Eduardo Vio Grossi en dicho caso que explica que al proceder como ha hecho, la Sentencia no sólo sigue la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes, muy acorde a sus respectivos intereses y roles procesales, por lo demás, sino que de esa forma en definitiva y en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al *"derecho a la vida"* ante los otros mencionados derechos. En tal perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la Sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el *"derecho a la vida"*.

Asimismo, agrega que: "teniendo presente la regla del *"contexto de" los términos*[225], habría que agregar que, dado que las expresiones *"y, en general"* que emplea la disposición que se comenta, se vinculan a la obligación de *"proteger por ley"* el derecho de *"toda persona... a que respete su vida"*, lo que dispone dicha norma es que ello debe ser *"a partir de la concepción"* de la *"persona"* de que se trate.

A su vez y según la regla de interpretación del *"objeto y fin"* de la Convención, cual es el respeto de los derechos y humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio[226], y del propio artículo 4.1 de la misma, que es el respeto a la vida, las referidas palabras *"y, en general"* deben ser entendidas en tal perspectiva, es decir, con *"efecto útil"* a tal propósito, de modo que efectivamente contribuyan al objeto y fin general perseguido

---

[224] La Corte IDH, en el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, cambia el concepto de fecundación que se venía manteniendo hasta el momento. Y luego de aceptar que no existe un concepto consensuado sobre el momento de inicio de la vida. Concluye que se pueden 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 la concepción.

[225] Art. 32.1 de la Conv. de Viena.

[226] Art. 1.1 de la Convención ya citado.

y no que constituyan una excepción a ello ni menos, en particular, una negación del derecho a la vida.

A este respecto procede tener presente que en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que aprobó la Convención, tres países propusieron, a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación, en el artículo 4.1, de la frase "y, *en general, a partir del momento de la concepción*", propuesta que, empero, fue rechazada, quedando así esa frase, por decisión adoptada por la mayoría de los Estados participantes en la mencionada Conferencia, incorporada en la citada disposición[227]. Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aun cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún.

En consecuencia, dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de "*toda persona... a que se respete su vida*" "*a partir de la concepción*", lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser "*común*" para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, "*aunque sean de naturaleza diferente*", dado que "*constituyen un todo*", en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona.

En suma, la expresión "*y en general*" no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, es inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción.

Esta normativa es la que será analizada en el punto siguiente.

IV- La protección de la vida humana

La cuestión de radical importancia en la temática que nos ocupa, es desde qué momento se protege la vida humana, lo que se relaciona con si el por nacer se lo debe considerar persona y por lo tanto sujeto de derechos humanos.

---

[227] Párrs. 203 a 205.

El interrogante que plantea este dilema ético es de difícil abordaje habida cuenta de que son muchas las situaciones que producen efectos jurídicos, dependiendo de si consideramos al por nacer cosa o persona.

La ciencia médica y la ciencia jurídica se han ocupado de estas cuestiones.

La ciencia médica considera que desde el momento de la unión de los gametos masculino y femenino, se produce una revolución celular que contiene un ADN único, ese "ser", tiene una carga genética que va a hacer al potencial ser humano una persona única dentro de la especie.

Cada uno de nosotros proviene de una única célula, la célula huevo, resultante de la unión de un óvulo y un espermatozoide. En el núcleo de esa célula están contenidas las instrucciones para generar un individuo completo con órganos muy diferentes unos de otros y que cumplen funciones específicas. En un adulto hay casi 60 trillones de células, entre las que se han identificado alrededor de 200 tipos distintos. Pero todas esas células tienen su origen en una única célula huevo que, por lo tanto, contiene las instrucciones para producirlas.

Esas instrucciones residen en el núcleo de la célula huevo, más precisamente en sus genes, que no son sino segmentos de ADN. Como en una célula de mamífero hay alrededor de 30.000 genes, puede imaginarse a la célula huevo como un libro de instrucciones de 30.000 páginas. Esa célula es, pues, pluripotente, porque al multiplicarse puede ir dando origen a todos esos tipos diferentes que se especializan para cumplir ciertas funciones. Aún en un adulto, algunas células, las células madre, conservan esa capacidad de diferenciarse en otros tipos.

Los premios Nobel 2012 son otorgados por su investigación en **reprogramación de células madres** para crear tejidos, a los científicos John Gurdon y Shinya Yamanaka. Los aportes han cambiado completamente nuestro entendimiento, sobre el desarrollo y especialización de las células y organismos.

El profesor John Gurdon (Inglaterra) de la Universidad de Cambridge y el científico Shinya Yamanaka (Japón), encontraron como células maduras pueden

reprogramarse para convertirse en células madre pluripotenciales, capaces de volverse a cualquier tipo de tejido en el organismo y revertir tal proceso. Cuarenta años después del experimento de Gurdon (1962), Shinya Yamanaka descubrió cómo células diferenciadas de piel pueden comportarse como células embrionarias con sólo agregarles cuatro genes.

Al evitar la necesidad de destruir embriones para obtener células capaces de metamorfosearse en las de cualquier tejido del organismo, este descubrimiento disparó la investigación para lograr una medicina regenerativa.

Durante un tiempo, las células producto de esas divisiones conservan sus dos propiedades características: la de proliferar dividiéndose activamente y la capacidad de dar origen a cualquier célula del organismo, es decir, su pluripotencia.

Cuando en 1998 se aislaron esas células a partir de embriones humanos, a nadie escapó el enorme potencial de ese hallazgo para la medicina, aunque surgieron de inmediato dos problemas: el cuestionamiento ético que implicaba emplear embriones humanos y la dificultad de utilizar esas células en un individuo porque, al provenir de otro, serían rechazadas.

Yamanaka pensó que estas cuestiones podrían resolverse si se lograba producir células que se comportaran como células madre embrionarias, a partir de las células especializadas del mismo individuo adulto. Esto no requería del uso de embriones y tampoco se generaría rechazo. Su idea era, en síntesis, "reprogramar" células adultas, en su caso de la piel, dotándolas de propiedades similares a las de las células madre embrionarias. Si los experimentos de Gurdon demostraban que el núcleo de cada célula adulta contiene las instrucciones para hacer todo un organismo y que, de alguna manera, las señales provenientes del citoplasma de la célula huevo lograban reprogramarlo para que expresara esas instrucciones, tal vez fuera posible influir sobre el núcleo de una célula adulta diferenciada y así conseguir esa reprogramación.

Surgieron así las células IPS (células madre pluripotentes inducidas), caracterizadas por la capacidad de multiplicarse y por la potencialidad de generar todos los tipos celulares.[228]

Para justificar y fundamentar la legalidad de las técnicas de reproducción asistida que produce el congelamiento y descárate de embriones y su manipulación para otros fines, la ciencia jurídica se divide distinguiéndose, los que sostienen que hay vida humana desde el momento de la fecundación, y otros que afirman que la vida comienza en el momento del anidamiento o implantación en el seno materno. Ya que la viabilidad depende de si la misma se encuentra o no implantada en el seno materno.

Asimismo existe la doctrina que sostiene que el por nacer es persona desde el primer trimestre de gestación o desde el segundo o finalmente, se es persona y por tanto titular de derechos, desde el momento del nacimiento.

Cada postura que se decida sostener producirá y habilitara distintos efectos jurídicos importantes. De ahí el gran debate ético y de difícil abordaje.

Los embriones humanos ¿son cosas o son personas para el ordenamiento jurídico?, va a depender de la respuesta que dé la ley y de ahí en más el abanico de posibilidades es enorme.

"La pregunta por el estatus jurídico del embrión atañe a la distinción conceptual más básica —en el sentido de fundamental— del derecho, a saber, la distinción entre "cosas" y "personas"[229]. Se trata de determinar, en efecto, si la vida humana embrionaria es o no una vida personal y, por lo mismo, si el embrión es sujeto de derechos o, en cambio, objeto de los derechos de algún otro sujeto. Este debate radical o fundamental se plasma en otras discrepancias más técnicas y más concretas, acerca de la conveniencia o no de que el derecho gradúe el valor de la vida humana en

---

[228] ETCHEVERRY, GUILLERMO JAIM. *Programar de nuevo la vida.* http://www.Lanación.com. Octubre 2012

[229] MARÍA DEL PILAR ZAMBRANO / ESTELA B. SACRISTÁN D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 134, pp. 715-759.

función de su estado o etapa de desarrollo biológico, y de sus perspectivas de viabilidad."

La pretensión de que estas distinciones sean receptadas por el derecho, o más aún de que ya se encuentran receptadas, se funda por lo menos en dos proposiciones normativas. De acuerdo con la primera, las normas constitucionales sólo reconocerían la aparición de la personalidad en algún momento posterior a la implantación del llamado embrión; y/o que condicionan la aparición de la personalidad jurídica a su viabilidad. La segunda proposición establece que, dada la no-personalidad del embrión en la etapa previa a la implantación, o del embrión no viable, el principio constitucional de igualdad le sería inaplicable.

El rechazo de las distinciones se funda en dos premisas normativas contrarias, según las cuales, las normas constitucionales reconocen la calidad de persona en todo ser humano, desde el momento mismo de la concepción que, a su vez, se sitúa en el momento de la fecundación. Por lo mismo, se interpreta que estas mismas normas reconocerían la igual dignidad de toda persona y proscribirían que se condicione el valor jurídico de la vida humana —la cual es siempre vida personal— a su etapa de desarrollo o a su viabilidad dentro o fuera del seno materno."

En este sentido surge del voto en disidencia del juez Eduardo Vio Grossi en el caso Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica (Corte Interamericana De Derechos Humanos) que aclara que: ...entonces, que el término "*concepción*" empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria[230], de la ciencia médica así también lo estima[231]. Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo.

[230] Notas 266 a 284 de la Sentencia.

[231] Párrs. 79 y ss.

Sin embargo no debe desconocerse que en otros países se ha negado al embrión el carácter de persona. Así por ejemplo resulta ilustrativo analizar la jurisprudencia de Estados Unidos que a diferencia de nuestro país ha negado hace ya muchos años la personalidad del feto.

En Roe vs Wade por primera vez, ante la Corte Suprema estadounidense, trata la constitucionalidad de la penalización del aborto de una ley del estado de Texas. La ley penalizaba el aborto en todos los casos excepto cuando el embarazo pusiera en riesgo la vida de la madre. La Corte resolvió esta cuestión negando la personalidad del feto. Argumentó que la Constitución no define en ninguna de sus normas el significado del término persona y que, cada vez que lo utiliza, lo hace para referirse a seres humanos ya nacidos. [232]

Por otra parte, advirtió que en el tiempo en que se sancionó la enmienda XIV, y durante la mayor parte del siglo XIX, las leyes estaduales eran mucho más permisivas que las actuales en relación al aborto.

La negación de la personalidad del por nacer, se transformó de esta manera en la negación del derecho a la vida antes del nacimiento.

Pero esta negación no obstó a que la Corte estadounidense reconociera, en cabeza del Estado, un interés legítimo en proteger la vida embrionaria y fetal, a la cual denominó "vida humana potencial".

De acuerdo con este esquema, durante el primer trimestre del embarazo ninguno de los intereses estaduales sería tan imperioso como para justificar algún tipo de regulación del derecho a abortar. En el segundo trimestre, el interés estadual en proteger la salud de la madre adquiriría importancia suficiente como para justificar regulaciones tendientes a asegurar que el aborto se realice en condiciones favorables para la salud de la madre. Finalmente, la Corte entendió que únicamente en el tercer trimestre el interés estadual en proteger la "vida humana potencial" adquiere la relevancia suficiente como para justificar una regulación prohibitiva del aborto. En síntesis, y teóricamente, sólo hay embrión con vida protegida a partir del sexto mes.

[232] Roe vs. Wade. 410 US 113 (1973)

En el caso Casey en la jurisprudencia norteamericana después de Roe, puede decirse que el balanceo jurisprudencial, entre el derecho de la madre a abortar y el interés estadual en la vida humana potencial, se desplegó en torno a los siguientes puntos de discusión: a) Si los estados podían o no establecer la obligación legal de que se realizasen exámenes de viabilidad fetal, previos a procedimientos abortivos correspondientes a los dos primeros trimestres; b) Cuál era el contenido legalmente obligatorio del consentimiento informado previo al procedimiento abortivo, y quién debía darlo; y c) Si los Estados podían o no promover su interés en la vida humana potencial mediante el uso no coercitivo del poder público.

En lo relativo a si los estados podían o no establecer la obligación legal de que se realizaran exámenes de viabilidad fetal, previos a procedimientos abortivos correspondientes a los dos primeros trimestres, la Corte declaró desde temprano que la determinación de la viabilidad fetal variaba de caso en caso, y que dependía por tanto del criterio médico.

Entendió que ni la ley ni los jueces estaban legitimados para fijar un momento inflexible a partir del cual debía considerarse viable el feto.

En Roe al situar la línea divisoria entre el segundo y el tercer trimestre no en un momento preciso (la semana 28), sino en la aparición de un hecho: la viabilidad fetal. Desde este punto de vista, la obligación legal de realizar exámenes de viabilidad fetal antes de llevar a cabo un aborto podía ser válida, aun si se tratara de abortos a realizarse en el segundo semestre. [233]

En Webster[234] la Corte de Estados Unidos interpretó que las normas podían establecer la obligatoriedad de los exámenes previos de viabilidad, en forma independiente del trimestre en que éstos se mandaran, con la única condición de que la viabilidad fuere posible según los criterios médicos usuales, y los exámenes no fueren riesgosos para la salud de la madre.

---

[233] Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs Casey, 505 US 833 (1992)

[234] Webster et al vs. Reproductive Health Services et al.,492 US 490 (1989)

Por último, acerca del uso no coercitivo del poder público, la Corte mantuvo de modo consistente, que los Estados no estaban obligados a destinar fondos públicos a la promoción del aborto ni a realizar procedimientos abortivos en establecimientos públicos de salud, aun cuando cualquiera de estas elecciones implicara favorecer el alumbramiento por sobre el aborto.

De esta síntesis jurisprudencial se desprende que el valor jurídico de la vida humana en dicho país no es uniforme. Pueden distinguirse al menos tres. La primera correspondería a la llamada "vida humana potencial no viable", que se extiende desde la concepción hasta el momento en que el feto es viable fuera del seno del materno, con o sin asistencia artificial. La segunda etapa correspondería a la denominada "vida humana potencial viable", y abarca desde el comienzo de la viabilidad fuera del seno materno hasta el nacimiento. La tercera es la de la vida humana personal, que comienza con el nacimiento y concluye con la muerte.

Los embriones y pre-embriones entrarían en la primera etapa, conceptualizárselos como objeto de un interés estadual en la vida humana potencial no viable, con las siguientes características, según la Corte Suprema estadounidense

a) Se trata de un interés estadual o local cuya promoción es facultativa para los Estados

b) No es un interés lo suficientemente relevante como para justificar la restricción del derecho de la madre a disponer de la vida embrionaria.

c) Es un interés lo suficientemente relevante como para justificar la obligatoriedad de medidas disuasivas de la decisión de abortar (tales como la provisión de información acerca del estado de desarrollo del embrión o feto; acerca de la existencia de ayudas privadas o públicas para la gestación y crianza de los niños; o para su entrega en adopción; y la obligatoriedad de un tiempo de espera entre que se brinda la información y se ejecuta el aborto).

d) Los Estados pueden asumir de modo expreso una posición favorable a la promoción de la vida del embrión, siempre y cuanto esto no represente un obstáculo el derecho de la madre a abortar antes de la viabilidad fetal fuera del seno materno. Otra

cuestión que se deriva del análisis anterior es qué pasa con los embriones concebidos in Vitro.

Las más relevantes de estas actividades son las que conciernen a la reproducción asistida, y a la investigación científica y tecnológica que requiere el uso y en su caso el descarte de embriones. El estatus del embrión estará dado, en lo principal, por la existencia o inexistencia de restricciones a su descarte.

En el ámbito federal de los Estados Unidos se prohibió, a partir del gobierno de Clinton, el empleo de fondos públicos para la creación de embriones humanos con fines de investigación o para investigaciones en las cuales los embriones humanos pudieran ser destruidos, descartados o dañados.

La temática se plantea en el caso Davis vs Davis resuelto por la Suprema Corte del estado de Tennessee en 1992.[235]

Se trataba de decidir el destino de siete embriones que habían sido concebidos mediante el procedimiento de fertilización in vitro y que, al iniciarse el proceso de divorcio de los progenitores, permanecían crio-preservados en la clínica en la que se les había provisto el tratamiento. Contra la pretensión de la progenitora, Mary Sue Davis, de que fueran implantados en su útero, el progenitor, Junior Lewis, pretendía que siguieran en el estado de crio-preservación hasta que él decidiera acerca de su destino. Al llegar el caso a la Corte Suprema estadual, ambas partes habían cambiado sus pretensiones. Mary Sue pretendía que fueran donados a alguna pareja que quisiera someterse a un tratamiento de fertilidad, y Junior Lewis pretendía que fueran descartados.

El argumento fundamental de Mary Sue en todas las instancias fue la afirmación de la naturaleza personal de los embriones. Este argumento fue aceptado en la primera instancia, y explícitamente rechazado tanto por el Tribunal de Apelaciones como por la Corte Suprema estadual. Los embriones no implantados no eran ni objeto del interés estadual en la vida humana potencial, ni personas. Aún así,

[235] Davis vs. Davis. 842 , S.W. 2d. 588, Jun 1, 1992

la Corte insistió en que conformaban una categoría conceptual intermedia entre la propiedad y la personalidad, a la cual se le debía un especial respeto por su potencialidad para transformarse en persona. Esta categoría intermedia estaba, de todas formas, más cerca de la propiedad que de la personalidad. Los derechos de los progenitores sobre los embriones no implantados eran "de la naturaleza de los derechos de propiedad", e incluían el derecho a decidir su descarte.

En Kass vs. Kass se continuó el desarrollo del common law estaduai en lo que respecta al modo de decidir el destino de embriones no implantados, en supuestos de desacuerdo entre los progenitores haciendo cumplir el pacto de que se destinaran a la investigación científica a pesar de que la madre se opuso.[236]

De la conjunción de ambas sentencias pueden extraerse al menos las siguientes reglas sustanciales e interpretativas:

a) Los embriones no implantados no son conceptualmente personas para la jurisprudencia norteamericana, por lo cual no existe un deber jurídico de implantarlos, desde el punto de vista del derecho a la vida. Sin embargo, en principio son objeto de un "respeto especial" por su potencialidad para devenir personas.

b) El derecho de la madre a disponer de la vida del embrión, reconocido en Roe como dimensión del derecho a la privacidad, se refiere a los embriones ya implantados en el seno materno.

c) El destino de los embriones no implantados se rige en principio por la decisión unánime de los progenitores. Cuando están en desacuerdo, rige el convenio escrito previo a su concepción, si es que éste existe y es unívoco.

d) Si no hay acuerdo escrito previo, o si el acuerdo es ambiguo, el destino de los embriones debe decidirse mediante un balanceo de los intereses contrapuestos, teniendo en cuenta el "respeto especial" debido a los embriones, cuando el caso debe decidirse judicialmente y este respeto, no puede hacer imponer la implantación del

[236] Kass vs. Kass, 91 N.Y.2d 554, 696 N.E.2d 174, 673 N.Y.S.2d 350 (N.Y. 1998)

embrión. Al contrario, en este contrabalanceo pesa más el interés de una de las partes en no gestar un hijo, que el interés de la parte contraria en gestarlo o en donarlo para su implantación.

La voluntad como determinante último del carácter vinculante de la voluntad común de las parejas expresada en convenios escritos entre ellos mismos, o en entre ellos y las clínicas, fue también reafirmado en Litowitz[237], incluso contra la voluntad común posterior de las partes de obrar de modo distinto a lo convenido. En el mismo sentido se pronunció la Corte en el caso Roman vs Roman[238].

Asimismo la Corte Suprema de Massachusetts rechazó la pretensión de la progenitora de que se ejecutara la cláusula del convenio firmado entre la clínica y ambos progenitores, según la cual en caso de separación los embriones serían implantados a pedido de cualquiera de las partes. Entre otras razones, adujo ese tribunal que forzar a una persona a convertirse en padre o madre era contra el orden público aun cuando se hubiera obligado contractualmente a procrear.

En Marriage of Witten[239] se sostuvo que si las partes no pueden llegar a un acuerdo, los embriones congelados no pueden ser utilizados. Es decir que en caso de discordancia se decidió a favor de la no implantación.

De los casos, reseñados de la Jurisprudencia Estadounidense precedentemente, puede inferirse que en principio el destino de los embriones es la no implantación o el descarte salvo que exista una voluntad acordada y también actual a favor de la implantación.

Por el contrario en la jurisprudencia argentina se discutió este tema, en los casos Tanus, Portal de Belén y Sánchez[240]. En el mismo el más alto tribunal argentino

---

[237] Litowitz vs. Litowitz, 48 P.3d 261 (Wash. 2002)

[238] Roman vs. Roman, 193 S.W.3d 40 (Tex.App.Hous. (1 Dist.) 2006

[239] In re Marriage of Witten, 672 N.W.2d 768 (Iowa 2003)

[240] T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, fallos: 324: 5 (2001).Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación

determinó el sentido y el alcance del principio constitucional del derecho fundamental a la vida, en relación con los embriones. De la conjunción de ambas sentencias emerge la regla interpretativa, según la cual este principio rige respecto de los embriones, con el mismo alcance que respecto de una persona nacida, sin distinción de grado de desarrollo ni de perspectivas de viabilidad.

En el caso Tanus, la mayoría de la Corte confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la autorización solicitada por el directorio de un hospital público para inducir el parto de un feto anancefálico.

En la fundamentación de su decisión, la Corte señaló que, aunque la autorización para llevar a cabo la inducción había sido solicitada en la semana número veinte de gestación, en el momento en que el caso fue sometido a decisión de la Corte, la madre llevaba ocho meses de embarazo. A juicio de la Corte, esta diferencia temporal permitía distinguir la inducción solicitada del aborto. Explicó, en este orden de ideas, que la muerte del feto anancefálico fuera del seno materno, una vez que ha alcanzado la etapa de viabilidad extrauterina, no es atribuible a la inducción temprana del parto, sino a la enfermedad congénita.

No se trataba pues, según la Corte, de decidir acerca de la juridicidad constitucional del aborto, sino acerca del modo en que deben conciliarse el ejercicio del derecho a la salud de la madre, y el ejercicio del derecho a la vida y a la salud del feto anancefálico. Teniendo en cuenta que, en el octavo mes, la inducción al parto no alteraba el destino ineludible de muerte del niño fuera del seno materno, la Corte entendió que en el caso concreto la inducción al parto no alteraba el contenido esencial ni del derecho a la vida ni del derecho a la salud del feto.

En las premisas normativas del razonamiento de la Corte; en particular, en la interpretación de que el derecho fundamental a la vida humana rige a partir del

---

s/amparo, fallos: 325: 292 (2002). Sánchez, Elvira Berta c/ Mo. JyDDHH, artículo 6o. L. 24411 (resol. 409/01), fallos: 330: 2304 (2007)

momento de la concepción, según lo establecido por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (L. 23054), y por el artículo 2o. de la L. 23849, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño.

En el caso Portal de Belén, la Corte reafirmó esta interpretación normativa y, además, precisó que la concepción se produce con la fecundación. El recurso argumental, en apoyo de esta interpretación, consistió en la cita de la opinión de diversos genetistas y biólogos, en el sentido de que: "es un hecho científico que la 'construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente, pues 'el ADN del huevo' contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles".

Desde el punto de vista fáctico, la Corte dio por probado que un anticonceptivo cuya comercialización y distribución había sido autorizado por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, actuaría con tres mecanismos subsidiarios. Por una parte, a) Impediría la ovulación o b) Funcionaría como espermaticida. Ello no planteaba ningún reparo constitucional, desde el punto de vista del derecho a la vida del embrión. Subsidiariamente, para el supuesto de que los dos mecanismos primarios no se hubiesen activado exitosamente, el anticonceptivo cuestionado actuaría modificando el endometrio e impidiendo la implantación del embrión.

Sobre la base de estas premisas normativas y fácticas, la Corte Suprema revocó la sentencia de la instancia anterior, que había legitimado la autorización emitida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para su comercialización y distribución.

Con posterioridad a estos fallos, si bien sin referencia específica a la hipótesis del aborto, la Corte Suprema reconoció la personalidad del por nacer en Sánchez y al hacerlo así, calificó al nonato comprendido como "persona 'por nacer', vale decir, una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil".

En el caso Mujeres por la Vida[241], el voto mayoritario, no niega el debate científico ni considera que en Portal de Belén se habría resuelto de modo definitivo su proyección normativa. Considera, sin embargo, que la duda científica es razón suficiente para justificar la prohibición de la anticoncepción de emergencia, en aplicación del principio pro-homine.

Por último, como variación de la línea argumental que exige pruebas fehacientes del carácter abortivo o anti-implantatorio de la anticoncepción de emergencia para justificar su prohibición, también se ha sostenido que el carácter subsidiario o eventual del desencadenamiento del mecanismo anti-implantatorio no se aviene a tal exigencia de certeza. Ello se traduce en la siguiente regla probatoria: la única razón suficiente para justificar la prohibición de la prescripción o suministro de la anticoncepción de emergencia es la prueba fehaciente de que actuará frustrando la implantación en el caso concreto en que se la prescribe o suministra.

Sobre este punto, las posturas enfrentadas serían las siguientes:

a) Una, la de quienes sostienen que todo método anticonceptivo postcoital debe ser considerado anti-implantatorio por el derecho y, en esta medida, abortivo.

b) Otra, la de quienes aplican el principio pro-homine a favor de la continuidad de la vida del embrión, y prohíben la prescripción y el suministro de cualquier anticonceptivo cuyo mecanismo anti-implantatorio o abortivo, en general, no estuviere descartado por la ciencia de modo unánime.

c) Una tercera, la de quienes sostienen el principio pro-homine a favor de la madre, y exigen una opinión científica unánime acerca del carácter anti-implantatorio o abortivo,

---

[241] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a. Nominación, sentencia núm. 93, Mujeres por la Vida-Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, Amparo, Recurso de apelación, expte. núm. 1270503/36, del 7/8/2008.

La primera y más resonante resolución judicial se produjo en el precedente Rabinovich[242], fallo de la Cámara Civil situada en Buenos Aires. En esta ocasión se dispuso una serie de medidas tendientes a garantizar el derecho a la vida y a la salud de los embriones que, hasta el momento del dictado del fallo, estuvieren crío-conservados por instituciones públicas o privadas que operan en dicha ciudad. La sentencia, resuelta por unanimidad, se fundó en consideraciones análogas a las que, dos años más tarde, acogería la Corte Suprema en los casos Tanus y Portal de Belén.

En primer lugar, se determinó que, desde el punto de vista del derecho argentino, la vida personal comienza con la concepción; ello, con base en una lectura sistemática de todos los tratados internacionales de derechos humanos, tratados que poseen rango constitucional según el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. En este orden de ideas, se destacó que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, utilizan a modo de sinónimo los conceptos de hombre, ser humano, individuo y persona. Y se entendió que el principio acogido en el artículo 51, CC, según el cual es persona todo ente que presente signos característicos de humanidad, posee rango constitucional.

Pero aunque todo hombre sea considerado persona a los efectos constitucionales, la definición del estatus jurídico del embrión incluye la determinación de cuándo o a partir de qué momento comienza, para el derecho, la existencia del hombre-persona. Para resolver este punto, la Cámara aplicó el artículo 4.1 ya citado, como haría la Corte Suprema más tarde en Portal de Belén. Sin embargo, a diferencia de la Corte, la Cámara reparó en la devaluación que podría representar la expresión "en general", utilizada en esa norma, para la protección de la vida del nonato; y resolvió esta particularidad semántica mediante una interpretación sistemática que integró esta norma con la declaración interpretativa introducida por Argentina en la

[242] CNAC, Sala I, expte. 45882/93, Rabinovich Ricardo David s/ medidas precautorias, del 3/12/1999

ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, según la cual se entiende por niño todo ser humano desde su concepción.

Se concluyó sobre esta base en que el citado artículo 4.1, leído integralmente con esta declaración, no debía comprenderse en sentido restrictivo del derecho a la vida del nonato.

Como en Portal, se determinó que la concepción se produce con la fecundación. Sin embargo, mientras que la Corte en Portal se apoyó en la autoridad de la ciencia, la Cámara, en Rabinovich, sujetó la autoridad de la ciencia para definir el sentido del concepto concepción a una determinación normativa de su ámbito de referencia. En este sentido, dio por evidente que el derecho argentino invalida cualquier interpretación semántica que refiera el concepto de concepción a un evento posterior a la implantación, como ser la aparición del sistema nervioso, la morfología humana o, incluso, el nacimiento. Por último, sostuvo la individualidad de la persona en el embrión y, en el caso de que suceda, en los gemelos monocigóticos resultantes de la división de aquél; y resolvió la cuestión de la humanidad y de la personalidad del ovocito pro-nucleado (por ejemplo, embrión en el estadio anterior a la fusión de los núcleos de los gametos femenino y masculino) de esta manera: ese ovocito debía recibir el mismo trato jurídico que las personas, "no por aseverar que lo sea... sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre, lo cual, a su vez, en los hechos obliga a respetar su vida e integridad, como si fuera una persona, sujeto de esos derechos".

En casos posteriores al de Rabinovich, la discusión en torno al estatus jurídico del embrión giró en torno a la pretensión, de los progenitores, de que la obra social de la cual eran beneficiarios cubriera el costo del tratamiento de fertilización asistida. Así planteada la pretensión, el problema de la personalidad del embrión, o bien se ignoró de modo total en la fundamentación de las sentencias, o bien desempeñó un rol secundario.

Estos casos posteriores reflejan diversas posturas individuales o minoritarias, que podrían ordenarse del siguiente modo, en sentido decreciente:

a) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación in vitro, sin considerar en modo alguno el problema del destino de los embriones no implantados; excluyendo de forma explícita una decisión, con el argumento de que se trataría de una cuestión religiosa, ajena al ámbito de injerencia de un Estado laico; o bien rechazando su naturaleza abortiva por razones lógicas.

b) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación in vitro, y se sugiere —sin fuerza vinculante— la donación de los embriones supernumerarios para su posterior implantación, o bien, como vía alternativa, para su utilización con fines terapéuticos o de experimentación.

c) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación in vitro pero, acogiendo la jurisprudencia emergente de Portal y de Rabinovich, se considera que hay persona desde la fecundación, y se ordena el nombramiento de un tutor que custodie su integridad física.

d) Se rechaza la pretensión de los padres de que el tratamiento de fertilización sea cubierto por la obra social, con el argumento de que representa una amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones supernumerarios o no implantados.

e) Cuando se hallan en juego los derechos reproductivos de los padres que desean la concepción y gestación de un embrión histocompatible con un hijo enfermo de la pareja demandante, cuya supervivencia en el futuro dependería de un tratamiento de trasplante de órganos, y el derecho a la salud de ese hijo enfermo, los embriones no implantados deben ser crio-conservados y custodiados por un tutor.)

Comparando la jurisprudencia argentina con la de los Estados Unidos se puede decir que:

1.- Que las etapas mencionadas de los embriones no existen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, que considera que hay un género ("personas") que comprende: al "por nacer", y, como se recordará, se es persona desde la concepción, y ésta se produce con la fecundación. Que no se distingan etapas implica que se veda cualquier acción conscientemente dirigida a interrumpir —eventual o probablemente— el desarrollo del embrión a partir del momento de la fecundación.

2.- Que los embriones y pre- embriones tipifican en la primera etapa ("vida)

Es decir que en la Argentina, los embriones no implantados y los embriones ya implantados son personas, fruto de la concepción que se origina en la fecundación, razón por la cual distinguir entre unos y otros resulta irrelevante.

3.- En Argentina, la lectura integral o sistemática de los instrumentos internacionales con rango constitucional desde 1994 permite afirmar que todo ser humano es incondicionalmente persona para el derecho argentino, desde el momento de la concepción, y ésta se refiere a la fecundación.

Es por ello que, si por valor jurídico entendemos aquel bien que posee consecuencias normativas, es indiscutible que las decisiones judiciales del ámbito argentino conceden más valor jurídico a la vida del embrión que sus similares de los Estados Unidos, donde el valor jurídico del embrión aparece cuando se supera la no viabilidad. Empero, en Argentina, si bien el acotado corpus jurisprudencial existente manifiesta una generalizada aceptación del principio general de que la vida embrionaria es vida personal antes y después de su implantación, esta uniformidad se desvanece en relación con las reglas concretas sentadas en la aplicación del principio genérico, por ejemplo, en materia de descarte de embriones, interrogantes éticos y jurídicos, que de modo inevitable surgen con las aplicaciones novedosas de la ciencia.

Aun así, en este estado incipiente de desarrollo, esta síntesis comparativa pone de manifiesto el despliegue de un debate semántico-antropológico que, no pocas veces, por así decirlo, se "disfraza" con la autoridad del derecho y de la ciencia para imponer una u otra de las alternativas en pugna.

El debate antropológico atañe, como se dijo al comienzo, a la distinción conceptual radical del mundo jurídico, la división entre cosas y personas. Se trata de responder a la pregunta: ¿a quién y por qué llamamos persona o sujeto en el derecho? Pero este debate no puede resolverse si primero no se asume una postura en relación con el debate semántico, más general pero por lo mismo también más fundamental: ¿cómo se clasifican las cosas en el mundo en general, y en el mundo jurídico en particular? ¿Las clasificaciones conceptuales son el producto de un debate social

reflexivo y en cierta medida explícito, que el derecho está llamado a recoger en la medida en que sean consensuadas? ¿Son una imposición interesada de un grupo dominante, que el derecho recoge para añadirle su propia fuerza coactiva?

Por lo mismo, aquellas preguntas no debieran formularse en términos genéricos con relación a todo el derecho, sino más bien con relación a problemas o debates jurídicos concretos.

En relación al problema de la personalidad del embrión, la respuesta puede esbozarse desde una perspectiva sociológica descriptiva, en cuyo caso habría que conceder que se parece más a un concepto construido al vaivén de pretensiones variadas, que a un concepto "hallado" o representado a partir de una realidad que se impone a la inteligencia. Basta en esta línea con intentar descifrar el sentido de esa entidad intermedia entre las cosas y las personas, a la que se debe un "respeto especial", según el common law estadual estadounidense. O, en el otro extremo, develar el sentido de la personalidad del embrión cuando, según algunas voces en pro del derecho de los padres a procrear a cualquier precio (aun a costa del descarte de alguno de sus hijos), o el derecho de la mujer a disponer de una parte de su cuerpo, es titular de un respeto devaluado, menos demandante que el respeto debido a personas ya nacidas o, en todo caso, al embrión implantado.

La oscuridad o incluso el sinsentido de estos conceptos incipientes es una proyección lógica de la ambigüedad u oscuridad de otros conceptos igualmente nuevos, a los que la comunidad jurídica en general los vincula; tales como los conceptos del "derecho a la salud reproductiva" y a la "salud sexual", en Argentina; y con algo más de andamiaje, el concepto de privacidad aplicado a la reproducción y a la vida sexual en general, en Estados Unidos.

Finalmente y para concluir este trabajo, haremos referencia a una frase de Max Weber que declara: "que la crisis de la sociedad moderna se debía a la substitución progresiva de la racionalidad axiológica, la razón que discierne y es capaz de juzgar valores éticos; por la racionalidad de los resultados, la razón que aparta como un obstáculo todo lo que impida o limite los resultados previstos, independientemente

de su valor o consideración ética. Se produce, poco a poco, un típico abuso de poder técnico sobre la naturaleza y sobre el hombre que vive en ella."[243]

V.- El comienzo de la existencia de la persona humana en el código civil y proyectos.

En el libro primero titulado "De las personas", Sección Primera *De las personas en general*, Título II *De las personas de existencia visible*, del Código Civil Argentino, se establece en el art. 51 que: "todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades accidentales, son personas de existencia visible". Y en el Título III *De las personas por nacer* consagra que: "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

En el Título IV *De la existencia de las personas antes del nacimiento* se dispone al respecto, en su art. 70 que: ***"desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas;*** y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieran nacido...". Asimismo, su art. 72 expresa que: "tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo".

En la nota, el Codificador critica al Código Francés y a los que lo siguen como el de Nápoles, que exigen que el hijo haya nacido viable aunque no haya vivido sino un instante, con estos términos: "esta doctrina no tiene ningún fundamento, pues es contraria a los principios generales sobre ***capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna de la mayor o menor duración que pueda tener esa existencia. Éste es el derecho general, y no se entiende qué motivo haya para introducir una restricción respecto al recién nacido...Por otra parte ¿cómo conocer el día de la concepción? ¿Qué médico pueda decir que el nacido no ha estado sino 178 días en el vientre de la madre, y no los 180, los seis meses fijados por las leyes? Se abriría así una puerta a la incertidumbre de los juicios***

[243] Citado por PADRÓN, HÉCTOR JORGE. *Fundamentos ético- sociales del medio ombiente*. Inédito

individuales, y a las opiniones siempre dudosas de los facultativo que vendrían a decidir sobre los derechos más importantes..."

En derecho de familia, el art. 264 del Cód. Civil, en su texto actual, introducido por la ley 23.264, sancionada en 1985, define a la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación, "desde la concepción de éstos".

En el derecho de las sucesiones, en el art. 3290 Cód. Civ. se dispone que: "El hijo concebido es capaz de suceder" y el art. 3733 Cód. Civ. establece que: "pueden recibir por testamento todos los que, estando concebidos...".

El clásico "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales" de Manuel Ossorio, nos dice que concepción, es acción o efecto de concebir, de quedar preñada la hembra. Y concebido es "el óvulo fecundado de la mujer...". En el mismo sentido se ha pronunciado la Academia Nacional de Medicina[244].

La evolución de la ciencia trajo consigo la técnica de la fertilización asistida y del niño probeta, en la cual la fecundación del óvulo se produce fuera del seno materno. Esta ha dado pie para que algunos entiendan que, como el art. 70 del Cód. Civil dice que comienza la existencia de la persona humana desde la concepción en el seno materno, hasta que dicho embrión no se implante en el seno materno no hay ser humano. Especialmente para justificar el descarte y utilización en investigación de embriones. Ya que la fecundación asistida puede hacerse, aunque no es práctico, ni económico, con uno, dos o tres óvulos fecundados, y que los padres acepten la implantación de todos ellos para no descartar ninguno.

Pero debe tenerse en cuenta cuáles fueron los fundamentos de Vélez Sarsfield para escribir dicho artículo y cuál fue la finalidad de la norma. Evidentemente en la época del Codificador era impensable la posibilidad de fecundación o concepción fuera del seno materno y se consideró que debía apartarse del sistema del Derecho Francés y proteger a cualquier ente o criatura con signos de humanidad, fuera o no viable. Porque éste derecho fundamental, el derecho a la vida, no puede quedar sujeto al

[244] Declaración del 30 de septiembre 2010, en http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/02.php.

vaivén de los criterios cambiantes de facultativos (que como analizaremos no siempre son imparciales y desinteresados).

A su vez, los tratados internacionales reseñados, que son ley suprema de la nación desde la reforma de 1994 refuerzan estas consideraciones cuando protegen la vida del niño desde la concepción, sin distinguir si ésta se produce dentro o fuera del seno materno[245]. Por otro lado, subsidiariamente, debe tenerse en cuenta que en caso de duda debe estarse siempre a favor de la concesión y no de la restricción de los derechos, máxime cuando se trata del derecho fundamental y base de todos los derechos: el de la VIDA.

El reconocimiento indudable del derecho a la vida también puede apreciarse en los precedentes constitucionales.

El Estatuto Provisional de 1815, en su artículo 1 expresa que: "Los derechos de los habitantes del Estado son, la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad". Agrega luego, en el apartado II de tal artículo 1, que el derecho a la vida, "tiene un concepto tan uniforme entre todos que no necesita de más explicación".[246].

"Los miembros del Estado, deben ser protegidos en el goce de los derechos de su vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de alguno de ellos, sino conforme a las leyes. "

---

[245] No obstante la Corte IDH, en el caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, cambia el concepto de fecundación que se venía manteniendo hasta el momento. Y luego de aceptar que no existe un concepto consensuado sobre el momento de inicio de la vida. Concluye que se pueden 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 la concepción.

[246] Ver: Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas, Ed. Platero, Buenos Aires, 1972, p 32. Agrega: Ser humano: "Todo hombre gozará de estos seis derechos en el Territorio del estado, sea Americano, o Extranjero, sea Ciudadano o no". Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas, ob. cit., p. 33.

Artículo CIX: "Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta (...) debe ser una misma para todos, favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos"[247]

En la Constitución de 1853, el artículo 29 nombra el derecho a la vida, al disponer que: "El Congreso no puede conceder...facultades extraordinarias... por las que la vida... de los argentinos queden a merced de ... persona alguna". El artículo 28 usa la palabra "reconoce", aceptando implícitamente que los derechos humanos son preexistentes al Estado y que éste se limita a reconocerlos, en especial, al derecho a la vida.

La reforma de 1860 del artículo 33, reconoce los derechos implícitos, dentro de los cuales, en primer lugar, está el fundamental derecho a la vida.

Especialmente cabe recordar en este punto que Internacionalmente; tanto la Convención Americana Sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948[248], establecen que persona es todo ser humano (y que por lo tanto todo ser humano tiene derecho a que se le reconozca su personalidad) y el primero aclara expresamente que tiene derecho a que se respete su vida desde la concepción. Y al tiempo de la incorporación a la Constitución Nacional, el diccionario de la Real Academia Española conceptualiza, con relación a dicha palabra, el término fecundación.

---

[247] Estatutos Reglamentos y Constituciones Argentinas, ob. cit., p. 135

[248] Esta convención refuerza la idea contraria al positivismo, de que la definición de persona puede quedar a merced del legislador, al disponer por otro lado en su artículo 33 que: "Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

Se ha dicho que el derecho internacional en dichos preceptos: "*recogen la idea de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad, de lo que se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud)*". [249]

Por otro lado, la ley 26.061, De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, establece que: "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia".

La Constitución Nacional, luego de su reforma en el año 1994, dispone, en su artículo 75, inc. 22, jerarquía constitucional a los pactos internacionales.

Por otro lado, la última parte del artículo 75 inciso 22 reza que los tratados: "...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...". Este texto se dispuso para respetar lo dispuesto por la ley de reforma número 24.309, que en su artículo 7, establecía: "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional."

<u>El proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del 2.012:</u>

Sólo en virtud de que se encuentra actualmente en el Congreso el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 2012, se hará mención a los artículos que se refieren a esta temática. El mismo en el artículo 19, del LIBRO PRIMERO, PARTE GENERAL, TÍTULO I "Persona humana", CAPÍTULO 1, titulado: "Comienzo de la existencia", dice: "Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

---

[249] JULIO CÉSAR RIVERA, *Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial.* http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/derechos-y-actos-personalisimos-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial.pdf.

Luego, en su artículo 21, establece que los derechos y obligaciones del concebido (y agrega: o implantado) en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Y el principio fundamental dispone que: "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos..."

Se entiende que el artículo 19 del Proyecto se contradice con el art. 1 del mismo cuerpo. En tanto esta última norma sienta que la ley debe interpretarse conforme a la Constitución Nacional y los Tratados incorporados con tal jerarquía en el art. 75 inc. 22 de Nuestra Carta Magna. Y estos últimos sientan que la existencia de la vida humana y la personalidad que le es inherente como tal, por el sólo hecho de ser, ser humano, comienza desde el mismo instante de la concepción, sin distinción acerca de si dicha concepción se produce o no en el seno materno (artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica). Por ello, se aconseja que en el artículo 19 se siente que la existencia humana comienza desde el mismo instante de la fecundación o concepción, y que desde dicho instante el ser humano será considerado como persona.

Por tales motivos también se adhiere totalmente a la redacción de la primera parte del artículo 19 del proyecto, pero no a la segunda del mismo por entender que la persona humana concebida fuera del seno materno comienza a existir también desde el mismo instante de la concepción.

Por otro lado se ha dicho respecto de este proyecto que no sólo desprotege los embriones no implantados, sino que viola la intimidad de los niños con la dación de gametos[250]

A raíz del mismo, algunos investigadores del CONICET, presentaron un informe que proponía a los integrantes de la Comisión Bicameral la modificación de la redacción de los artículos del proyecto de reforma que involucran cuestiones vinculadas con la investigación científica y tecnológica. El mismo estaba inserto en un

[250] LAFFERRIERE, NICOLÁS, "Proyecto de Código Civil: resumen de los artículos clave en vida y familia", pub. En www.centrodebioetica.org. Este autor analiza el art. 558 del proyecto que distingue a los hijos por las fuentes de filiación, reapareciendo según él las categorías de hijos y considerando que se les niega el derecho de identidad cuando se originan por técnicas de reproducción asistida; al prohibir en el art. 577 del proyecto, la impugnación de filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos con estos métodos cuando haya existido consentimiento previo, con independencia de quien haya aportado los gametos y considerar no admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo respecto de éste.

documento anónimo que se introducía afirmando que la propuesta provenía de "los investigadores argentinos..." y que estaba "fundada en los conocimientos científicos disponibles internacionalmente después de haber sido sometidos a procesos rigurosos de evaluación por pares". Sin embargo cabe aclarar que esta posición provenía de cierto sector de investigadores y fue difundida al resto de investigadores del CONICET, para que se adhirieran al mismo y muchos no concordaron con la misma.

Estos investigadores propusieron la siguiente redacción del artículo 19: "La persona humana es el resultado de un proceso que comienza con la concepción en la mujer y se completa durante la gestación. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación y se completa durante la gestación, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para su la protección del embrión implantado".

El artículo 19 avanza más que el proyectado que sólo no considera persona al embrión no implantado, porque diferencia a la persona humana del proceso de gestación que comienza con la concepción, se completa durante la gestación y termina en el nacimiento.

Así específicamente manifiesta: "Este cambio continuo, gradual y necesario para el desarrollo ***hace difícil a la ciencia determinar durante el embarazo la existencia de un punto de inflexión*** que pueda ser considerado como el momento en que el embrión cambia de status, es decir deja de ser parte incompleta de un proceso dinámico para ser persona. En realidad, podría considerarse que el único momento en que el ***embrión/feto cambia de status es en el nacimiento***."

En definitiva y teniendo en cuenta los fundamentos de la propuesta, en especial lo expuesto con relación a que el único momento en que el embrión cambia de status es en el nacimiento, y en virtud de la diferenciación propuesta entre proceso de gestación con persona humana, este informe permite concluir irrisoriamente que hasta un feto de 8 meses y un día antes de nacer no sería una persona humana sino un proceso de gestación.

Por otro lado, se pretende diferenciar el comienzo de la existencia de la persona humana para el Derecho con el comienzo de la vida humana, con el peligro que ello conlleva. Expresamente se manifiesta en este informe: "el concepto de vida puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, tanto la gameta femenina (óvulo), como la masculina (espermatozoide), así como el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. ***El artículo 19 sin embargo se refiere al comienzo de la existencia de la persona humana y no al comienzo de la vida humana en sentido estrictamente científico...*** Así la ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona, aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable."

Debe tenerse en cuenta que el derecho debe ser una herramienta al servicio del hombre y que filósofos hablan de la necesidad de la humanización del derecho. Porque la persona humana pre-existe al Derecho y al Estado y debe ser reconocida por éstos. Los derechos de la persona humana deberían ser reconocidos y no otorgados por el Derecho. Donde existe un ente con signos de humanidad debe reconocérsele a esta realidad derechos, y fundamentalmente el derecho a la vida que es la base de todos los otros. Es decir que el derecho debe reconocer la naturaleza. El ordenamiento positivo no tiene la potestad de decidir quién es persona o quién no.

Al respecto se ha dicho: "Es obvio que esta separación entre las nociones de "persona" y "ser humano", sienta el –por lo menos peligroso- principio de que no todos los hombres son titulares del derecho a no ser muertos, principio que significa, lisa y llanamente, la abolición de ese derecho, al menos para aquellos que se hallan en la siempre ampliable nómina de quienes no revisten la condición de "personas[251]

Cabe recordar que el art. 28 de la C. N. establece que: "Los principios, garantías y derechos "reconocidos" en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Este artículo al usar la partícula "reconoce", en relación a los derechos, se enrola en el pensamiento que sostiene que los derechos

[251] AA.VV., CARLOS I. MASSINI Y P. SERNA, Derecho a la Vida, Barcelona, EUNSA, 1998, p.16.

humanos, en especial el de la vida, son preexistentes al Estado y que éste se limita a reconocer al derecho a la vida.

Al respecto ha dicho el Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU que: "no se duda de que los derechos en el orden constitucional argentino no son otorgados por el Estado que, tal como manifiesta la Constitución Nacional en su art. 28, son "reconocidos" por él"[252].

En este sentido se ha manifestado refiriéndose a los derechos humanos en general entre los que se haya el derecho primordial a la vida, que lo que "les otorga el carácter de derechos humanos nó es el hecho de su permanencia a un determinado orden normativo. Más allá de la legitimidad formal", la legitimidad sustancial deriva "de la consideración que merecen los seres humanos por la sola y única circunstancia de" existir y pertenecer "a un género común"[253].

No obstante si se revisa la historia, el Poder por medio del derecho ha otorgado derechos a unos seres humanos y a otros no, por ejemplo no ha reconocido derechos a negros, judíos, etc.., lo que ha sido denunciado como aberrante y ha provocado grandes genocidios, etc..

Por tales incidentes, se creó un plexo normativo internacional que sobre el poder de los Estados Particulares y los cambios de política, establece un sistema de normas que protege a los humanos reconociéndole sus derechos fundamentales. Resulta por lo tanto absolutamente peligroso y así lo ha demostrado la historia, cualquier pretensión de diferenciar la existencia de la persona humana con la vida humana. Como si una vida humana (en sentido científico) pueda no ser considerada persona humana desde el punto de vista del derecho (en sentido jurídico). Es decir tanto, desde el punto de vista del iusnaturalismo que considera que el derecho no puede apartarse del derecho natural, como aún para el positivismo avanzado que apela a la existencia del derecho internacional que impida que el poder discrecional del Estado, esto es inconcebible en nuestro derecho.

---

[252] PÉREZ GUILHOU, DARDO, *Liberales, Radicales y Conservadores*. Convención Constituyente de Buenos Aires 1870 – 1873, Ed Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 96.

[253] BERGEL, SALVADOR D., "Genética y derechos humanos" ob. cit., p. 45.

Así los pactos incorporados a nuestra Constitución, nacidos de una humanidad sensibilizada, como consecuencias de los millones de muertes injustas que provocaron las guerras mundiales y, para que no se repitan tales matanzas, protegieron, prioritariamente, el derecho a la vida de todo ser humano.

Por otro lado, resulta absurdo el fundamento utilizado relativo a que cabe diferenciar la vida humana con la persona humana porque el óvulo por sí solo es una célula viva y porque luego de muerta una persona permanecen vivas algunas células. Porque nadie confunde la vida humana que comienza con la fecundación (y es un proceso si se quiere decirlo de desarrollo y crecimiento y luego envejecimiento que dura durante toda la vida y en la cual al ente que se desarrolla o envejece se lo llama ser humano), con la vida de ciertas células separadas o la vida animal o vegetal. Por supuesto que no porque exista vida, existe vida humana. Y aunque queden algunas células vivas luego de la muerte de una persona, el proceso (vida humana) no continúa indefinidamente, y por último todas las células en corto plazo aunque se considere muerto a una persona, van a dejar de tener vida al no recibir sangre oxigenada irreversiblemente.

Es importante señalar, que el embrión necesite implantarse para continuar su desarrollo no es argumento suficiente para afirmar que antes de la implantación en las técnicas de reproducción asistida no hay ser humano, porque con dicho fundamento se podría afirmar que hasta que un niño no necesite que lo alimenten, no es persona humana, o que el niño que nace con una mal formación que necesite una operación para seguir viviendo o un transfusión de sangre, etc., no es persona humana. Es decir que al no ser viable podría ser considerado como que no es persona humana y por lo tanto que es cosa u objeto de derecho y no sujeto de éste.

Es interesante tener en cuenta que Vélez Sarfield ya en aquella época tuvo en cuenta que la viabilidad no podía ser un criterio para distinguir a una persona humana de la que no lo es.

Además, si tanto cambiaron las cosas desde la época de redacción de nuestro Código no podemos dejar de pensar que también puede cambiar el estado de la Ciencia cuando aún se encuentren vigentes las normas proyectadas si se sanciona el

proyecto de Código del 2012. Y tal vez aunque hoy es impensable, pueda llegar a vivir un niño sin necesidad de que alguna vez sea implantado en el seno materno. O lo que es más pensable, puede producirse un niño por clonación sin necesidad de implantación, y en este caso ¿llegaríamos al absurdo de no considerar personas a estos seres con rasgos de humanidad iguales a los de otros seres humanos por no haber sido implantados en el seno materno? ¿Podrían servir estos seres para darnos sus órganos o para experimentar con ellos para prolongar nuestra egoísta e individualista vida? ¿Por qué ellos serían cosas y nosotros personas humanas? Porque en el derecho o se es sujeto de derecho o se es objeto, las situaciones intermedias no existen. ¿No es mejor limitar su capacidad que afirmar a contrario sensu que son objetos?

Sería importante preguntarle a estos científicos ¿qué diferencia o rasgos de humanidad no tiene un embrión no implantado con uno implantado?

Por otro lado dicha afirmación, resulta contradicha por el informe de estos científicos argentinos en el sentido de que "en el proceso de gestación ***resulta difícil para la ciencia encontrar durante el embarazo la existencia de un punto de inflexión que pueda ser considerado como el momento en que el embrión cambia de status*** para pasar a ser persona".

Además, la información ambiental posterior al nacimiento también aporta al desarrollo completo y normal de ser humano, que pueden producir cambios epigenéticos. Es más se ha comprobado con bebés que se los ha dejado aislados, que los mismos no han podido desarrollarse normalmente como personas y han muerto.

En definitiva, el informe de estos científicos busca justificar por qué no es persona humana un embrión o feto a pesar de tener vida humana. El mismo sirve para demostrar que no se puede precisar con rigor científico un punto de inflexión para diferenciar a un embrión de un día con otro de ocho meses, y que por lo tanto siendo un ente que tiene el ADN de un ser humano y signos de humanidad debe reconocérsele el primordial derecho a la vida.

Resulta interesante las apreciaciones vertidas por investigadores en genética sobre los buenos y malos usos que ha tenido la ciencia genética en el mundo, y cómo

esta disciplina se ha utilizado en forma reñida con la ciencia y la ética, violentando derechos humanos fundamentales, porque la genética toca el punto esencial de la vida[254]. Así se ha dicho que: "hoy en día la genética trae consigo nuevas preocupaciones sociales y nuevos problemas éticos reales, amenazas a los derechos que no siempre se vislumbran de inmediato, como por ejemplo la genética predictiva con su potencial para la discriminación en el trabajo, los seguros, en la enseñanza, la adopción, el desarrollo de nuevas pruebas y tratamientos violatorios de los derechos humanos, las patentes de genes, la piratería biológica y el biocolonialismo entre otros". La genética se ha utilizado, para justificar que ciertos grupos humanos fundamentales son superiores a otros. Las persecuciones étnicas encontraron en la eugenésica el fundamento "científico" para el exterminio masivo. Y, manifiestan estos científicos, como hoy en día se ha develado cuán erróneo es el mito del determinismo y reduccionismo genético, legitimando la discriminación racial o restringiendo el derecho a la reproducción de los indeseables[255]. El conocimiento del genoma humano ha permitido advertir cuan increíble es la diversidad genética que nos caracteriza y por el otro lado, cuan grandes es la identidad genética del ser humano del orden del 99,9% y la inexistencia de razas. Los autores de dicho libro ponen en contesto las posibilidades reales que tiene la genética de contribuir a la vigencia del derecho a la salud, analizando intereses económicos que pueden llevar a enfoques equivocados en la prevención de enfermedades y la promoción de la salud. Y por la otra parte cómo la genética ha servido para esclarecer la violación grave a los derechos humanos, en la desaparición forzada de personas por el terrorismo de Estado. Destacando finalmente que los desencuentros de dicha ciencia con los derechos humanos, no se ha debido a la naturaleza de la ciencia, sino a los intereses económicos y políticos que se beneficiaron con las posturas pseudocientíficas proclamadas por los impostores que la

---

[254] VICTOR B. PENCHASZADEH "Genética y derechos humanos". Encuentros y Desencuentro. (comp.). Ed. Paidós Bs. As, 2012.

[255] VALLEJO, GUSTAVO Y MIRANDA, MARISA, en el capítulo tratado por dichos autores Miranda investigadores del CONICET y estudiosos del tema de la eugenesia en América Latina en "Eugenesia, genética y derechos humanos en la Argentina", ob. cit., p. 111.

representaron, y que también son responsables de los abusos cometidos en su nombre[256].

Se advierte que la responsabilidad anterior del Estado en la eugenesia tradicional, recae hoy en día en el mercado y para muchos esto entraña inimaginables riesgos de vulneración de los derechos elementales. "La envergadura de la disputa no hace más que expresar las dudas disipadas a partir del Proyecto Genoma Humano, en virtud de la cual, en 1977, la UNESCO dictó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano[257].

Por lo tanto, es importante destacar cómo la ciencia de la genética ha distado totalmente de ser neutra y ha servido de instrumento de políticas como por ejemplo de ideologías elitistas y deterministas. Y cómo los genetistas del siglo XX por ejemplo impulsaron creencias ideológicas, como verdades científicas y apoyaron políticas discriminatorias, elitistas racistas.[258]

Por otro lado, es importante rescatar las consideraciones de la Federación Argentina de Colegios de Abogados ante la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, realizada por su presidente, Dr. Dr. Ricardo De Felipe, sobre el Art. 19 del Proyecto de Unificación que sostiene que la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida. "Conforme a ello los embriones crio-conservados dejan de ser personas, es decir, deja sin tutela legal a los embriones en dichas condiciones, ya que al descalificarlo como personas, pueden ser utilizado para todo tipo de prácticas experimentales o bien desechados.- Es decir que condena a muerte a los embriones, que hoy son personas.- Contradice el criterio que sostiene la doctrina mayoritaria al respecto: embrión humano generado fuera o dentro del seno materno, es precisamente un ser humano en evolución y no en potencia.- Tiene carácter de persona desde su concepción.- Además, presenta los signos característicos de

[256] "Genética y derechos humanos", ob. cit.. Comentario de Víctor B. Peuchaşzadeb, pág. 38.
[257] VALLEJO, GUSTAVO Y MIRANDA, MARISA, "Eugenesia; genética y derechos humanos en la Argentina", ob. cit., p. 111.
[258] (Kevles, 1.985)

humanidad, (requeridos por el artículo 51º del Código Civil), los que se encuentran presentes en el patrimonio genético del embrión".

Por otro lado la reforma propuesta contraviene las conclusiones de la XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión I Presidida por los Dres. Lorenzetti y Rivera) ***donde la mayoría de los miembros de dicha comisión sostuvo que la existencia de la persona comienza con su concepción, entendida ésta como fecundación, y a partir de ese momento tiene derechos que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide*** **con el comienzo de la persona humana.**

También en esas Jornadas se resolvió que no se aceptaba la distinción entre embriones y pre-embriones según sus diferentes etapas evolutivas, porque supone la fragmentación del concepto de persona, la que existiría o no según sus diversas etapas de desarrollo. Y que el embrión humano, generado dentro o fuera del seno materno es un ser humano en evolución y tiene el carácter de persona desde su concepción.

En el supuesto que se considerara al embrión no implantado cosa, nadie podría negar que es una cosa distinta al resto y que es tan especial que lleva el ADN de una persona humana, que es hijo de los progenitores. Por otro lado por ser cosa podría ser en principio vendido, donado, utilizado como conejillo de india o para lo que sea. ¿Cómo nos sentiríamos si el día de mañana nos encontramos en la calle con un hijo nuestro que fue maltratado, prostituido o que sufrió la extirpación de órganos, etc.?¿Esta opción es natural o lógica? ¿Podemos quedarnos tranquilos con la afirmación que la ley especial protegerá a estos embriones? Máxime si observamos lo que sucedió en Estados Unidos donde se habla de protección pero en realidad, en principio los embriones se destruyen o usan para investigación, salvo que ambos progenitores decidan lo contrario mediante convenio y mantengan ambos dicha voluntad. Los interrogantes que se suscitan son innumerables.

Conclusión y propuesta

El derecho a la vida es el derecho humano primordial y base de todos los otros derechos y debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico que está al servicio y para el hombre. Cabe recordar que en este sentido se ha dicho: *"El derecho a la vida es*

un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo"[259],

En virtud de ello cabe cuestionarse: ¿Existe diferencia de esencia, existencial y justificable para negar dicho derecho al embrión no implantado y otorgarlo al concebido en seno materno? ¿Y por lo tanto su distinto tratamiento puede considerarse como violación del derecho a la vida, y la igualdad?

La palabra concepción siempre se ha entendido en el mundo jurídico como fecundación. ¿La interpretación que cambia el concepto de concepción expresando que en el caso de la reproducción asistida en vez de fecundación significa implantación, no parece más bien un esfuerzo para justificar el descarte de estos embriones no utilizados para la reproducción asistida y la manipulación que permita la desnaturalización y reutilización con cualquier fin de los mismos?.

Desde el momento de la fecundación comienza un proceso que se llama vida humana que termina recién con la muerte del ser humano. Ya que la vida no es más que un proceso, de aparición, desarrollo, crecimiento, luego envejecimiento y muerte.

La viabilidad no puede ser un fundamento para diferenciar al ser humano del que no lo es.

No se puede justificar con fundamentos científicos indudables e irrefutables un momento de inflexión desde el cual cambie el status del embrión.

No debe olvidarse que la ciencia de la genética puede estar al servicio del hombre y su salud, pero también puede ser un instrumento para su destrucción. Y se debe ser cuidadoso en la interpretación de los conocimientos genéticos, porque tocan derechos fundamentales del ser, históricamente ha distado de ser neutra y se ha

[259] Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

movido por intereses ideológicos, políticos del Estado y hoy en día también puede ser movida además por intereses económicos y de mercado.

En virtud de ello surgen las siguientes preguntas: ¿el esfuerzo de redefinir jurídicamente el término concepción, se debe a una interpretación dinámica del mismo que intenta adaptarla a las nuevas exigencias científicas o a la presión o influencia directa o indirecta de estos intereses económicos y sectoriales trasnacionales?

¿Dónde queda el principio fundamental de que en caso de duda debe fallarse a favor del hombre, cuando se observa como un fallo internacional da preeminencia al derecho de los padres a procrear, aun a costa del descarte de embriones?

En definitiva, creemos que la responsabilidad que nos atañe como sociedad en general y como individuos en particular, es reconocer que por más esfuerzos interpretativos que hagamos, la ciencia jurídica no puede crear categorías en las cuales algunos seres humanos tienen derechos y otros no.

Por último, cabe este última reflexión: no nos debemos olvidar que si sólo nos importa lo que nos corresponde a nosotros o a un pequeño grupo, sin tener en cuenta el respeto a nuestro semejante, el bien común, el porvenir, la posteridad (todos ellos objetivos contemplados en el preámbulo de nuestra Carta Magna); las consecuencias de legislar para el corto plazo basado en intereses mezquinos, la vida social se volverá insostenible, inhumana; e inevitablemente prevalecerá la desolación y asechará incertidumbre.

DEL DICHO AL HECHO: HAY UN PROCESO PENAL

Por Paula Leanza

Prácticas judiciales contradictorias con los parámetros legales e internacionales de protección procesal de mujeres, niños, niñas y adolescentes en materia penal.

"Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho"
Exposición de Motivos de las Reglas de Brasilia[260].

I. Introducción

Se dará inicio a este análisis con la siguiente pregunta: ¿quiénes tienen derechos procesales? O mejor dicho: ¿quiénes efectivamente pueden ejercer y hasta gozar, esta clase de derechos?

En respuesta a ello, "Wlasic 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"[261].

El presente trabajo demuestra que desde el punto de vista teórico-doctrinal se han reconocido un cúmulo de derechos individuales a todo ser humano por su calidad de tal, teniendo como base su "dignidad humana", entendiendo que "el reconocimiento de la dignidad del hombre implica, como presupuesto básico, el derecho a un trato acorde con sus valores intrínsecos independiente de toda otra

---

[260] *"Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124 . Mayo de 2013. P-4.

[261] Salinas, Pablo Gabriel. "El caso Penitenciarías de Mendoza y el Sistema Interamericano. Colección Cuadernos de Litigio. Editores del Puerto. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Año 2.013. P- 17, con cita de Wlasic, "Manual crítico de derechos humanos. P- 30.

condición"[262] y que "la dignidad humana se debe encontrar por encima de los estados"[263]. Pero en el terreno de lo empírico, son ejercidos por una minoría, excluyendo de su goce, entre otros, a las mujeres, niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA).

Esta investigación se limitará a la protección procesal penal material (atención y trato) de mujeres[264] y NNyA[265], considerados grupos vulnerables[266], cuando éstos son víctimas[267] de delitos de tipo penal. Mediante un análisis hermenéutico de las resoluciones judiciales en esta instancia y de las prácticas tribunalicias. En particular, el trato que los mismos reciben en las diferentes instancias posibles del proceso penal.

Podemos decir que el Estado Argentino, al igual que varios de sus pares latinoamericanos, no ha podido acomodar en esta materia, su derecho interno a los parámetros internacionales de protección[268]. Subsisten, además, prácticas contrarias a estos llevadas a cabo por funcionarios estatales encargados de aplicar esas normas. Paralelamente prácticas, igualmente reprochables, ejercidas por agentes no estatales pero consentidas por el Estado.

Como método de trabajo, se seguirán los lineamientos marcados por los organismos internacionales de D.D.H.H. en la materia (Corte I.D.H, Comisión

---

[262] Idem nota al pie anterior, con cita de Diego Lavado. P-22.

[263] Idem nota al pie nº 2. P-22.

[264] La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad. Cfr. "*Reglas de Brasilia...*" (Cit. nota al pie nº 1). P-8.

[265] Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Cfr. "*Reglas de Brasilia...*" (Cit. nota al pie 1). P-6.

[266] Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Cfr. "*Reglas de Brasilia...*" (Cit. nota al pie 1). P-5.

[267] Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Cfr. *"Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"*. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 40/34. 29/11/1985. http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm

[268] Cabe recordar que previo a la ratificación y constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos, la Constitución Argentina ya poseía en su texto disposiciones que se refieren a la garantía de acceso a la justicia, así los artículos 5, 18, 19, 24, 108, 109, 116 y 118. Sin perjuicio de ello, fueron reforzados por el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 7 y 8 del Pacto San José de Costa Rica; artículo 9, 10, 11, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

I.D.H., Comité de los Derechos del Niño, etc.) y, en base a ellos, se considerará a la protección procesal judicial en sentido amplio, esto es entendiendo a la administración de justicia comprensiva del poder judicial (todas sus instancias, tribunales y divisiones administrativas), la policía y los servicios de medicina forense, ubicados en zonas urbanas y rurales, con competencia nacional y/o local[269].

Igualmente, la base normativa de esta investigación se centra en las disposiciones que al respecto contienen la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (CEDAW) y su par Americana la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará), la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y la Convención de los derechos del Niño (CDN, 1989); las reglas de Brasilia de acceso a la justicia de grupos vulnerable, entre otros.

Precisamente, se señalaran cuáles son los derechos y el trato dignificante exigibles ante cualquier tribunal penal por mujeres y NNyA, cuáles son las prácticas discriminatorias y violatorias de esos derechos, otro tanto se dirá de las sanciones hacia los funcionarios estatales que no los respeten, como así también una propuesta de solución para cada situación planteada.

Por último, la estrategia utilizada consiste en señalar puntualmente las afectaciones a los intereses legítimos de mujeres, NNyA en las grandes etapas o momentos críticos en los que se divide el proceso penal, a saber: denuncia, procedimiento, sentencia y su ejecutabilidad, como así también se hará referencia a la prevención del delito penal.

---

[269] En este aspecto se sigue el criterio del informe *"Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en Las Américas"*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. O.E.A., Doc. 68. Año 2007. http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf . P-3, párr. 6.

II. El proceso

A. Parámetros internacionales de respeto a los DDHH en el proceso penal

Existe un reconocimiento internacional generalizado de que mujeres, NNyA han tenido históricamente y tienen aún en la actualidad, serios problemas al intentar acceder a la justicia para reclamar el respeto de sus derechos. Con la intención de modificar esta discriminación estructural, los Estados se han comprometido ante la comunidad internacional firmando y ratificando distintos tratados internacionales sobre derechos humanos en materias específicas como género, niñez y adolescencia.

Así, a modo ejemplificativo, la conocida como Convención Belem do Pará dispone que los estados partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas para establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos[270].

Además, "en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y esos niños necesitan especial consideración"[271]. Porque es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, "es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento"[272].

Por ello, la Convención Iberoamericana de derechos de los Jóvenes dispone que los Estados partes reconocen el derecho a la justicia de los jóvenes. Ello implica el derecho a la denuncia, la audiencia, la defensa, a un trato justo y digno, a una justicia gratuita, a la igualdad ante la ley y a todas las garantías del debido

---

[270] *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.* O.E.A. Ciudad de Belem do Pará, Brazil. 9/6/1994. Artículo 7 inciso f. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html . Mayo-2013.

[271] *Preámbulo* de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1989. Aprobada por la República Argentina ley 23.849. http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/Convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf . mayo-2013.

[272] Cfr. Corte Interamericana De Derechos Humanos Opinión Consultiva Oc-17/2002. P 73. Párr. 96. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf . Mayo-2013.

proceso y que, también, tomarán todas las medidas necesarias para garantizar una legislación procesal que tenga en cuenta la condición juvenil, que haga real el ejercicio de este derecho y que recoja todas las garantías del debido proceso[273].

Mientras que el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño, dispone que "los Estados partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño"[274]. Se debe realizar una interpretación amplia de este criterio y extenderla a procesos por otros delitos, no enumerados en el protocolo, en donde resultan víctimas niños y niñas, así lo exige el espíritu del plexo normativo internacional en su conjunto y la definición misma de interés superior.

Ahora bien, si el Estado tolera o incumple directamente con las normativas mencionadas, se manifiesta una doble violación de las mismas, toda vez que "en virtud del deber de respetar los derechos, el Estado no puede violarlos directamente, y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares"[275].

Como bien se ha señalado del marco jurídico internacional citado y al que no se hizo referencia en orden a la brevedad, se desprende una amplia protección a mujeres, NNyA. Pero no debe perderse de vista que "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los

---

[273] "*Convención Iberoamericana de derechos de los Jóvenes*" Adoptado el 11 de octubre de 2005 en la ciudad española de Badajoz. Entró en vigencia el 1 de marzo de 2008. Artículo 13.
[274] *Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Asamblea General de Naciones Unidas- Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 Entrada en vigor: 18 de enero de 2002. Artículo 8, inciso 3. http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm . Mayo-2013.
[275] Cfr. Opinión Consultiva 7/86 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta. Voto Separado Juez Rodolfo E. Piza Escalante, 29 de agosto de 1986. Párr. 30.

derechos humanos"[276], de todos y cada uno de sus habitantes, sin discriminación basada en su sexo o edad, o de otra índole.

B. La denuncia

Es el primer momento crítico del proceso penal: "La denuncia, es considerada como un modo de protección de los ciudadanos y a la vez como un acto de colaboración con la administración de justicia, por parte de quién la formula. Es decir, que ante un hecho que aparezca como presuntamente ilícito y sea de aquellos perseguibles de oficio, cualquier persona que haya tenido noticia o conocimiento directo podrá denunciarlo"[277].

Se habla de protección procesal propiamente dicha una vez que se efectúa la denuncia porque "desde el punto de vista nacional, el poder judicial es la primer línea de defensa de protección de los derechos humanos y por ello, una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres (y NNyA) comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos[278], idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad"[279].

1. ¿Recurso procesal idóneo y efectivo?

La denuncia es el recurso procesal penal más utilizado, y como tal debe cumplir con parámetros establecidos en el ordenamiento interno e internacional. En este sentido, la Corte I.D.H. al interpretar la Convención Americana ha precisado y mantenido en el tiempo, la extensión de los requisitos de todo recurso: "que sean adecuados significa que la función de esos recursos sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos

---

[276] Cfr. C.I.D.H. Sentencia de fondo Caso Godínez Cruz, 20 de enero de 1989. Párr. 67.
[277] Definición tomada de la Sentencia de la Suprema Corte de Mendoza - SALA N° 2. En la causa n° 99.201 - incidente apelación en autos P-34.585/05 "F. c/ Brescia...". 30/09/2010. LS418-044.
[278] El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. Cfr. CIDH. Sentencia de fondo Caso *Bámaca Velásquez*, 25 de Noviembre de 2000. Párr. 120.
[279] *"Acceso a la justicia para las mujeres víctimas..."* (Cit. nota n° 10). P-3, párr. 5.

existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias"[280]. "Además los recursos, deben ser eficaces, es decir, capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos"[281].

Se comparte también, la opinión de la Corte Americana en relación a la efectividad del recurso judicial, en razón de que debe extenderse a otros derechos reconocidos en el orden interno estatal: "...la obligación a cargo de los Estados de ofrecer un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales (...) no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley..."[282].

Esto importaría que la garantía del debido proceso (derecho a ser oído, derecho a la información, a ser asesorado por un profesional, a tener una resolución fundada de juez competente en un tiempo razonable, etc.) sea extensible, sin discriminación, a la víctima del proceso sea cual fuere su situación personal, atendiendo a las nuevas perspectivas que señalan que "hoy se reclama concretamente el derecho a ser considerado diferente"[283].

Para que un recurso sea imparcial y no discriminatorio, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza"[284].

---

[280] Cfr. "*Caso Godínez Cruz...*", cit. nota al pie nº 17, Párr. 67.
[281] Cfr. C.I.D.H. Sentencia de fondo Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, 15/03/1989. Párr. 87.
[282] Opinión Consultiva 9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, 6 de Octubre de 1987. Serie A nº 9.
[283] Ramella, Susana T., en "*Derecho a la Diferencia*", Publicado en Cuadernos de Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto Peña, N° 17, Córdoba, 2007.
[284] Cfr. Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits) judgment of 23rd July 1968, P-34.

2. La praxis en Mendoza: Acceso desigual a la justicia provincial por parte de Mujeres, NNyA.

En la Argentina, la denuncia, en principio cumple con los requisitos formales exigidos por los parámetros internacionales definidos. En este sentido y siguiendo al Dr. Diego Lavado se puede señalar que: "A partir de la segunda mitad del siglo XX, con la irrupción de instrumentos sobre derechos humanos, inicialmente declaraciones y luego tratados o convenciones, se ha generado una significativa transformación del derecho público."[285]

En efecto, en la mayoría de las legislaciones procesales, nacionales o internacionales incorporadas al derecho interno y de aplicación directa[286], existen disposiciones obligatorias con respecto al derecho de la víctima a ser oída, respetada en su dignidad y a recibir un buen trato, garantizada en su integridad física, etc. (estos derechos también se encuentran amparados en las garantías procesales del código procesal mendocino[287]).

Sin embargo y, como auxiliar de la justicia mendocina, quien suscribe el presente trabajo detectó prácticas de actores estatales que se separan ampliamente de los parámetros internacionales de protección señalados en los ítems precedentes. El tema sería ¿cuál es el precio que tiene que pagar la víctima para acceder a la justicia?.

La declaración como denuncia o testimonio es un acto complejo[288]. La primera manifestación es de suma importancia para la investigación pero fundamentalmente para lograr una contención debida. La víctima, sea cualquier delito que denuncie, debe ser atendida con cordialidad, amabilidad, paciencia y con una actitud de escucha. Tanto ella como la persona de su confianza, que la

---

[285] Ídem nota al pie nº 2, con cita de Lavado, Diego en "Lecciones de Derechos Humanos", pág. 15, Mendoza, 2.004. P-21.

[286] Si bien a partir de la reforma constitucional de 1.994 "no hay dudas del sistema monista en el que se inscribe la Argentina en el plano del control regional de derechos humanos (...) Es cierto que ya no podía sostenerse el dualismo desde que la Corte de la Nación confirmó en el fallo "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros" (...). En ese histórico fallo que data de julio de 1992, la Corte Suprema estableció la supremacía internacional de los derechos humanos...". Cita textual de Salinas, Pablo Gabriel, cita nota al pie nº 2. P-28.

[287] Ver Artículo 108 C.P.P. de Mendoza (Ley 6.730 –año 1999- y modificatorias).

[288] "Para la víctima el relato de la victimización comprende: a.) la consciencia del riesgo de muerte; b.) la incomprensión de la violencia sufrida, de su intencionalidad; c.) el esfuerzo psíquico de romper el silencio; d.) la crisis emocional, afectiva de verbalizar la situación traumática; e.) la persistencia de la angustia, miedo y depresión; f.) sentimientos de pérdida personal, de humillación social, de humillación a su dignidad personal; g.) el relato es el intento de una reconstrucción posdelictiva de la vida de la víctima". Cfr. MARCHIORI, Hilda, "*La víctima del delito*", Córdoba, Argentina, Lerner, 1996, P-377.

acompaña (familiar o no), deben ser informados (en un lenguaje sencillo que pueda comprender) sobre la evolución de la causa, cuáles serán los pasos a seguir, y posibles soluciones, además de atender toda otra consulta que sea del interés de la mujer o NNyA.

Tampoco se le brinda debidamente asesoramiento e información relevante sobre el desarrollo de la causa, a lo largo del proceso judicial, como así también sobre la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales, facilitando el acceso a éstos[289]. Sería conveniente que fueran los fiscales o secretarios, en su defecto, a fin de que la información sea fehaciente y no se preste a confusión alguna.

Pareciera un intento de luchar contra esto, la acordada nº 25.032 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza de fecha 18 de junio de 2013, que crea en el ámbito de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, el Servicio de Asistencia a Víctimas y Testigos, que entró en funcionamiento a partir del 20 de agosto del 2013. Y amplia las funciones del C.A.I., incorporando la atención de las víctimas y testigos que sean derivados por las Oficinas Fiscales del Ministerio Público.

Dentro de sus funciones generales se establece las de atender y asistir a las víctimas, escuchar procurando determinar el daño, informar sobre las acciones posibles, derivación para el asesoramiento jurídico, exámenes médicos, psicológicos o sociales, realizar un seguimiento, elaboración estadísticas e informes que correspondan.

Cabe recordar que esto recién se inicia y solo se limita a aquellas personas que fueran derivadas, una vez que ya fueron atendidas en las Oficinas y Unidades fiscales donde el tratamiento sigue siendo el detallado en el presente trabajo, tal vez si no se capacitan y concientizan de raíz el problema, la víctima que no fue tratada en primera instancia conforme a su situación personal, ni siquiera va a querer acercarse al C.A.I. para ser nuevamente atendida.

Por su parte, el 18 de junio de 2013, coincidentemente con la misma fecha la Procuración General de la Suprema Corte de Mendoza en su resolución 300/2013,

---

[289] *"Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas, adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas válidas para el proceso"*. ADC (Asociación por los derechos Civiles) y UNICEF. Septiembre 2.010. P-19.

estableció que debían instruirse a los fiscales de instrucción, fiscales de cámara del crimen y fiscales de instrucción, para que citen a las víctimas o sus causahabientes, coloca diversos plazos de acuerdo a la etapa procesal transitada, a fin de informarle el estado de la causa, el responsable de dirigir la acción contra los imputados, el juzgado encargado de decidir, y hasta el resultado de la sentencia.

Continúan siendo soluciones superficiales a los problemas señalados, porque se sigue instruyendo a las cabezas de las oficinas en el cumplimiento formal de la ley, cuando el trato dirigido a mujeres y niños, en lo sustancial y en su primer contacto con la justicia continúa con la mala praxis basada en estereotipos y criterios de superioridad.

En lo cotidiano, los magistrados no se encuentran en las audiencias y se coloca en acta la transcripción de los artículos de las diferentes leyes que reconocen los derechos de las personas y al firmar el acta la víctima, se dan por entendidos los mismos, su alcance y significación. Sin embargo, la sola transcripción no es suficiente para considerar cumplido este derecho porque la ley utiliza un lenguaje técnico-jurídico que en la mayoría de los casos no es comprendido por la persona suscribiente.

Es fundamental que el fiscal –o autoridad competente- se entreviste con los sujetos del proceso, aunque sea sólo una presentación informal, con la necesidad de que se encuentre presente la defensa del acusado a fin de evitar todo tipo de planteos de nulidad.

Por otro lado, si nos colocamos frente al caso de un niño o niña de corta edad que ha sido víctima de un delito, él o ella deben enfrentar la ausencia de posibilidad física de denunciar[290], sobre todo si el victimario es el adulto que lo tiene a cargo. Ante estos casos, el Estado debe concientizar sobre la denuncia telefónica y/o anónima u otros medios. Además, se puede instruir a los padres y madres en estrategias de prevención y detención de delitos que recaigan sobre sus hijos menores, la confianza que los NNyA tengan hacia sus padres los puede

[290] En el caso que la NNyA se encuentre sola será fundamental identificar si el supuesto hecho habría sido o no reciente y si el autor sería intra o extra-familiar. Es importante en estos casos, intentar identificar y convocar a un adulto legalmente responsable de confianza de la NNyA para que se presente en el organismo y realice la denuncia correspondiente. En el caso que éste no existiera, la denuncia podrá ser iniciada de oficio, pero habrá que convocar al asesor de menores para que vele por la protección de los derechos de la NNyA y la represente para instar a la acción penal. Ídem cit. nota al pie nº 30. P-31.

salvar de consecuencias nefastas. Mientras que en el caso de funcionarios o empleados públicos que toman conocimiento de estos hechos, tienen la obligación legal de denunciar (ejemplo: directores o maestros de escuela).

El Estado además debe dar la certeza de librar a los profesionales –que por motivo o en ocasión de su profesión tuvieron conocimiento-, del secreto profesional. Sobre la posibilidad de contar con información provista por los referidos profesionales vale la pena aclarar que, "en tanto las NNyA están involucradas en el proceso como víctimas y no como imputados, el juez puede relevarlos del secreto profesional lo cual les permitirá aportar la información que consideren pertinente para los fines de la investigación"[291].

Si bien pareciera que frente al caso de NNyA, en un principio existe mayor credibilidad referida a su relato, ya que la actitud de los empleados públicos hacia ellos es menos reticente que la dirigida hacia las mujeres adultas, esto se ve desmitificado cuando los magistrados ordenan su sometimiento a declarar varias veces[292], además de realizarle varios exámenes psicológicos, psiquiátricos y/o Cámara Gesell, cuando solo una entrevista bien hecha, donde se indague sobre la totalidad de las circunstancia del hecho (todo lo cual conste en acta), o en su caso una buena combinación (debidamente justificada) de dos métodos de este tipo de pruebas evitaría la reiteración de declaraciones frente a diferentes actores y la exposición de la víctima.

Aunque sería lo ideal, en los ámbitos judiciales donde se toman las denuncias, es poco probable que exista un equipo especializado en niñez y adolescencia (Organismo de Protección Integral de NNyA, Oficina de la Mujer,

---

[291] Idem cit. nota al pie nº 30. P-43.

[292] En Argentina, jurisprudencia minoritaria, con buen criterio, ha señalado que: "Considerando el amplio marco jurídico tendiente a la protección del menor en nuestro país –especialmente por las previsiones en los tratados a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional– resulta irrazonable una nueva convocatoria de un menor para ampliar su declaración testimonial, sobre todo, cuando calificados profesionales en el área terapéutica aconsejan la no realización de esa medida por los efectos negativos que pueden acarrearle a su paciente, más aún cuando el menor ya depuso testimonialmente en tres oportunidades, debiendo buscarse las posibles contradicciones en los testimonios que el niño prestó, en las constancias de la causa. (...) Es de destacar que el presente proceso lleva más de siete años de duración, en el cual se dictaron sucesivamente procesamientos, sobreseimientos y declaraciones de falta de mérito, por lo que corresponde recomendar a los señores magistrados intervinientes, teniendo siempre presente el interés superior del niño, la pronta solución de estas actuaciones, sin que tal afirmación signifique un adelanto de opinión sobre el futuro desenlace de estos actuados". Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, causa 2681, "N., B. s/ recurso de casación" del 21/11/02.

etc.). Por su parte, su derivación hacia estos es obligatoria, para su tratamiento inmediato y contención, para el resguardo de su seguridad psíquica, para la evaluación del riesgo (por ejemplo, de que se reiteren los hechos denunciados u de otros tipos que pongan en peligro la vida de la víctima, su integridad física y psíquica, su propiedad, etc.) y para determinar la necesidad de tomar medidas preventivas (por ejemplo, exclusión del hogar o prohibición de acercamiento, custodia, alojamiento, etc.).

En la justicia de familia, el mismo día que se realiza la exposición sobre violencia en contra de mujeres y niños, se lleva a cabo los exámenes psicológicos a los integrantes de la familia, se le da intervención a la Asesora de Menores e Incapaces para que oiga lo que tienen que decir los niños, niñas o jóvenes involucrados[293] y con su resultado se implementan medidas cautelares de gran importancia como: "prohibición de acercamiento" y "exclusión del hogar" [294]. Se debe contagiar al ámbito penal de esta celeridad, porque la protección y el bienestar de NNyA deben ser asumidos como un valor primordial a alcanzar a lo largo de todo el proceso.

En otro tipo de casos, que pueden ser conexos, cuando la víctima de violencia física o sexual es una mujer adulta, recibe escepticismo por parte de los empleados al momento de denunciar, quienes no están capacitados, cuando no concientizados, suficientemente en la materia[295]. Lo paradójico es que, cuando

---

[293] El Derecho a ser oído debe poder ser ejercido desde el primer contacto con el órgano judicial y extenderse a todo el proceso. "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse en juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos lo 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 procedimientos de la ley nacional. *Convención sobre los derechos del niño, (cit. nota al pie nº 12) artículo* 12.

[294] El trabajo coordinado entre los múltiples organismos estatales y privados involucrados debe, además de centrarse en la investigación, asegurar la protección y el bienestar de la NNyA y su familia durante todo el proceso y aún finalizado si el caso así lo requiriese.(...) Por ejemplo, es frecuente que el familiar implicado –padre o padrastro- sea el sostén económico del grupo familiar, lo cual supone una particular dependencia de las víctimas. Ante esta situación resulta fundamental que los funcionarios que trabajan en el caso tengan esto en cuenta e impliquen a los múltiples organismos del Estado para brindar el resguardo y la asistencia psicológica, social y económica a la NNyA y a su familia acorde a las particularidades del caso. Cfr. *"Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas, adolescentes..."*. (Cit. nota al pie 30). P-10.

[295] La Convención Belem do Pará dispone que los estados partes convienen en adoptar, en forma progresiva, inclusive programas para fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención,

una mujer realiza una denuncia sobre robo u otro tipo de delito, no se le realiza un examen psicológico para descartar si es mitómana o tiene tendencia a fabular, examen que sí se lleva a cabo cuando se denuncia un delito en contra de la integridad sexual.

Esta actitud reticente -que cabe subrayar no acorde a la situación personal en la que se encuentra la víctima- se traduce en preguntas, consistentes en culpabilizar a la denunciante por la extensión del daño y su duración en el tiempo, a modo de ejemplo, luego de preguntar:¿Desde cuándo abusa de usted o desde cuando es violento?, se consulta: ¿por qué no denunció antes?, ¿por qué no pidió ayuda? Todo lo cual no colabora con la investigación penal y en consecuencia al descubrimiento de la verdad, y ante ello deben suprimirse del modelo de formulario de denuncia y de las prácticas judiciales.

Independientemente de lo anterior, el interrogatorio que se lleva a cabo por parte de los funcionarios como de la defensa del imputado debe orientarse al delito investigado. De esta forma no será necesario que la víctima hable de otras situaciones referidas a su vida privada (la que no es el objeto de la declaración por lo que no es pertinente ni corresponde indagar sobre ella), preservando su intimidad.

Se garantizaría, además, el derecho de defensa del imputado, quien podrá planear su defensa conforme a los hechos acusados y no a un hecho no precisado ni tipificado con exactitud. Así, se detectó que la defensa del imputado interrogaba sobre el tiempo de noviazgo que llevaba la víctima que había denunciado abuso sexual por parte de su padrastro. Este tipo de preguntas, además, suelen reducir la predisposición a hablar de la víctima, pudiendo afectar su colaboración con el proceso.

En una situación similar se encuentra la mujer víctima de violencia doméstica, generalmente de escasos recursos económicos-culturales, quien pasa a ser "clienta" de la oficina (así se suele llamar a las personas que por su situaciones personales acuden diariamente a los Tribunales y oficinas fiscales con la finalidad de denunciar).

---

sanción y eliminación de la violencia contra la mujer. "Convención Belem do Pará" (cit. nota al pie 11). Art. 8.

Pareciera que se ha instalado en los auxiliares la sensación de perder el tiempo, porque "mañana va a volver con el tipo que la golpea" o "porque pareciera que le gusta que le peguen", "hay mujeres que inventan estas cosas para sacar al marido de la casa, y ahí nomás meter al otro que tiene", son algunas de las expresiones cotidianas que los empleados judiciales emiten en público sin pudor alguno.

Luego de esto, la mujer se retira con la sensación de haber sido revictimizada, no querrá regresar, o lo hará pero se retractará, dirá que no quiere continuar con esto, porque no tiene con quien dejar a sus hijos, porque es de lejos y no puede pagar el pasaje, o porque su patrón/a no le da permiso para faltar al trabajo y corre el riesgo de perderlo. Ejemplos de frases expresadas por las víctimas citadas a posteriori de la denuncia y que tienen como consecuencia directa la impunidad del o los agresores.

Se insiste, este tipo de visión prejuiciosa que acompaña a los empleados y se traduce en su labor diaria es maltrato institucional, y es absolutamente retrógrado e ignora completamente los avances en materia de género[296], desde el simple gráfico del círculo de la violencia hasta los parámetros internacionales sobre protección de la mujer en situación de vulnerabilidad, de cumplimiento obligatorio para cada sector público estatal.

Si bien, el exceso de trabajo en las oficinas encargadas de recibir denuncias puede ser un obstáculo para el cumplimiento de los parámetros internacionales, sin embargo cuando se trata de una persona que se encuentra detenida o privada de su libertad (imputado), las medidas a tomar llegan a tiempo, porque la ley establece un plazo específico para ello y es seguido al pie de la letra por los funcionarios y auxiliares. Se concluye que pueden respetarse los derechos de los denunciantes y testigos en tiempo y forma, en idéntica aplicación de la ley como los derechos de los imputados:

---

[296] "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"; Cfr. Ley De Protección Integral A Las Mujeres (26.485) Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales Sancionada: Marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009. Artículo 6, inciso b.

"... la igualdad ante los tribunales derivado de la dignidad personal y como corolario del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), la legislación supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) establece que "todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia" (art. 14.1, PIDCP). Ello requiere que se acuerde tanto a la víctima que reclama investigación y juicio, como al *imputado*, durante el proceso penal, un trato que será *igual*, cualquiera sea su condición personal: no puede haber ni privilegios ("ley privada") ni discriminación de ninguna naturaleza... (...) Por eso también desde eta perspectiva habrá que esforzarse seriamente en revertir la tendencia implícita selectiva de la persecución penal hacia integrantes de grupos socialmente más vulnerables (un área en que la discriminación se muestra con mucha crudeza) quienes, en cambio, cuando resultan víctimas de un delito, generalmente se topan con la indiferencia estatal."[297]

C. El procedimiento

1. Medio de investigación y herramienta de protección:

La actividad de los funcionarios y empleados estatales en el marco de la investigación penal, tiene como objetivo principal la búsqueda de la verdad del hecho señalado como ilícito y eventualmente el castigo de los responsables. Esto se traduce en darle prioridad a la represión del delito ante las obligaciones estatales de protección[298].

En particular, la víctima es preguntada por su conocimiento sobre los hechos investigados, qué relación familiar o de amistad tiene con el acusado y sobre todo aquello que pueda ser de interés a la investigación a fin de delimitar el hecho para su calificación penal. Sin embargo, no se le consulta si depende económicamente de la persona denunciada, si vive con ésta, si necesita llamar a alguien para que la venga a buscar, si tiene dinero para el transporte público, si necesita atención

[297] Cafferata Nores, José I. "Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino". CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). Editores del Puerto s.r.l.. Buenos Aires. Año 2.000. P- 24/25.

[298] "La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a: e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia". Art. 108 inciso f) y e) C.P.P. Mza. Ley 6.730. Cit. nota al pie nº 28.

médica que le pueda brindar el Estado, o simplemente si necesita realizar una llamada telefónica, etc. Todo lo cual demuestra que el bienestar de la mujer, NNyA víctima o testigo pasa a un segundo lugar[299].

Es por ello que previo a determinar medidas de investigación específicas, el órgano judicial interviniente debe ordenar que se lleve a cabo todo tipo de providencia necesaria para poner fin al delito y sus efectos[300], además de derivar a la víctima hacia otros actores sociales que cumplan una función terapéutica y de colaboración con ella[301]. Lo ideal sería, que estas providencias se efectuaran luego de que brinde declaración, así se evitarían cuestionamientos sobre influencias del contexto.

Todo tipo de atención debería ser guiada por un protocolo específico para cada área –creado por profesionales de diferentes disciplinas-, en cuya creación están obligados a participar los funcionarios estatales. En lo referente al ámbito jurídico penal, en particular, se debe tener un criterio de actuación unificado a fin de evitar que los derechos y garantías de mujeres y NNyA queden librados al criterio de los diferentes magistrados intervinientes, siendo éstos variables imprevisibles.

Es muy importante el trabajo interdisciplinario y la coordinación (en red) de los distintos actores para recabar las pruebas necesarias sin que esto implique un esfuerzo e incomodidad excesiva para la víctima y los testigos. La unificación de

---

[299] "La víctima es frecuentemente tratada en el ámbito judicial con insensibilidad, sin tenerse en cuenta que los sucesos por los cuales ha intervenido la justicia son de tal magnitud que la han marcado para siempre; que llega dolida, confundida, con sentimientos que la atormentan y que lo último que necesitan es una nueva victimización". Cfr. *Orientación Técnica Institucional*. IIN- OEA. N°1- 2.008. Documento de Circulación General. Instituto Latinoamericano del Niño, la niña y Adolescentes. Montevideo, Uruguay. 01 de febrero de 2008. www.iin.oea.org . P-15.

[300] "Al momento de ordenarse judicialmente medidas legales de protección como la exclusión del hogar del presunto abusador o la institucionalización del niño, resulta imprescindible contar con la mayor información posible. No sólo de la que pueda brindar la víctima y su grupo conviviente, sino además, el valioso aporte de los especialistas - psicólogos, asistentes sociales, asesores de menores, psicopedagogos, docentes, etc.-, área desde la cual se va a realizar la intervención asistencial. Allí, es necesario un planeamiento interprofesional cuidadoso, especialmente cuando se trata de abuso intrafamiliar". *"Orientación Técnica Institucional"*. (Ídem nota al pie anterior) P-15.

[301] "La intervención asistencial -incluida la terapéutica-, tiene como objetivo la protección del niño teniendo en cuenta las necesidades que su particular situación imponen. Consecuentemente se busca resolver los conflictos emocionales tanto del niño como individuo -alivio del sentimiento de culpa, temor y confusión-, como en su calidad de ser social. Para esto último es indispensable tener en cuenta el contexto global en el que vive, buscando facilitar la formación de vínculos no abusivos". Cfr. *"Orientación Técnica Institucional"*. (Ídem nota al pie), P-15.

actuación de los distintos actores posee beneficios fundamentales: el ahorro de recursos humanos y de infraestructura.

Por otro lado, se podría descentralizar la actuación de estos actores para que su importantísimo aporte pueda llegar a una mayor cantidad de personas y en mejor calidad, sería el caso de hospitales o centros de salud móviles, asesoría jurídica gratuita, etc. que puedan dirigirse al domicilio de aquellas personas afectadas por el delito que viven en lugares alejados.

En cualquier momento, todos los profesionales intervinientes deben tener una actitud dispuesta a evacuar las dudas que se presenten, en caso que no sean sobre aspectos de su materia, deben comunicarle a la víctima o a la persona de su confianza que la acompaña, quienes o qué entidad puede responder ese tipo de interrogantes, (por ejemplo: en caso que ante un examen clínico se consulte dónde puede solicitar ayudar psicológica).

En particular al instante de un examen físico, la médica debe brindar a la mujer o NNyA "la información acerca de los resultados de la evaluación que sea suficiente y necesaria para brindarle tranquilidad (...). Se le debe informar el tratamiento que debería realizar y los recaudos que debería tomar, en caso que estos fueran necesarios"[302].

Durante todo el proceso, se debe respetar el derecho a ser oído (art. 12 CDN), una interpretación dinámica de esta norma, sistemática y acorde a los parámetros internacionales de protección de la niñez y adolescencia, ha llevado a la jurisprudencia, a considerar que los NNyA pueden constituirse como querellantes particulares en aquellos procesos donde se encuentren involucrados[303].

Así, "el derecho de ser oído no implica sólo ser formalmente escuchado, sino también a tener conocimiento del proceso y de cada uno de sus actos y etapas,

---

[302] *Gula de buenas prácticas...*" (Cit. nota al pie n° 30) P-38.

[303] "Debe acudirse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el artículo 75, inc. 22 de la CN, que otorga a los menores –a criterio de esta Sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (Artículo 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infra-constitucional (en este caso el artículo 82 del CPPN), restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 22.475, "S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante", del 18/03/04).

poder ofrecer prueba de cargo y estar presente como acusador privado en las audiencias. En esta inteligencia, las normas sobre la capacidad procesal y la representación legal ineludiblemente se armonizan y adecuan a la nueva configuración de nuestro ordenamiento jurídico, compatibilizándose con los lineamientos de la CDN en este caso"[304].

Dos figuras que "hablan" por las víctimas en el proceso son el Asesor de Menores e Incapaces, quien ejerce una representación promiscua de los intereses del NNyA y la figura del Abogado Oficial de Querellante Particular[305], quien es el encargado de resguardar los intereses de las víctimas, entre ellas mujeres de bajos recursos, son figuras que cuya existencia implicaría la posibilidad de la intervención efectiva de mujeres y NNyA en los procesos penales.

En este aspecto, se considera que debe seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que señaló que al no otorgarle intervención al Ministerio Público, se vieron comprometidas "las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en pie de igualdad y el derecho a ser oído, tutelados —con relación a los menores— por la Constitución Nacional y recordó la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador citando el art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema—, y la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 12 inc. 2º y 26 inc. 1º"[306]. Falla la práctica cuando los menores de edad, son acompañados por sus padres o algún adulto responsable, y no se le da intervención al asesor porque se considera, erróneamente, que esta es superflua y por lo tanto innecesaria.

---

[304] FREEDMAN, Diego y TERRAGNI, Martiniano, "Introducción Normativa: Los derechos de niños, niñas y adolescentes..." Publicado en "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas" protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia". Facultad de Derecho de UBA, 23 y 24-4- 2009. ADC –Asociación por los Derechos Civiles-, JUFEJUS –Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires- , UNICEF. P-237/238. P-10.

[305] Ambas figuran forman parte del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, encargado del asesoramiento, asistencia y representación en sus ámbitos específicos. Cfr. Ley 8008, Ley Orgánica Ministerio Público. Poder Judicial. Procuraduría General. Funcionarios Fiscal Defensa Pupilar de Mendoza, 30/12/2008. Artículos 11, 38, 48 y 50.

[306] "Sobre esta base, el Tribunal decidió declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin la participación previa del Ministerio Público de la Defensa y ordenó la devolución de la causa al tribunal de origen a fin que se produzca la intervención del Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en el dictamen del Sr. Procurador General". Cfr. TOSELLI, Juan Carlos. *"La necesaria intervención del Ministerio Pupilar: finalidad, función y legitimación procesal"*. Publicado en: DFyP //2011 (Enero, 263 • LA LEY 29/03/2011, 3 • LA LEY 2011-B , 338. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2010-07-06 ~ Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c. Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Argentino.

Otro tanto sucede con el querellante particular, al no referirle debidamente a la víctima la posibilidad gratuita de intervenir en el proceso se la condiciona a tener una actitud pasiva durante el mismo. Posibilidad que sí se le otorga al imputado, al señalársele en el acta de su imputación su derecho a elegir un abogado de su confianza y en caso de que no tenga uno o no pueda pagarlo el Estado se lo proveerá.

A este respecto, conviene recordar que la Corte I.D.H. señaló que "para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas[307].

La participación activa tiene su fase más importante en la posibilidad de compulsar el expediente y presentar prueba, cuya valoración influirá en la toma de decisión sobre el conflicto, esto hace el derecho de defensa en juicio y al principio contradictorio. Si bien, existe la posibilidad cierta y formal de ello como parte del proceso, en la práctica no siempre es aceptada y producida con facilidad, toda vez que el nuevo rol del querellante particular, una figura relativamente nueva en los procesos penales, aún se conserva la sensación de que su participación se convierte en un obstáculo para los fines del proceso.

Volviendo al tema de la declaración, y sin perjuicio de lo dicho en relación a la denuncia, un mecanismo de protección recientemente puesto en práctica, es la Cámara Gesell, mediante el cual la declaración de niños, niñas y adolescentes menores de 16 es tomada en una sola oportunidad, por parte de un especialista, con la presencia del juez o fiscal, según si se efectúa en la etapa procesal de

[307] O.C.-17/2002. Cit. nota al pie nº 13. Párr. 97.

debate oral o instrucción preparatoria correspondientemente, y las partes en otra sala siguiendo el acto a través de un vidrio o un televisor (imagen y sonido), entre otros mecanismos posibles[308].

Cabe aclarar que esta herramienta que ha dado resultados muy positivos para el proceso como para la víctima NNyA, en Argentina, es de utilización obligatorio en los juzgado con competencia federal, donde se aplica los artículo 250 bis y ter[309] del C.P.P.N., mientras que en varias provincias del país, incluida Mendoza, su utilización queda librada al criterio de fiscales y magistrados al no existir disposición procesal que establezca su obligatoriedad o la de algún sistema similar[310].

Luego de la declaración inicial, los empleados judiciales le entregan a quien denuncia, de forma casi automática, un oficio (modelo) para que se dirija a los organismos encargados de efectuar las pericias psicológicas y/o físicas, según corresponda. La realidad demuestra que no todos los casos son similares y que cada uno merece una atención específica, es por ello que se propone que en los casos en que resulta lesionado el interés de mujeres, NNyA, sea la autoridad a

---

[308] Creada por el psicólogo estadounidense Arnold Gesell (1880-1961). Los beneficios de este sistema son notorios y se traducen en la posibilidad de que el testigo o víctima sean citados a declarar una sola vez porque la entrevista queda grabada a disposición del Tribunal a cargo o Fiscalía encargada de la investigación, y a la cual tiene acceso la defensa del o los imputados, el que además de haber tenido la posibilidad de participar en la entrevista y formular preguntas a través del profesional entrevistador (licenciado/a en psicología o persona capacitada en materia de niñez y adolescencia, resultando pertinentes, teniendo en cuenta, además, sus condiciones personales, situación sociocultural y edad), por lo que el ejercicio de la defensa en juicio se vería incólume.

[309] Esta posición llevó a que la República de Argentina, pionera en este terreno, aprobara la reforma del sistema penal para evitar la revictimización de los niños y niñas víctimas de abuso sexual. La reforma consistió en la incorporación del artículo 250 bis y 250 ter al Código Procesal Penal de la Nación (Ley 25.852), en el año 2003, el cual establece que en el caso de ser niños o niñas que al momento de comparecer no hayan cumplido 16 años de edad se seguirá un procedimiento especial (...). Mientras que el artículo 250 ter, establece que: Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis. "*Orientación Técnica Institucional*". (Cit. Nota al pie nº 40) P-11.

[310] "Sin embargo, la manera en que hasta ahora ha sido incorporado a las normativas provinciales es muy dispar, así como su ejecución. De modo que, según en la jurisdicción territorial donde se encuentre un menor víctima y testigo de delitos de abuso sexual, puede declarar en una sola oportunidad, interpelado sólo por un psicólogo, en una sala especialmente equipada (declaración que es grabada en video para ser reproducida en las distintas instancias de un juicio), o tener que declarar varias veces frente a un juez, fiscal y las partes, en un espacio que no garantiza la preservación de su privacidad." Cfr. FELLINI, Zulita, *"Estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los niños víctimas y testigos en sede judicial"*. Publicado en: cita nota al pie nº 46. P-44.

cargo de la causa (fiscal o juez) quien deba decidir sobre la necesidad y procedencia de realizar un examen médico forense en cada caso concreto.

Así, se ha detectado que aunque la víctima en su declaración haya denunciado simples tocamientos, innecesariamente se la envía a realizar un examen ginecológico completo, por lo que es preciso que "Al solicitarlo deba especificar el tipo de examen requerido según el hecho presunto (lesiones genitales, para-genitales, extra-genitales, golpes, ataduras) y el plazo dentro del cual éste precisa ser realizado, de acuerdo a protocolos estandarizados específicos"[311].

Tristemente, esta necesaria inmediatez se ve paralizada a raíz de que los organismos judiciales especializados atienden en horarios administrativos y en lugares fijos, muchas veces de difícil acceso para las víctimas de bajos recursos y/o zonas alejadas.

En el caso planteado, la víctima debe ser atendida por la guardia de un hospital público o centro de salud, teniendo ello dos inconvenientes, el primero y principal es que puede no contar con la especificidad y capacitación de los profesionales que la atienden. Y segundo, que la prueba recabada parecería no tener la validez para la investigación que tiene la realizada por los peritos oficiales (ejemplos en el orden local de ellos son: Cuerpo Médico Forense, Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario), todo lo cual conlleva a que la víctima sea sometida con posterioridad a otro examen médico[312] o psicológico innecesario.

Así, se ha detectado que una víctima ha pasado por informes psicológicos del Cuerpo Médico Forense, del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (Poder Judicial), del Programa de Atención Integral al Maltrato de la Niñez y adolescencia (Ministerio de Salud), del Programa de Asistencia a la Víctima (Ministerio de Seguridad), además de su psiquiatra particular, teniendo como resultado su revictimización[313].

---

[311] *Guía de buenas prácticas...*" (Cit. nota al pie n° 30) P-36.

[312] En el caso de las lesiones físicas, si pasan varios días inhábiles (feriados o fines de semana), el certificado médico del Médico de Sanidad Policial, sólo podrá expresar: "que la víctima refiere...", sin poderse constatar efectivamente.

[313] "Que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características

Por ello, debería existir un completo servicio dependiente del Poder Judicial con médicos forenses que cuenten con un lugar privado, disponible, equipado y móvil para que la mujer, NNyA "puedan ser examinados con los medios técnicos adecuados para constatar lesiones, tomar fotografías y recoger rastros biológicos"[314], si correspondiere (siempre explicándole a la víctima su utilidad y conveniencia de manera clara y sencilla). Se debe sumar a ello el criterio de que este examen es prueba o indicio suficiente, salvo casos excepcionales.

Otra práctica poco utilizada en el ámbito penal (no así en el de familia) son los informes sociales realizados por licenciados/as en Trabajo Social, estos sirven para para comprender el contexto, vida familiar o cualquier otra circunstancia en las que se desarrolla la mujer o NNyA y resultarían primordiales al momento de aplicar medidas de carácter preventivo y una investigación completa sin prácticas intromisivas o desubicadas a lo largo del proceso.

En otra etapa del proceso, ya en la audiencia de debate oral (donde se cita nuevamente a declarar), se aconseja que el imputado no se encuentre en la sala de debate a fin de evitar "silenciar" a la víctima (de delitos contra la integridad física, psicológica y sexual), por la evidente coacción moral que puede ejercer su presencia sobre quién debe contar y revivir el daño sufrido[315]. Además, se debe permitir que quien declara vaya acompañada por una persona de su confianza que se es a su lado durante la audiencia.

En este caso en particular, al encontrarse necesariamente el Juez/a en la sala de debate presidiéndolo, es el encargado de velar por el respeto hacia la víctima y testigos, llamando la atención[316] de forma verbal en el instante mismo en el que tanto fiscal o defensor formulen preguntas innecesarias o impertinentes[317].

---

personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales". Cfr. Considerando 5° del voto de la Dra. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO, C.S.J.N. Causa n° 2222, Fallo - Gallo López, Javier, 07/06/2011.

[314] La posibilidad de tomar fotografías, así como de extraer rastros biológicos tiene el beneficio de evitar una nueva citación para realizar un examen posterior, debido a que las pruebas recabadas quedan correctamente recolectadas y de esta forma, no es necesaria su reproducción. *Guía de buenas prácticas...*" (Cit. nota al pie n° 30) P-36/37.

[315] La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, entendió en este sentido al establecer "que en la audiencia oral la menor estuvo callada porque "estaba sola y con la presencia de sus familiares abusadores, cuya presencia la inhibía e intimidaba al punto de no poder hablar de los actos de abuso sexual a los que era sometida por su padre y hermano ante la indiferencia de su madre". Causa n° 92.793, "Fiscal c/Videla A. y otros p/ Abuso sexual...", 22/08/2008.

[316] "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir,

Al respecto, se debe resaltar con énfasis la resolución emanada de la Corte Suprema de la Nación Argentina, donde al revocar una sentencia se expresó "Que los jueces deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima. La sentencia anulada por la Cámara de Casación había garantizado el cumplimiento de esos parámetros y si bien es cierto que para ello necesitó restringir el derecho a interrogar del imputado, lo hizo en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, con argumentos pertinentes que se basaron en un informe médico que demostró objetiva y concretamente, superando toda mención genérica, el alto riesgo que para su salud mental una decisión en contrario podía aparejar"[318].

D. La sentencia o decisiones:

Como se señaló al principio de este trabajo el Estado tiene el deber de procesar y condenar. El dictado de una resolución y sobre todo de una sentencia son tareas sumamente complejas que sólo deberían ser llevadas a cabo por los magistrados porque coartan la libertad personal y el honor de la persona sometida al proceso penal. Sin embargo, son conocidos los casos en que magistrados delegan a su personal a cargo la lectura de las causas, la interpretación del derecho y la palabra final sobre el conflicto instaurado.

Por otra parte, hay en las investigaciones preliminares, como en las resoluciones de fondo, disposiciones contradictorias, confusas que llevan a la

sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación..." Artículo 7 de la Convención Belem Do Pará. (cit. nota al pie n° 11).

[317] "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos), Artículo 11.

[318] Del voto de la Dra. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO, C.S.J.N. Causa n° 2222, Fallo - Gallo López, Javier, 07/06/2011.

toma decisiones que, en definitiva, promueven la impunidad, el sentimiento de inseguridad y ausencia de justicia, ejemplo de ello, el caso de las chicas desaparecidas Johana Chacón y Soledad Olivera, en el departamento de Lavalle.

Cabe preguntarse si la garantía constitucional de imparcialidad del Juez puede extenderse a las personas que forman parte del tribunal, se debe responder de forma afirmativa a éste interrogante pues este ha sido uno de los aportes más significativos de la legislación supranacional de derechos humanos[319].

1. Resarcimiento e indemnización

Habitualmente las sentencias y resoluciones de fondo poseen el inconveniente de no hacer referencia al resarcimiento o la indemnización del daño sufrido[320], toda vez que para ello la víctima debiera constituirse en "actor civil" (ejemplo artículo 24 del C.P.P. de Córdoba y 33 del C.P.P. Mendoza), lo cual depende, además, de la información otorgada a la misma durante el proceso por los actores estatales. Cuando es el propio Código Penal en sus artículos 29 y consecutivos quien establece como facultad del juez la imposición de la indemnización de los daños sufridos por la víctima y el privilegio en el cobro por encima, incluso de los gastos del juicio.

Y, de acuerdo a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder[321], el Estado deberá establecer y reforzar los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean

---

[319] Se sigue el criterio adoptado por el Dr. Cafferata Nores en ob. cit. nota al pie nº 38. P-30.

[320] Se entiende: "El daño moral, como *"toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuida a otra"* Resolución de la Corte A.D.H.del 15 de enero de 1988, Casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras 2003. Mientras que "[E]l daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, [...], mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine [...] en términos de equidad, así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones de los derechos humanos". *Cfr. Caso Neira Alegría Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 57; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 405, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 179.

[321] Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Artículo 5.

expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Además, al hacer referencia al "resarcimiento", la Declaración citada establece que el mismo comprenderá: la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos (artículo 8).

"En cambio, la expresión "justa indemnización" que utiliza el artículo 36.1 de la C.A.D.H., por referirse a una *parte* de la reparación y dirigirse a la "parte lesionada" es compensatoria, no sancionatoria." [322]

Pero fundamentalmente se establece que los gobiernos "revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales" (art. 9).

En el caso de la indemnización los parámetros internacionales establecen que cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente a las víctimas en determinadas circunstancias, a saber aquellas que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves, a su familia, a personas que la víctima fallecida o incapacitada tenía a su cargo[323].

En Mendoza, la legislatura sancionó la ley 7.481[324] la cual crea un fondo de compensación para las víctimas de delitos violentos de carácter sexual. Esta ley que propone una interesante colaboración para las víctimas de abuso sexual fue sancionada en el año 2.008, sin tener aun reglamentación de parte de Poder Ejecutivo provincial, lo cual la convierte en letra muerta.

Puede ocurrir, que el daño sufrido por la víctima no pueda compensar con dinero o sea necesario complementarlo con otro modo de satisfacción, debido a su puro interés espiritual o afectivo (ej.: que durante el proceso el honor de la

---

[322] Cafferata Nores, ob. cit. nota al pie nº 38. P-58/59.
[323] "Declaración sobre los principios fundamentales...", (cit. nota al pie nº 57), artículo 12.
[324] Ley 7.841. Mendoza. B.O.: 07/07/2008. Fondo de compensación victimas delitos violentos contra integridad sexual. Creación sistema SAVIC. Funciones.

víctima se haya visto perjudicado debido al actuar del imputado, medios de comunicación o incluso los propios empleados estatales). En estos casos la Corte A.D.H. ha dispuesto como medida de satisfacción que el Estado publique en un diario oficial la parte resolutiva de la sentencia[325].

2. Rehabilitación de la víctima:

Al respecto la Convención Belem do Pará, obliga al Estado a ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social (artículo 8 inciso f).

Mientras que la CDN, establece que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica[326] y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño (artículo 39)[327].

Como parte de la rehabilitación de la víctima, se aconseja la integración con los municipios, quienes pueden acercar ayuda de carácter económico, pases gratuitos del transporte público, mercadería, servicios de jardines maternales, etc., que facilitan de forma considerable la reintegración social de la misma.

3. Ejecución de Sentencia:

La protección procesal debe extenderse aún luego de la sentencia. La finalidad de la pena conminada al agresor (o las condiciones a las cuales es sometido en los casos de ejecución condicional) es la resocialización del mismo.

---

[325] Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, punto resolutivo 5 d); Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 415, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 199.

[326] "En caso de no contar con especialidad en esta materia, considerar remitir al niño o niña a un especialista en acuerdo con el Juzgado o Tribunal y a costa del ofensor" Cfr. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Montevideo, Uruguay E-mail: direcciongral@iinoea.org Tel 00 (598) 2 487 21 50 www.iin.oea.org

[327] En idéntico sentido el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. artículo 9, inciso.

Conforme a la ley de aplicación[328] en el territorio nacional y las prácticas de los profesionales del Organismo Técnico Criminológico y del Consejo Correccional, el criterio general para otorgar los beneficios del sistema progresivo de libertad son el respeto de las normas de convivencia intramuros, y su posible readaptación a la sociedad una vez cumplida la condena.

Es por ello que se aconseja que en relación a la ejecución de la pena y los beneficios solicitados con posterioridad, los profesionales que acompañan al condenado en este proceso realicen un análisis contextual y un tratamiento específico en materia de pareja, género, adolescencia, niñez, violencia, abuso sexual, etc., de acuerdo al delito por el cual fue condenado y las características particulares de las víctimas, a fin de evitar futuras lesiones a los bienes jurídicos de éstas u otras personas.

III. Prevención

Si bien esta etapa es previa a todo proceso penal donde el conflicto ya se encuentra instaurado, los Estados se han comprometido ante la comunidad internacional, además de investigar y sancionar, primeramente a prevenir violaciones a los derechos humanos.

Desde este punto de vista, es posible evitar que mujeres, NNyA se vean vulnerados porque se tiene la conciencia de que las secuelas de la mayoría de los tipos delictuales sufridos por estos grupos de individuos, tardan mucho en enmendarse (lesiones físicas, maltrato psicológico, abuso sexual en todas sus variantes, promoción a la prostitución, corrupción, etc.) O, incluso pueden llegar a ser irremediables (homicidio).

Siguiendo este criterio, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas[329]. Ello conlleva el deber especial de

---

[328] Ley N° 24.660 de Ejecución de La pena privativa de la Libertad. Publicada En B. O. El 16 De Julio De 1996. Artículo 17 y ccs.

[329] La CIDH establece el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres, en el caso de *Maria da Penha Fernandes*. Como parte de su resolución, la CIDH estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial en

protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias[330] y violentas.

La mencionada obligación, ha sido reconocida en los distintos tratados internacionales de forma explícita, sin embargo, en la generalidad de los casos, el derecho interno sólo ha incorporado normas relacionadas con las consecuencias del ilícito, sin cumplimentar con las exigencias sobre prevención del mismo[331].

A. Marco legal internacional

La Convención Americana, la Declaración Americana y la Convención de Belém Do Pará, consagran el derecho de las mujeres de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a actos de violencia. De acá se deriva la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir[332], investigar, sancionar y reparar estos actos[333].

La Convención de Belém do Pará, en particular, refleja una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, su relación con la discriminación históricamente sufrida, y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla[334].

---

casos de violencia doméstica. Cfr. CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 66.

[330] Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

[331] "Si bien es cierto que en la provincia de Mendoza se trabaja desde hace mucho tiempo en la prevención de revictimización de niños y niñas con acciones concretas, este aspecto debe concretarse en una ley para no quedar al arbitrio de los fiscales, jueces o camaristas del crimen. Así lo entendieron hace dos años en la H. C. de Senadores de la provincia de Mendoza, presentando el proyecto de ley que consta en expte. 0000053252, que tiene como antecedente la ya sancionada ley 7303 (1/12/2004), cuyo tema central era la creación de un "Programa Provincial de Prevención Primaria", proyecto que en la actualidad no ha sido aprobado. Cfr. FONTEMACHI, María A. en *"Niños y niñas, víctimas y testigos. Utilización de la tecnología, cuestión de justicia y derechos"*, publicado en "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas" (cit. nota al pie n° 46), P-237/238.

[332] Se sabe que el universo de esta problemática reviste contornos difusos, de difícil reconocimiento, y debe tener en mira principalmente la *prevención* y no la sanción como respuesta penal. La criminología siempre ha estudiado y analizado unilateralmente al delito, desde el punto de vista del delincuente en sus primeros estadios, y ha dejado al margen la personalidad de la víctima, que como afirmamos tiene un lugar en las ciencias penales desde épocas relativamente recientes. Cfr. MARCHIORI, Hilda, *"La víctima del delito"*, (cit. nota al pie 25), P-11 y ss.

[333] *"Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud. Comisión Interamericana de Derechos Humanos"*; OEA, Doc.65, 28/12/2011. P-4.

[334] Véase *"Acceso a la Justicia de Mujeres..."* (Cit. nota al pie n° 10). P-15. Párr. 32.

Asimismo, se desprende del texto de la CDN, que los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Agrega que esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial[335].

Finalmente, y sin agotar la lista de tratados internacionales que reconocen el tema, la Convención de Derechos de los Jóvenes, establece que, los Estados tomarán todas las medidas necesarias para la prevención de la explotación, el abuso y el turismo sexual y de cualquier otro tipo de violencia o maltrato sobre los jóvenes, y promoverán la recuperación física, psicológica, social y económica de las víctimas.

B. Políticas públicas a implementar:

En aplicación de los parámetros internacionales de derechos humanos sobre prevención de la victimización primaria, se consideran medidas a corto plazo que debe llevar a cabo todo Estado para lograr el acceso a la justicia de forma efectiva tanto para mujeres y NNyA:

---

[335] "Si bien todas las notificaciones de violencia hacia los niños deberían investigarse adecuadamente y asegurarse la protección de los niños contra daños importantes, el objetivo (de los mecanismos de notificación y remisión de denuncias por agresión) debería ser poner fin al empleo por los padres de la violencia u otros castigos crueles o degradantes mediante intervenciones de apoyo y educativas, no punitivas". Cfr. Observación General N° 8 (2006), *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (art. 19, párrafo 2° del art. 28 y art. 37, entre otros) de 21-8-2006, párrafo 40.

1. En cuanto al ámbito socio-cultural:

Modificar de forma progresiva los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres basados en prejuicios, superioridad y estereotipos sexuales, como así también la "cosificación"[336] de mujeres y niños, a través de los sistemas educativos públicos y privados, en todos los niveles educativos desde las edades más tempranas.

Combatir la sensación de inseguridad y miedo a denunciar tanto de las víctimas de delitos en contra su integridad física, sexual o psicológica como de aquellas personas cercanas que podrían efectuar la denuncia para evitar la extensión del daño referido, ofreciendo garantías de seguridad a su persona y bienes.

Considerar al abuso sexual un delito penal (delito penal en el que mujeres, NNyA son las principales víctimas) desde el punto de vista social a fin de erradicarlo y prevenirlo. Porque "el fenómeno del abuso sexual no se puede agotar únicamente hablando de individuos, sino que también se debe buscar en la sociedad las explicaciones adicionales. Si bien se debe reconocer que los modelos de socialización están en proceso de cambio, aún al varón como aquel al que le corresponden ciertos privilegios que la mujer no tiene y es socialmente aceptada su cuota de agresividad y de intento de dominio sobre otros. Desde este punto de vista, los abusadores sexuales son, ni más ni menos, hombres que tienen el poder asignado de tomar lo que quieren y así lo hacen, al imponerle la dominación a sus víctimas"[337].

---

[336] "El cuerpo de la niña se transforma en sustituto de máquinas, lo que no significa que ella sea visualizada o registrada como aparato. Por el contrario, el placer paterno reside en utilizar a un ser humano. Lo que la práctica sexual del padre modifica es esa condición de ser-humano /niña al transformarlo en otro ser humano /niña destinado a producir placer y a permanecer en disponibilidad. Tan disponible y tan encendible como una máquina, pero sin dejar de ser humano". GIBERTI, Eva y otros *"Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares"*. 1ª Ed., Buenos Aires, Editorial Noveduc, 2005. P-168.

[337] "Mirar el abuso sexual dentro de un amplio contexto social supone reflexionar sobre los factores que contribuyen a dar poder a los ofensores y los factores que refuerzan la vulnerabilidad de las víctimas. Es necesario estar convencido de que las relaciones interpersonales deben estar basadas en el respeto mutuo y no en el poder". La conducta de abuso tiende a repetirse y los abusadores tienden a no asistir o a abandonar los tratamientos, y "muchas veces van obligados por el sistema legal sin una motivación propia y con problemas para mantener una confidencialidad, sin embargo, en muchos casos puede ser la única medida para asegurar un tratamiento adecuado". *Cfr.* Electra González y otros, *"Características de los Abusadores Sexuales"*, http://www.cemera.cl/socia/pdf/2004/XI1abusadores.pdf). Cita textual de la sentencia definitiva de la Sala II de la S.C.J.M., en la causa N° 104.145, caratulada: "Fiscal C/Contreras Castro S/Casación".- Mendoza, 29/02/2.012.

En este sentido se puede sistematizar la violencia a partir de la siguiente pirámide ilustrativa[338]:

Utilizar los medios de comunicación como una poderosa herramienta de prevención (imágenes y mensajes[339]), asimismo para informar y asesorar a las víctimas de delitos sobre las leyes que las amparan, los organismos a los que pueden recurrir, la protección que le depara el Estado, como la reparación que merecen. Y, amedrantar a los agresores y futuros agresores sobre las duras sanciones que pueden recaer sobre ellos por esos actos lesivos.

Muy por el contrario, los medios de comunicación son utilizados para fomentar la cultura machista, exhibiendo el cuerpo femenino como una mercancía y convirtiendo en ídolos sociales, y por lo tanto ejemplos a seguir, a aquellos personajes públicos que actúan conforme a la cultura patriarcal, basada en el sexismo y la superioridad del hombre, justificando actos que fomentan el abuso y la violencia en contra de mujeres y NNyA.

Es sumamente lamentable que con la fuerza que hoy en día tengan los medios de comunicación y redes sociales, éstos sean utilizados como una forma de promover la

[338] Cuadro extraído de la página de Facebook del Colectivo de Mujeres de Negro Argentina. Disponible en https://www.facebook.com/photo.php?fbid=216725405143657&set=a.139079876241544.30921.133402500142615&type=1&theater Agosto-2.013.

[339] Una propuesta muy interesante que ha dado excelentes resultados son las campañas publicitarias de prevención de la violencia contra la mujer en España. El desarrollo de su análisis disponible en: http://www.valencia.es/mujer/mujer.nsf/0/02786D44FC3CC715C1257404002C24BA/$FILE/17894744.pdf?OpenElement . Junio-2.013.

violencia, en vez de evitarla. Un caso reciente en la provincia de Buenos Aires pone de resalto esta importancia, donde una mujer luego de realizar más de diez denuncias en la Oficina de la Mujer, además de dos procesos abiertos, cansada de ser víctima de agresiones que terminaron desfigurando su rostro, debió acudir a las redes sociales de "facebook" y "YouTube" para lograr el apoyo social necesario que tuvo como final la detención de su agresor (ex pareja).

La concientización de la erradicación de la violencia en todos los estratos sociales, así como la enseñanza de las soluciones alternativas de los conflictos (mediación y arbitraje) debe acompañar a todo proceso estatal de lucha en contra de prácticas violentas y degradantes.

2. En cuanto al ámbito jurídico-legal:

Desarrollar programas de capacitación obligatoria y sensibilización para el personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer y NNyA en particular, y la sociedad en general.

En cuanto al marco normativo, modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes para cambiar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia. Buenos ejemplos de su posibilidad, han sido promulgación de leyes nacionales de protección integral de NNyA –nº 26.660- y la ley de protección integral de Mujeres –nº 26.485-, en esta última se establece la prohibición de audiencias de mediación o conciliación en los casos de violencia contra la mujer (artículo 28 in fine).

Buena prácticas fueron la modificación de los artículos del Código Penal sobre advenimiento (antiguo artículo 132) y femicidio (artículo 80 incisos 11 y 12), no sin antes haber padecido la muerte y lesiones de mujeres en el trayecto[340]. Mientras que

[340] Demuestran las nefastas consecuencias de la figura del avenimiento el caso de "Carla Figueroa" del Tribunal de impugnación penal de la Provincia de la Pampa, diciembre del 2011. La historia de Carla Figueroa, quien en aplicación del artículo 132 del C.P., se casó con su agresor sexual y sus abogados solicitaron la figura del avenimiento, pedido que fue ratificado por el tribunal de la causa, la acción penal quedó extinguida y su agresor en libertad, semanas después la asesinó a apuñaladas. Respecto del femicidio, el caso de "Corina Fernández", del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, Buenos Aires. 23/08/2012. Corina

en el ámbito local la reforma del Código Procesal Penal de Mendoza y varias provincias del país, reconociendo en los mismos de forma expresa el derecho de las víctimas en el proceso penal, en calidad de querellante particular y/o actor civil, son otros ejemplos que no pueden dejar de mencionarse.

Sancionar a los magistrados, funcionarios y empleados estatales o privados que, en el ejercicio de sus funciones o desempeño de sus cargos, no cumplan con los parámetros internacionales sobre la eliminación de todo tipo de discriminación. Sería desigual hacer referencia sólo a la sanción de los empleados e imputados, cuando quienes se encuentran en las cabezas de los tribunales o juzgados continúan con estas prácticas degradantes, muchas veces incluso en contra del propio personal a cargo (ejemplo de ello es el acoso laboral).

3. En cuanto al ámbito político-estatal:

Solicitar como requisito para acceder a cargos públicos, además del conocimiento del derecho de fondo, que se tenga noción sobre el alcance y profundidad de la normativa internacional de Derechos Humanos. Hoy en día los actos de gobierno, en particular aquellos que resuelven sobre la vida de una persona, sobre su libertad física, emocional y social, sobre situaciones o circunstancias que se encuentran afectando a la sociedad toda, no pueden pensarse de otra manera que no sea a través del paradigma internacional de derechos humanos, esto no es utópico en realidad, sino que la simple idea de su imposibilidad es el mayor obstáculo para su realización.

Se debe incorporar la práctica de elaborar estadísticas a fin de apreciar la magnitud del fenómeno de la violencia social e institucional en contra de estos grupos

---

Fernández, quien era víctima de violencia de género por parte de su esposo, se separó del mismo y solicitó una medida de prohibición de acercamiento; el agresor se disfrazó de un hombre mayor para poder acercarse a ella, y a la salida del colegio de las hijas que tenían en común, le disparó a Corina a quemarropa a la altura del abdomen, afortunadamente no logró quitarle la vida, pero sí le provocó una lesión grave.

vulnerables. No es tan ilógica la idea que se propone, si pensamos que la mayoría de las víctimas de los delitos contra la integridad física y sexual, son mujeres, NNyA[341].

Un seguimiento de las medidas tomadas en los diferentes ámbitos (y lugares del país), conjugando aquellas que dieron mejores resultados y descartando las que fueron negativas para los objetivos propuestos, es una estrategia de política garantista de derechos procesales.

Es de suma importancia destacar y proponer como guía para futuras políticas, que en el orden internacional, se ha firmado recientemente el Convenio de Lazarote[342]. Se trata de un instrumento fundamental para lograr una respuesta común, ágil, eficiente y responsable en la protección del menor de edad, frente a las agresiones vejatorias que atentan contra su integridad física y moral, con secuelas muy traumáticas para el libre desarrollo de su personalidad. Tiene como objetivo prevenir los delitos sexuales a menores, perseguir a los autores de los abusos y proteger a sus víctimas. Contiene medidas para la prevención, como programas de formación y concientización, trabajo en las aulas con niños de educación primaria y secundaria para que aprendan cómo protegerse. Asimismo, promueve la creación de ayuda por teléfono o por Internet, y asistencia psicológica, médica y legal. Destaca también la necesidad de la cooperación del sector privado[343].

IV. Responsabilidad Estatal y de los funcionarios:

Los estados signatarios de los tratados internacionales sobre la materia son responsables antes los organismos internacionales encargados de su aplicación, así el deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística

---

[341] Una clara demostración de la utilización de las estadísticas lo otorga la Oficina de Violencia Doméstica, dependiente de la C.S.J.N. http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp Agosto-2.013.

[342] Convenio 201 del Consejo de Europa, en el marco de la Convención Internacional de Toledo "*La protección de los menores en el sistema jurídico europeo*", denominado "Convenio de Lanzarote", ratificado por 36 Estados de los 47 miembros integrantes del Consejo, que entrará en vigencia cuando se alcance el número de ratificaciones establecido.

[343] FELLINI, Zulita *"Estándares Internacionales de Derechos Humanos para la protección de los niños víctimas y testigos en sede judicial"*. Publicado en: "*Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas...*" (Cit. Nota al pie nº 46). P-34.

adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil[344].

En este sentido, se sigue el buen criterio de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha hecho referencia, además, al deber especial de protección que tiene el Estado respecto de las prácticas discriminatorias que lleven a cabo terceros bajo su tolerancia y aquiescencia.

Igualmente, se expresó la Corte en el caso *Yean y Bosico*[345] al establecer que el artículo 24 de la Convención Americana no sólo exige la no implementación de políticas y medidas discriminatorias, sino que además exige proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales"[346].

Por su parte, frente a las violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la CIDH estableció entre los principios más importantes, que la obligación de los Estados frente a casos de violencia contra las mujeres, incluye los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de "prevenir estas prácticas degradantes"[347]. En la presencia de "procesos claros y determinantes elementos de prueba" para completar un juzgamiento, no deben existir retardos injustificados en la toma de decisiones y se debe completar rápida y efectivamente el proceso penal"[348].

Si bien, el magistrado muchas veces no participa en las audiencias llevadas a cabo durante el proceso, es el responsable de todo aquello que suceda en su fiscalía o juzgado a su cargo. A fin de hacer respetar los derechos humanos, existen sanciones de diferentes tipos administrativos[349] o sobre discriminación[350] a fin de llamar la atención, suspender, etc. a los empleados estatales que se encuentran obligados a respetar y

---

[344] *"Acceso a la Justicia de Mujeres..."* (Cit. nota al pie nº 46). P-19. Párr. 42.
[345] Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Cfr. *"Acceso a la Justicia de Mujeres..."* Ídem. P-18. Párr. 38.
[346] Idem, P-45. Párr. 106.
[347] CIDH, Informe de Fondo, *Maria Da Penha Fernandes* (Cit.nota al pie nº 71) párr. 56. 18.
[348] Ídem párrs. 38-39, 44.
[349] Estatuto del Empleado Público. Decreto Ley 560/1973. Modificado por Leyes nº 3920; nº 4139; nº 4409; nº 5276; nº 5811; nº 6372; 6502. Mendoza, 1973.
[350] Ley N° 23.592. Actos Discriminatorios. Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Sancionada: agosto 3 de 1988. Promulgada: agosto 23 de 1988.

hacer respetar la dignidad personal y que no desisten de las actitudes descriptas y contrarias a los parámetros internacionales de protección.

V. Conclusión

El acceso a la justicia debe ser un servicio público dirigido hacia las personas bajo la jurisdicción estatal, como tal debe prestarse con la intención de llegar a la mayor cantidad de personas posibles, con eficacia y eficiencia.

A través de esta investigación se intenta reconocer las falencias del proceso penal en detrimento de las víctimas mujeres, niños, niñas y adolescentes, además de evitar que las conductas descriptas en él se perpetúen en el tiempo y así poner fin de una vez a prácticas violatorias de los derechos, con el objetivo de evitar la revictimización de los denunciantes y testigos, la impunidad de los agresores, y el reconocimiento de que el proceso se ha llevado a cabo de forma irregular o un llamado de atención para los encargados de su desarrollo.

Los valores y actitudes descriptos en ella, deben ser la normalidad en la atención al público en el ámbito estatal y ¿por qué no? privado. Sin dejar de lado que tanto imputados y menores en conflicto con la ley deben ser tratados con el mismo respeto y atención. También, la normativa internacional expuesta en el presente, así como las propuestas de atención no son excluyentes, ni exclusivas de un grupo vulnerable y pueden extenderse, -teniendo en consideración las particularidades que cada caso representa-, a otras personas en situación de vulnerabilidad, como a los ancianos y discapacitados, entre otros.

Finalmente, se puede concluir diciendo que el Estado ha cumplido formalmente con los requisitos formales de protección, existen los recursos y las leyes internas sobre el tema son claras y garantistas, ha creado organismos encargados de aplicar esas leyes y protocolos de actuación.

Sin embargo este reconocimiento no ha sido acompañado de políticas públicas o en su caso medidas desde la instancia pública, de prevención, formación-concientización y control de su cumplimiento a la sociedad en general, pero fundamentalmente de los empleados estales quienes deberían dar el

ejemplo en prácticas no discriminatorias, y el trato digno basado en el respeto a la dignidad humana.

Los organismos de actuación y aplicación no cuentan con los recursos suficientes y trabajan desarticuladamente siendo ampliamente superados por la realidad actual, lo cual se traduce en falta de personal, superposición de actuación y recursos, criterios contradictorios, demoras y soluciones no acordes a la normativa proteccionista. Lo que implica que las víctimas deban realizar sacrificios innecesarios para realizar una denuncia, participar del proceso, obtener una sentencia favorable a sus intereses y más aún, lograr una indemnización por el daño sufrido.

Bibliografía

"Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas" protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia". Facultad de Derecho de UBA, 23 y 24-4- 2009. ADC –Asociación por los Derechos Civiles-, JUFEJUS –Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires- .

"Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud. Comisión Interamericana de Derechos Humanos"; OEA, Doc.65, 28/12/2011.

Cafferata Nores, José I. "Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino". CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). Editores del Puerto s.r.l.. Buenos Aires. Año 2.000.

GIBERTI, Eva y otros *"Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares"*. 1ª Ed., Buenos Aires, Editorial Noveduc, 2005.

"Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas, adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas válidas para el proceso". ADC (Asociación por los derechos Civiles) y UNICEF. Septiembre 2.010.

Informe *"Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en Las Américas"*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. O.E.A., Doc. 68. Año

2007.http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf .

TOSELLI, Juan Carlos. *"La necesaria intervención del Ministerio Pupilar: finalidad, función y legitimación procesal"*. Publicado en: DFyP //2011 (Enero, 263 • LA LEY 29/03/2011, 3 • LA LEY 2011-B , 338. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2010-07-06 ~ Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c. Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Argentino.

Ramella, Susana T., en *"Derecho a la Diferencia"*, Publicado en Cuadernos de Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto Peña, N° 17, Córdoba, 2007.

Salinas, Pablo Gabriel. "El caso Penitenciarías de Mendoza y el Sistema Interamericano. Colección Cuadernos de Litigio. Editores del Puerto. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Año 2.013.

Instrumentos internacionales:

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. O.E.A. Ciudad de Belem do Pará, Brazil. 9/6/1994. Artículo 7 inciso f. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html . Mayo-2013.

"Convención Iberoamericana de derechos de los Jóvenes" Adoptado el 11 de octubre de 2005 en la ciudad española de Badajoz. Entró en vigencia el 1 de marzo de 2008.

Convención Sobre Los Derechos Del Niño. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1989. Aprobada por la República Argentina ley 23.849. http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/Convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf .

Convenio 201 del Consejo de Europa, en el marco de la Convención Internacional de Toledo *"La protección de los menores en el sistema jurídico europeo"*, denominado "Convenio de Lanzarote", ratificado por 36 Estados de los 47 miembros integrantes del Consejo, que entrará en vigencia cuando se alcance el número de ratificaciones establecido.

"Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder". Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 40/34. 29/11/1985. http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm

Observación General Nº 8 (2006), *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (art. 19, párrafo 2º del art. 28 y art. 37, entre otros) de 21-8-2006.

Orientación Técnica Institucional. IIN- OEA. N°1- 2.008. Documento de Circulación General. Instituto Latinoamericano del Niño, la niña y Adolescentes. Montevideo, Uruguay. 01 de febrero de 2008. www.iin.oea.org .

Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General de Naciones Unidas- Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 Entrada en vigor: 18 de enero de 2002. Artículo 8, inciso 3. http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm .

"Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad". XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.
http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124 .

Sentencias internacionales:

Sentencia de fondo Caso Godínez Cruz, 20 de enero de 1989. Párr. 67. Corte I.D.H.

Sentencia de fondo Caso *Bámaca Velásquez*, 25 de Noviembre de 2000. Párr. Corte I.D.H.

Sentencia de fondo Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, 15/03/1989. Corte I.D.H.

Sentencia de fondo en el *Caso Neira Alegría Vs. Perú. Reparaciones y Castas*. 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29.

Sentencia de fondo en el Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas, 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

Sentencia de la Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits) judgment of 23rd July 1968.

Sentencias nacionales:

Sentencia de la C.S.J.N. Causa n° 2222, Fallo - Gallo López, Javier, 07/06/2011.

Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, causa 2681, "N., B. s/ recurso de casación" del 21/11/02.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 22.475, "S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante", del 18/03/04).

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Causa n° 92.793, "Fiscal c/Videla A. y otros p/ Abuso sexual...", 22/08/2008.

Sentencia de la Suprema Corte de Mendoza - SALA N° 2. En la causa n° 99.201 - incidente apelación en autos P-34.585/05 "F. c/ Brescia...". 30/09/2010. LS418-044.

Sentencia definitiva de la Sala II de la S.C.J.M., en la causa Nº 104.145, caratulada: "Fiscal C/Contreras Castro S/Casación".- Mendoza, 29/02/2.012.

Legislación:

Ley De Protección Integral A Las Mujeres (26.485) Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales Sancionada: Marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009.

Ley N° 23.592. Actos Discriminatorios. Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías

fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Sancionada: agosto 3 de 1988. Promulgada: agosto 23 de 1988.

Ley Nº 24.660 de Ejecución de La pena privativa de la Libertad. Publicada En B. O. El 16 De Julio De 1996. Artículo 17 y ccs.

Estatuto del Empleado Público. Decreto Ley 560/1973. Modificado por Leyes nº 3920; nº 4139; nº 4409; nº 5276; nº 5811; nº 6372; 6502. Mendoza, 1973.

Ley 7.841. Mendoza. B.O.: 07/07/2008. Fondo de compensación victimas delitos violentos contra integridad sexual. Creación sistema SAVIC. Funciones.

Opiniones consultivas:

Opinión Consultiva 7/86 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta. Voto Separado Juez Rodolfo E. Piza Escalante, 29 de agosto de 1986.

Opinión Consultiva 9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, 6 de Octubre de 1987. Serie A nº 9.

Opinión Consultiva Oc-17/2002. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf .

Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104. Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.*

CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

PRESENCIA -¿O AUSENCIA?- ESTATAL Y CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS CIUDADANOS EN UNA VILLA INESTABLE DE GODOY CRUZ- MENDOZA

Magister Carlos Gustavo Ortiz

Introducción:

El objetivo de este trabajo consiste en analizar la relación que se establece entre derechos humanos e intervención estatal, desde una mirada basada en las prácticas gubernamentales e institucionales sobre una villa inestable de Mendoza. El estudio se centra sobre Campo Pappa. Esta villa refleja las tensiones socio-políticas que se han ido produciendo en la Argentina, en el caso de este estudio específico, desde mediados de la década de los 70, periodo en el cuál se produjo una serie de procesos sociales regresivos generadores de desigualdad, exclusión y fragmentación social.

La idea que orienta esta investigación señala que la desigualdad social predispone a la violencia urbana y los conflictos barriales. El Estado debe ser garante de la concreción de los derechos ciudadanos. Sin embargo se presenta una tensión entre los grupos segregados que encuentran vulnerados sus derechos y la acción estatal en este territorio. [351]

El texto que se presenta a continuación intenta revelar los procesos socio-culturales que tienen lugar en esta villa inestable, que manifiestan el declive de las instituciones para resolver problemáticas que sufren los pobladores de la misma tales como deserción escolar, trabajo precario o desempleo, altos niveles de inseguridad, fragilidad en vínculos familiares y en la relaciones sociales.

Para el desarrollo de esta investigación, se utiliza una estrategia cualitativa mediante técnicas como entrevistas en profundidad con actores sociales clave:

[351] Entre los objetivos y principios de la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre asentamientos Humanos (Hábitat II), se establece lo siguiente "La aplicación del Programa de Hábitat en particular, mediante las leyes nacionales y las políticas, programas y prioridades de desarrollo, es derecho soberano y responsabilidad de cada Estado de forma compatible con todos los derechos Humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, teniendo en cuenta la importancia de los diversos valores éticos y religiosos, antecedentes culturales, convicciones filosóficas de los individuos de sus comunidades, respetándolos cabalmente y contribuyendo al pleno disfrute de todos los derechos humanos a fin de lograr los objetivos de vivienda adecuada para todos y desarrollo sostenible de los asentamientos humanos" 2º Conferencia de Naciones Unidas sobre asentamientos Humanos, capítulo II, artículo 24.

representantes de sectores gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y vecinos relacionados con el tema objeto de análisis. Para el abordaje analítico se procede a una recopilación de la información, iniciado con la identificación, ordenamiento y análisis documental, bibliográfico y de sistematizaciones institucionales; con el fin de comprender cuáles son los factores históricos incidentes en las dinámicas poblacionales.

Esta investigación se estructura de la siguiente manera: en primer término, se caracteriza a la villa en un escenario de procesos de expropiación material y simbólica en los espacios urbanos, luego se plantea el marco teórico en relación a la constitución de la subjetividad de los habitantes de la misma. En segundo lugar se analiza los orígenes y condiciones de vida en función de los derechos sociales, En tercer término se analizan estrategias de supervivencia en el basural, participación estatal, organización comunitaria en relación al ejercicio de los derechos de ciudadanía.

1. Procesos de expropiación material y simbólica en los espacios urbanos. El Derecho de acceso a la vivienda.

La ciudad constituye el espacio en el cuál se manifiestan los procesos de expropiación material y simbólica a través de las desigualdades socio-económicas de los diferentes sectores. Por un lado se observan las residencias con mayor poder adquisitivo y por otro, el remanente urbano periférico; aquellos segregados del orden social que manifiestan dificultades en el acceso a servicios básicos: salud, vivienda, hacinamiento, contaminación del medio ambiente, limitaciones en la provisión de agua potable y otras necesidades fundamentales.

Se entiende por segregación residencial "el grado de proximidad espacial o de aglomeración territorial de las familias pertenecientes a un mismo grupo social, sea que éste se defina en términos étnicos, etarios, de preferencias religiosas o socioeconómicos." [352] En este estudio se concibe a la política social en términos de derechos humanos, es decir, los individuos en carácter de ciudadanos poseen derechos

[352] Sabatini, F., G. Cáceres y J. Cerda (2001). "Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: Tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción". EURE, 27 (82): 23 p.p. [on line] <htpp://www.scielo.cl>

económicos, sociales y políticos. El acceso a la propiedad de la vivienda constituye un derecho inalienable de la persona.

En esta investigación se puede señalar que la participación constituye la cualidad que permite producir cambios significativos en las políticas sociales a partir del acceso a los recursos por parte de los ciudadanos. Los municipios han ido cobrando durante las últimas décadas mayor protagonismo en la posibilidad de participación ciudadana a través de políticas descentralizadoras. El acceso al suelo se complementa con la visión que propugna el ejercicio del derecho a un mejoramiento en la calidad de vida

De acuerdo a los indicadores establecidos por Naciones Unidas en 2002, se define "Un hogar en un asentamiento precario es un grupo de personas que viven bajo el mismo techo en un área urbana y que carece de una o más de las siguientes condiciones:

- Una vivienda durable de naturaleza permanente que proteja contra condiciones climáticas adversas.
- Un espacio vital suficiente, lo que significa que no más de tres personas compartan una habitación.
- Acceso fácil a agua potable en cantidad suficiente a un precio razonable.
- Acceso a saneamiento adecuado: letrina privada o pública compartida con

una cantidad razonable de personas.

- Tenencia segura para evitar los desalojos forzosos"[353]

Jeans Dangschat realiza una caracterización de estas realidades urbanas en sociedades europeas[354]. En este caso puede establecerse un paralelismo basados en la evidencia empírica, con algunas de las particularidades latinoamericanas:

[353] UN-HABITAT,State of the world's cities 2006/7. The Millennium Development Goal and urban sustainability,London U.K. 2006,

- en la organización del trabajo, lo cual se refleja en nuevas relaciones de intercambio regional y en el mercado de trabajo urbano;

- en una política social con nuevos acentos que profundiza las tendencias a la segmentación de las clientelas sociales;

- en una nueva estrategia política del estado-nación y los municipios, que apunta a asegurar la competitividad internacional de las ciudades y regiones, y con ellas del país en general;
- en una nueva planificación urbana que tiende a transformar los centros de las ciudades en vidrieras para afuera, desatendiendo las zonas menos prósperas y contribuyendo así a la cristalización de un "ámbito de los triunfadores" y uno de "los perdedores";

- en una nueva situación del mercado inmobiliario, que afecta sobre todo las viviendas cercanas al centro, cuyos habitantes son desplazados a otras zonas menos codiciadas;

- en una nueva estructura de hogares;

- en corrientes migratorias provenientes de regiones de mucha pobreza y con escasas posibilidades de trabajo;

- en un cambio de valores, que se expresa en la disminución de la solidaridad de ciertos grupos con respecto a los pobres;

- en estructuras espaciales de concentración y segregación.[355]

La polarización resultante de los procesos de expropiación manifiesta dos realidades diversas: por un lado, propiedades en zonas residenciales que aumentan constantemente su valor asociado a condiciones de modernización y progreso. Por

---

[354] . D Angschat, Jens S , "Modernisierung und Nachhaltigkeit. Vereinigung für Stadt-, Regional-und Landesplanung eV (Hrsg.)" en *3° Bienal de ciudades y urbanistas en Europa / 3. Europäische Planerbiennale*, SRL-Schriftenreihe 46; Berlin, 2000

[355] La caracterizacióo de realidades urbanas en sociedades europeas realizada por D Angschat, Jens S es analizada por Coraggio,José Luis. Programa URB-ALRed N° 5 "Políticas Sociales Urbanas"Intendencia Municipal de Montevideo Comisión de las Comunidades Europeas, 26

otro, aquéllas que se encuentran en zonas periféricas que se van desvalorizando. En determinadas zonas urbanas se producen ocupaciones espontáneas u organizadas de terrenos fiscales o usurpaciones clandestinas debido a la imposibilidad de acceso al terreno o a la vivienda. Por lo general se trata de espacios que presentan precariedad en el hábitat y en las condiciones de vida de sus pobladores.

Los grupos de mayor poder adquisitivo adoptan servicios de seguridad privados y medidas tendientes a imposibilitar el acceso de los grupos con menores recursos a su espacio. Por lo cuál la ciudad no permite la libre entrada de los mismos y se convierte, en algunos sectores, en discriminadora de quienes pueden entrar, permanecer y quienes no. De esta manera se refuerza la segregación espacial.

Desde una mirada histórica, se puede señalar que hacia fines del Siglo XIX existía la idea de europeizar al país. Se estimularon leyes a los fines de promover la inmigración. Sin embargo, la población inmigrante no satisfacía las expectativas de los grupos con mayor poder político y económico; y terminaba concentrada en bolsones marginales a las ciudades. La propiedad privada deteriorada y precaria de sectores empobrecidos se denominaba de distintas manera: conventillos, inquilinatos etc... y asentamiento populares autoconstruidos (villas miserias, favelas) que constituían bolsones marginales. Actualmente la pobreza se extiende masivamente, por lo cuál ya no es posible hablar de marginalidad[356].

Los gobiernos provinciales, como en el caso de Mendoza, han implementado sucesivos programas de relocalización o mejoramiento barrial. Los programas no siempre han obtenido los resultados adecuados que las demandas comunitarias exigen; ya sea por lo irregular del terreno o por las carencias financieras de los grupos con poder y decisión política.

Los mecanismos, tales como la autoconstrucción del hábitat popular urbano, presentan continuas limitaciones debido a la intervención de factores económicos. Por otra parte, estos sectores no representan un mercado ganancial para el sector privado, el cuál no destina inversiones en áreas vinculadas al desarrollo de estos asentamientos populares. La planificación territorial se encuentra ausente o resulta discreta en su

[356] Bauman Zygmunt *"Vidas desperdiciadas: La modernidad y sus parias"*. Barcelona. Paidós Ibérica. 2005.

implementación. Muchos de estos asentamientos se han expandido en torno a basurales, Esta situación favorece el incremento de enfermedades infecto-contagiosas y de la contaminación ambiental en general.

El fenómeno del crecimiento en el número y en la cantidad de pobladores de los asentamientos inestables se produce con algunas características particulares en Mendoza. Existieron núcleos poblacionales de bajos recursos asentados en la periferia de la capital de la provincia y en los alrededores (Luján, Las Heras, Godoy Cruz, etc...) hasta la década de los setenta y comienzo de los 80. Se conformaban por asalariados que no tenían posibilidad de adquirir sus viviendas a través de los medios crediticios habituales. La alternativa existente consistía en el sistema de "ayuda mutua". Se realizaba el aporte de un banco estatal, y el futuro propietario trabajaba en la construcción de su propia vivienda, con la supervisión de un profesional aportado por el gobierno.

2. Marco Descriptivo. Características generales de la villa Campo Pappa.

La zona de confluencia de los distintos asentamientos y barrios de sectores de clase baja manifiesta una precaria urbanización: En el caso de esta villa, la red vial presenta calles estrechas, de tierra, con mal estado de circulación, con tránsito en un solo sentido, discontinuas, sin sendas peatonales, y generando que sólo sea posible el tránsito peatonal[357].

Los terrenos se encuentran en pendiente, lo cual posibilita el arrastre de aguas pluviales. Aquí hay que destacar, que muchos de estos asentamientos han proliferado notoriamente sobre todo a partir del aluvión del 70 y del terremoto del 85, ubicándose en zonas de alto riesgo en relación a fenómenos naturales tales como inundaciones y aluviones. Algunos grupos poblacionales se establecieron en el piedemonte, o en zonas de riesgo frente a fenómenos naturales ya sea sobre cauces secos de ríos o en los márgenes de los canales, transformándose situaciones coyunturales (de riesgo y desprotección) en estructurales

El alumbrado público resulta parcial y deficiente; no cuenta con medidas de seguridad reglamentarias. Las fluctuaciones en la tensión eléctrica dañan artefactos

[357] Información suministrada por la Dirección Provincial de la Vivienda en Godoy Cruz, 2008

conectados a la red y con el peligro constante de incendios. Una minoría de la población cuenta con servicio reglamentario, una característica en el uso de la electricidad consiste en la carencia de hábitos de consumo discreto. Es decir, se utiliza más electricidad que en el resto del departamento debido a que no representa ningún costo: bombillas encendidas durante horarios diurnos, calefacción eléctrica y cocinas. [358]

El suministro de gas y cloacas resulta inexistente. Si bien existe un suministro particular de agua, esto no es una realidad para todos sus habitantes que disponen de algunos surtidores públicos. El deterioro en el estado de las calles dificulta la recolección de residuos con carencias notorias de arbolado público y espacios verdes. Las viviendas son construidas con mampostería de ladrillo y adobe, techos de madera, chapa, caña y barro, resultando sísmicas

La villa presenta una conexión ilegal del servicio eléctrico en la mayoría de las viviendas. Este habitat posee más de 2.500 personas, con más de 700 familias, con un promedio de 5 integrantes en cada una, El número varía, de manera constante, debido al movimiento poblacional por la acción de programas de erradicación y mejora barrial o por migraciones hacia el exterior en la búsqueda de nuevas condiciones de supervivencia.

2.1. Características poblacionales:

La conformación de la villa inestable alude a más de 80 años, de acuerdo a los discursos de los habitantes de mayor antigüedad, sin planificación pública o privada del diseño arquitectónico. De acuerdo a los relatos sobre los inicios el crecimiento poblacional ha estado asociado al trabajo en las ripieras. El material extraído para la construcción se destinaba fundamentalmente al ámbito metropolitano. Otros discursos sostienen que comenzó un proceso de expansión en torno a la proximidad del vertedero municipal de residuos domiciliarios mediante actividades de cirujeo y prácticas relacionadas. [359]

En los años siguientes las ripieras dejaron de funcionar y el vertedero municipal fue trasladado. La expansión de los habitantes de la villa resultó más pronunciada en relación

[358] Idem

[359] Entrevistas y aportes realizados por informantes clave relacionados al IPV, Dirección de la Vivienda, vecinos e integrantes de la villa.

a dos acontecimientos: el aluvión del 70 y el terremoto de 1985 en Mendoza. Ambos desastres naturales generaron pérdidas económicas cuantiosas a nivel provincial y las viviendas precarias fueron las más afectadas; lo cuál impulsó la migración hacia nuevos hábitats. Hacia los 70 contaba con 60 a 70 familias.

La mayoría de las familias tiene menos de 30 años residiendo en el asentamiento y su cotidianeidad se desarrolla en un escenario con altos niveles de inseguridad y alta conflictividad con pobladores de barrios vecinos y con la policía.

Actualmente, esta población presenta las siguientes características en cuanto a su composición familiar: casos de madres solas con hijos a cargo, padre o madre solo con hijos solteros, matrifocalidad, familias ensambladas. Por lo general se constituyen por un número elevado de hijos; lo cual se relaciona a una planificación familiar inadecuada por inexistente a bajos o nulos niveles de información reproductiva. Esto dificulta accesos deficientes a metodologías de control de la natalidad.

La Asignación Universal por Hijo es otorgada a aquellas familias cuyos padres sean argentinos, documentados, desocupados o se encuentren en empleo informal. El niño/a, adolescente debe ser argentino, naturalizado o residente legal. En caso de Discapacitado sin límite de edad, con certificación de discapacidad, sin pensión y/o jubilación. La idea que manifiestan algunos de los entrevistados es la de tener un número importante de hijos que les asegure el cobro del plan.

En esta villa inestable se observan numerosos casos de hogares extensos (con numerosa prole) y complejos (con parientes lejanos y-o allegados); además de numerosas "redes familiares" o "familias cluster": es decir, ramilletes de hogares emparentados por ambos lados de la pareja, habitando viviendas diferentes, pero próximas[360].

Cuando los habitantes constituyen un nuevo grupo familiar al juntarse o casarse se instalan en una nueva unidad habitacional o en una habitación de los padres residentes en el lugar conformando núcleos familiares complejos. Resulta habitual esta práctica que favorece condiciones de hacinamiento que permite a su vez, relaciones

[360] Estos datos acerca de la composición familiar de los habitantes de la zona se basan en tipología de familias realizada por Isla Alejandro, Lacarrieu Mónica y Selby Henry en *"Parando la olla. Transformaciones familiares, representaciones y valores en los tiempos de Menem"*, Editorial Norma, Buenos Aires, 1999.

sexuales tempranas, violencia familiar, incesto, embarazos adolescentes no deseados, etc.

En esta villa se presentan niveles elevados de analfabetismo en adultos. La mayoría de su población posee la primaria completa, pero sólo un pequeño porcentaje ha logrado empezar y terminar el nivel secundario. La estigmatización que supone pertenecer a este espacio conlleva a dificultades de permanencia y finalización en la carrera escolar. Se observa un gran porcentaje de población infantil y adolescente con elevado riesgo (o vulnerabilidad) social. La cantidad de habitantes con más de 40 años, disminuye notoriamente

La estratificación poblacional en este territorio se corresponde a una pobreza estructural, que presenta carencias básicas en relación a consumo de bienes, de infraestructura sanitaria y vivienda,[361] La pobreza estructural se caracteriza por la tenencia de un mayor número de hijos y el abandono en la carrera escolar en contraposición a la pobreza por falta de ingresos

Las viviendas pertenecen a la categoría de déficit habitacional, que se basa en la calidad de materiales de construcción, condiciones de tenencia, instalación de agua, electricidad, cocina, provisión de agua dentro de la vivienda. En efecto, en esta villa las mismas presentan familias que carecen de títulos de propiedad y escrituras de los terrenos, no poseen piso, están construidas con materiales de desecho (cartones, chapas, barro), no tiene provisión de agua en su interior, no tienen instalación de agua, electricidad, ni cocina.

Se trata de un asentamiento en situación crítica y vulnerabilidad extrema. La "Identidad Cultural" e "Identidad Barrial" le confiere un sentido de fragilidad y desintegración con el resto de los barrios vecinos. La percepción social externa tiende a ser homogénea imprimiendo el rótulo de zona marginal, con un manifiesto grado de violencia y de actividad delictiva.

A pocas cuadras de la villa funciona un Centro de Salud Provincial, que brinda atención primaria. El asentamiento se encuentra enmarcado por multiplicidad de

[361] Minujín Alberto, "Cuesta Abajo. Los nuevos pobres: efectos de la crisis en la sociedad argentina". UNICEF. Losada. Buenos Aires 1992

barrios: tales como el asentamiento Susso, Aconcagua, la Paz, Sarmiento, la Esperanza I, la Esperanza II, Bº Jardín Victoria, 3º Barrio Gas, Covitedyc, el Ruiseñor, 8 de diciembre, Talcumín etc...

Existen escuelas, tales como la Emaús que, de acuerdo a testimonios de los vecinos, se encontraba en el mismo asentamiento, siendo estatizada años más tarde, pero debido al deterioro en su construcción se trasladó al lugar donde existe actualmente. Recibe a aproximadamente 475 niños de Campo Papa y Sarmiento.

Las líneas de colectivo que llegan hasta la zona son: línea 41, 60 y 30. Pero ninguna de ellas entra en el barrio debido a las dificultades en el entramado de sus calles, la imposibilidad de circulación, y en varias ocasiones han resultado víctimas de ataques o de asaltos en sus proximidades.

La mayoría de los pobladores han ejercido actividades laborales esporádicas, de baja remuneración, sin cobertura social ni jubilación. Si se distribuye en categorías una parte se encuentra constituida por empleados en relación de dependencia de organismos del sector público o privado. Otra parte se encuentra conformado por obreros de la construcción de carácter informal. Un sector de la pobiación realiza changas, mientras que otro se dedica a actividades ilegales, de carácter ocasional o permanente. Se observan niveles importantes de población inactiva. Algunos resultan destinatarios de los planes sociales.

De acuerdo a las entrevistas realizadas existe un deterioro de la identidad barrial e individual. Poseen un sentido de "no pertenencia" al lugar. Los pobladores manifiestan la necesidad de "salir" de este ámbito de encierro, en procura de nuevas condiciones de subsistencia; fuera de los marcos acotados de "permanencia obligada" dentro de los cuáles desarrollan su cotidianeidad.

En este territorio se observa una dinámica interjurisdiccional, en la cual se articulan mecanismos de actuación y recursos provenientes del sector nacional, provincial y municipal. De acuerdo a Manzanal[362], la articulación consiste en una

[362] Manzanal, Mabel; "*Descentralización, transformación del régimen político y cambio en el modelo de desarrollo. El caso argentino*", Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia y Programa de Apoyo a la Descentralización y el Desarrollo local para la paz -GTZ-, Bogotá, 2005.

relación bilateral y voluntaria entre dos o más organizaciones que acuerdan un funcionamiento conjunto (general o particular), complementario y/ o solidario a partir de criterios de reciprocidad y objetivos mutuos consensuados. Las interacciones presentan características de relaciones de subordinación funcional, financiera y/ o combinación entre ambas.

La conformación de identidades emergentes se basa en saberes locales, intereses comunes y campos de solidaridades y rivalidades entre vecinos. En estos contextos, la subjetividad supone la existencia de dinámicas económicas-sociales, ideológicas en los cuáles los sujetos construyen la subcultura presente: *"ante la pérdida de componentes estables de la identidad (pérdida del ser conocido a través del hacer) la sociedad ha confeccionado al excluido otra identidad, a partir del tipo de relación objetivante que ha establecido con él y los estereotipos culturales que le han rodeado"*[363]

Los procesos de estigmatización que experimentan los pobladores de este territorio frente a un imaginario social que les atribuye condiciones de peligrosidad conllevan a la necesidad de una organización comunitaria en pos de la concreción de sus derechos y el ejercicio de la ciudadanía.

2.2. Políticas Públicas - planes sociales.

Un elemento que da cuenta del impacto de la implementación de las políticas de ajuste aplicadas durante la década de los 90, y los resabios de las mismas, consiste en el grado de desocupación o subocupación general. La mayoría de los habitantes realizan changas, o son empleados en ramas de la construcción, o se dedican al acarreo de escombros, jardines o albañilería. Los niveles de educación, en general son bajos; la mayor franja poblacional ha terminado la escuela primaria; le sigue un amplio sector con primaria incompleta. En menor proporción se observan casos de secundaria incompleta y, sólo algunos la han finalizado.

---

[363] Velásquez, María Cecilia, Molina, María Gabriela. Módulo 5. *"Organización Comunitaria y Promoción Social"*, en Especialización en Políticas Comunitarias, MDS y Unla, 2006.

De acuerdo a las entrevistas realizadas, la mayoría de las familias se encuentran en situación crítica y resultan beneficiarias de Planes Sociales – su principal medio de subsistencia-. Los planes sociales representan una ayuda estatal con un ingreso mínimo que otorga cierta seguridad mensual. Subyace el intento de vivir con ese bajo presupuesto en tanto, en algunas familias, los hijos realizan actividades funcionales a las estrategias de supervivencia del grupo familiar en actividades remunerativas o saliendo a pedir limosnas. Estos planes impiden trabajar en blanco

Como ya se ha señalado en otros trabajos anteriores nuestros sobre esta villa inestable, la relación que se estable con las dinámicas laborales pone de manifiesto una red compleja de relaciones basada en pseudoempleos o actividades al margen de la economía legal. Constituyen familias numerosas. Una de las características es la precocidad en la maternidad. Algunas niñas de no más de 12 años tienen sus primeros hijos, siendo una constante un alto número de ellos.

Se observa un elevado porcentaje de casos de trabajo infantil y adolescente (la mayoría se dedica al cirujeo, son cartoneros, limpiavidrios, limpiadores de autos y cuidadores en playas de estacionamiento, changarines). Existen adicciones a cortas edades relacionadas principalmente a la utilización del poxirán y otros pegamentos. Además, en algunos casos, resultan siendo mulas de las que se aprovecha el narcotráfico.

En el año 2003 se crearon casas del Niño para apoyar a familias de menores de bajos ingresos con ayuda alimentaria a fin de evitar que sus hijos terminen siendo niños de la calle. Surgieron seis casas del Niño con una atención a más de 500 beneficiarios. El personal, de cada una de ellas, consiste en una directora, 2 o 3 docentes y la realización de tareas auxiliares por parte de padres o jefes de hogar.

El funcionamiento ha sido posible con los aportes del Gobierno Provincial y las donaciones de particulares. Algunos padres desempeñan tareas de cocineros, auxiliares de limpieza, auxiliares de docentes. Y se han incorporado a la fabricación y uso de la cocina y horno solar, fabricación de pan casero, dulces, conservas, jabones, reciclado de papel, fabricación de material didáctico, cultivo de huerta orgánica, etc...

La villa carece de servicios de recolección de residuos. Se observa la contaminación ambiental de espacios públicos y privados, dificultándose la posibilidad de una mejora en este sentido. Se percibe una sensación de soledad e impotencia frente a las instituciones que no han brindado respuestas a las demandas comunitarias o que han tenido intervenciones con resultados discretos.

Han surgido algunos programas provinciales como PROMEBA (Programa de Mejoramiento Barrial) que han intentado brindar algún tipo de solución habitacional. Anteriormente se produjeron intervenciones momentáneas con políticas de erradicación de villas, sin que se produjeran las evaluaciones correspondientes al impacto logrado. No se realizaba ni seguimiento del destino de la familia, ni de la situación de la vivienda entregada, lo cuál ha dificultado verificar los resultados obtenidos de la implementación de acciones. PROMEBA, ha venido trabajando con grupos poblacionales en cuanto al mejoramiento de las necesidades habitacionales.

La intervención estatal en materia de vivienda se ha desarrollado en los últimos años a través del proyecto ("Campo Papa: radicación y erradicación de barrios") que ha permitido a las familias o bien establecerse en la parcela que ocupaban, o la relocalización fuera del asentamiento en alguna vivienda financiada con recursos estatales o bien la relocalización al interior del asentamiento luego de que se redefinieran y redistribuyeran los lotes. De las 800 familias, 540 se han radicado y 200 se han relocalizado en dos barrios (La Esperanza III y Barrio Jardín Sarmiento). Los recursos provienen del Instituto .Provincial de la .Vivienda (IPV). y la Municipalidad de Godoy. [364]

En los 90 se implementó el Programa Hábitat Básico (Resolución 712/89 del I.P.V.) bajo el concepto de participación de los habitantes en la producción y el de descentralización hacia los municipios. En el 92 se descentralizaron los recursos FONAVI a través del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 690/92. Surgió como

[364] Se implementan acciones con la finalidad de lograr lo siguiente: regularización del dominio sobre la tierra, obras de infraestructura pública (agua, cloacas, gas, alumbrado público, parquización y arbolado público, espacios verdes, red vial (mejoras y ensanche de algunas calles) obras de infraestructura privada (núcleos húmedos, núcleos secos, desagües pluviales intradomiciliarios, pozos, equipamiento comunitario) y obras complementarias (defensas, rellenos, obras de seguridad, nexos, etc.), acciones de mejoramiento ambiental, desarrollo social, acompañamiento legal.

respuesta a la existencia de una demanda cada vez más diversificada, la discontinuidad institucional y la inequidad del sistema, la ineficacia de los programas implementados anteriormente y los mecanismos corruptos de adjudicación de la vivienda.

En el 93 se desarrolló el Programa Municipios y Desarrollo Comunitario (531/93) (Sub Programa Villas) (Res. 687/95) En este mismo año se puso en marcha el Programa Habitacional para Asentamientos (PROHAS) en el marco del Plan estratégico Mendoza sin villas significó una importante disminución de habitantes de villas. Según el IPV se produjo una reducción del 36 % de hogares en villas. (I.P.V, 2007)

2.3. Mecanismos de supervivencia en relación a la basura. Redes socio-laborales[365]

Esta villa se encuentra junto al Pozo, un vaciadero de residuos, urbanos e industriales (constituido hace más de 50 años) donde actualmente se acumula la mayor cantidad de los residuos urbanos (90%).

Una parte de los pobladores de este asentamiento clasifican, reciclan y comercializan elementos procedentes de la basura como estrategia de supervivencia. Como Bourdieu señala el habitus es el conjunto de esquemas generativos, socialmente estructurados, a partir de los cuales los sujetos perciben el mundo y actúan en él[366]. Se trata de esquemas, producto de las experiencias de cada sujeto y la interiorización de la estructura social. A partir de estas estructuras cada sujeto genera pensamientos, percepciones y prácticas sociales.

En efecto, los individuos de este asentamiento poseen una historia de marginalidad asociado al uso y comercialización de residuos urbanos que se ha transmitido de generación en generación. En el imaginario comunitario esta actividad se encuentra legitimada e incluso señala un posicionamiento de poder en la estructura social. Sin embargo, constituye una relación asimétrica de posiciones entre los participantes del proceso, en la cual los acopiadores recaudan la mayor ganancia sobre

[365] Información proveniente del Municipio de Godoy Cruz y Coordinación los Barrancos

[366] Los conceptos que desarrolla Bourdieu se pueden ampliar en la obra de Alicia Gutierrez: "Bourdieu: las prácticas sociales", editado por la dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba y la Editorial Universitaria de la Universidad Nacional de Misiones, 1995

la base de la explotación y el trabajo de los grupos carentes de otros medios de supervivencia.

Estas actividades se han visto capitalizadas por distintos organismos que han realizado su intervención. Así, por ejemplo, se puede mencionar, a la Universidad Tecnológica Nacional Regional Mendoza; la cual posee un equipo de trabajo sobre temas de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Se trabaja de manera conjunta con una OSC (Organización de la Sociedad Civil), Coordinación los Barrancos y se desarrolla un proyecto de transferencia en el Piedemonte del Departamento de Godoy Cruz

Como antecedente, se puede mencionar una experiencia realizada hace algunos años como un ejemplo de los mecanismos de inserción social basada en el trabajo. Este territorio ha carecido tradicionalmente de servicios de recolección de residuos. Las causas han sido múltiples: dificultad de los vehículos recolectores para ingresar por calles angostas, mal trazadas, discontinuas etc..., diversos sucesos de violencia que han tenido lugar en relación a automotores y personas.

La contaminación ambiental de espacios públicos y privados conllevó a la realización de intervenciones por parte del Municipio y los mismos pobladores a fin de contrarrestar los efectos de la carencia del servicio de recolección en este espacio territorial. Pobladores del lugar que recibían plan jefes de hogar se constituyeron en una cuadrilla que, mediante el uso de herramientas propias y carreteras se dedicaba a la recolección de residuos domiciliarios y a la limpieza de espacios públicos.

Posteriormente, se dejaron de realizar aportes presupuestarios por parte del Estado Provincial; con lo cual el equipo de recolección abandonó estas tareas que les significaba, por una parte, ingresos, y por otra, el mejoramiento del espacio social y ambiental. Los habitantes del lugar suelen involucrarse en este tipo de emprendimientos que les asegura una entrada económica y que incrementan su sentido de inclusión en un sistema, donde generalmente no perciben ningún tipo de atención gubernamental ni preocupación humanitaria.

Dentro de las actividades realizadas en asentamiento han existido intentos de mejora barrial con resultados diversos. Hace unos años se colocaron dos

contenedores, uno en cada extremo de una calle del territorio. En esta actividad participaron cuatro mujeres, que habitan sobre la calle en cuestión y eran destinatarias de planes sociales. Se sumaron más integrantes, y finalmente quedaron veinte pobladores del asentamiento. Se distribuyeron en cinco grupos de cuatro personas cada uno. Las actividades consistían en limpieza general, traslado de residuos a contenedores y mantenimiento en un período de tres meses. Luego, la empresa de servicios de contenedores los retiraba y cambiaba, permitiendo de esta manera un control ambiental y la disminución de factores de riesgo epidemiológico.

La prueba piloto del proyecto trabajado por el equipo perteneciente a la Universidad se enfoca en este asentamiento, donde la totalidad de la comunidad convive con un alto porcentaje de basura, - 75% a 80% de la población activa- además de convivir con la basura y abastecerse de materiales diversos, trabaja en su casa o en los pozos, en la clasificación y reventa de materiales.

Este asentamiento cuenta actualmente con una población caracterizada por tener necesidades básicas insatisfechas, escaso grado de capacitación laboral, bajo o nulo nivel educativo, malnutrición y altos índices de violencia.

La zona presenta pasivos ambientales y vulnerabilidades sociales muy marcadas, detectándose las siguientes problemáticas:

- Acopio clandestino de basura que mantiene un núcleo urbano-marginal difícil de modificar en sus pautas de conducta.
- Contaminación atmosférica generada por incendios (espontáneos e intencionales), afectando otros sectores de Godoy Cruz y Departamentos vecinos.
- Deficiente manejo del problema de la basura en el Departamento.
- Contaminación del suelo, producto de antiguos y actuales vaciaderos de RSU (Residuos Sólidos Urbanos) a cielo abierto sin control.
- Problemas epidemiológicos detectados en la población en contacto con residuos, especialmente de piel y vías respiratorias.

Algunas de las organizaciones municipales que han intervenido en el territorio décadas atrás, se han basado en la premisa de rescatar a la gente de la cercanía de la basura mediante el intento de la implementación de alternativas a su uso. Sin embargo, estos intentos no han tenido el impacto esperado; y esto se ha debido en parte, a que el manejo de residuos urbanos se encuentra fuertemente arraigado en el imaginario colectivo, formando parte de sus aprendizajes generacionales, saberes, procesos de naturalización, hábitos y costumbres.

El equipo de trabajo (grupo CLIOPE de la UTN – Mendoza), articula con actores sociales y protagonistas directos en la tarea de recuperación de residuos, intentando producir condiciones adecuadas de higiene y seguridad, para lo cuál involucra y concientiza a los generadores primarios (vecinos) en la temática ambiental respecto a los residuos domésticos, mediante la separación en origen. La intervención de la unidad académica, consiste en la aplicación de tecnologías, puesta en marcha de programas de investigación-transferencia, talleres de capacitación potenciando el reciclado y propiciando la generación de emprendimientos productivos.

Las principales tareas que se desarrollan son:

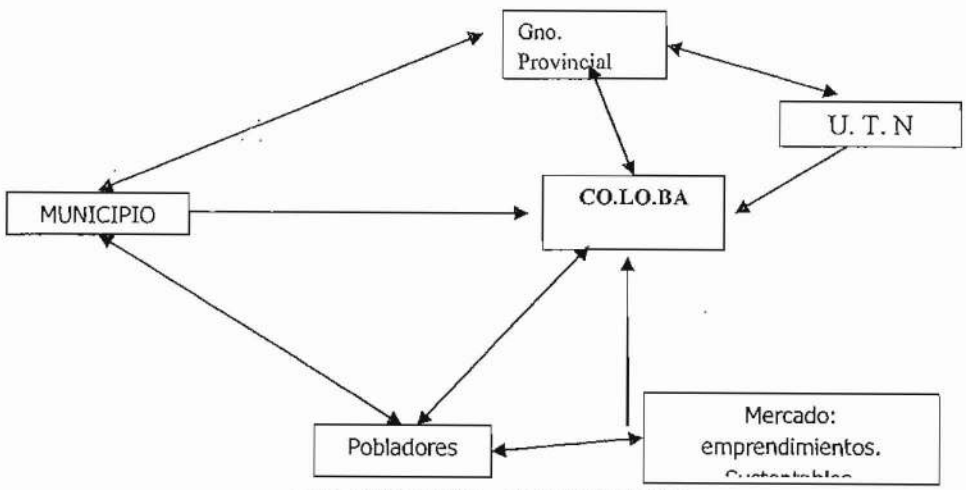
- Emprendimientos productivos, mediante la recuperación de residuos reciclables preseleccionados, acondicionamiento y venta;
- Campañas de promoción educativa, para la preselección de residuos en origen y
- Talleres temáticos, brindando herramientas o técnicas que incorporen valor agregado a los residuos. Entre los talleres temáticos se destaca el uso de energías alternativas, solar en particular mediante los secaderos y cocinas solares.

La campaña educativa de separación de residuos en origen, que se implementa a modo piloto, implica todo un cambio cultural y brinda elementos y herramientas medibles que pueden ser aplicables a mayor escala.

La comunidad implicada realiza talleres como parte de la capacitación en el tratamiento de residuos:

- Talleres de capacitación para la manipulación de residuos sólidos urbanos susceptibles de ser reciclados; en condiciones de higiene y seguridad adecuadas.
- Talleres de formación de Promotores Educativos Comunitarios.
- Talleres de armado y uso de secaderos solares, se pretende ofrecer una posibilidad de uso de energía solar para elaboración y conservación de alimentos.
- Talleres de capacitación para la venta de productos elaborados, generando emprendimientos económicamente sustentables.

Mapa de la red



CAMPO PAPPA- GODOY CRUZ

3. Los Derechos Humanos vulnerados en la villa inestable Campo Pappa

La pertenencia a una comunidad política y la efectivización de los principios de igualdad y libertad representan la base del concepto de ciudadanía.[367] Sousa Santos señala que la crisis del estado intervencionista y la economía globalizada ha vulnerado el ejercicio de los derechos sociales básicos[368]. Silvia Levín señala que el proceso "se inicia con un vínculo jurídico entre el ciudadano y el Estado, que se cristaliza en el reconocimiento de derechos, pero que continúa luego con la asignación de contenido a esos derechos formalmente reconocidos a través de las políticas públicas"[369]

Clarisa Martinez señala que "el derecho al espacio urbano debe entenderse, lato sensu, como un derecho al goce de las oportunidades sociales y económicas asociadas a la localización de la vivienda o actividad. Perder o sufrir la restricción de ese derecho puede suponer, además del eventual desarraigo físico, el deterioro de las condiciones de la vida material en cada uno de los planos en que existían externalidades vinculadas con la localización espacial"[370].

La villa, objeto de estudio en esta investigación revela las contradicciones impuestas por el sistema capitalista que refuerza las desigualdades en una trama social. El Estado reglamenta leyes que reconocen los derechos de los ciudadanos. Sin embargo en la realidad de este territorio el estatus legal de ciudadanía se contrapone con las desigualdades de clase de naturaleza económica y social. Se conjugan relaciones de poder en el cuál el sector gubernamental ejerce la supremacía lesionando los derechos de los sectores desprotegidos.

En este territorio en particular se presentan marcadas deficiencias en su implementación efectiva en el ámbito social; y esto se revela en los indicadores de

[367] La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, se firma en Francia en 1789 debido a la consideración que la "ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son la únicas causas de las desdichas públicas y de la corrupción de los gobiernos" y se plantea, entonces, la necesidad de exponer en una declaración solemne, los "derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre". Este paso dado por Francia, que después se extiende a nivel global fue proclamado en las Naciones Unidas en 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos, considerando que la libertad, la justicia, y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca , y de los derechos iguales e inalienables de la familia humana. En el Pacto de San José de Costa Rica, firmado en 1969, se otorga gran importancia a los deberes de los Estados de respetar derechos y libertades sin discriminación y a adoptar medidas legislativas para hacer efectivos tales derechos.

[368] Boaventura de Sousa Santos, Cesar A. Rodríguez Garavito *"El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita"*.Univ. Autónoma Metropolitan de México / Anthropos, Barcelona, 2007

[369] Levín Silvia. Ibidem

[370] Martinez, Clarisa. "Juegos de reconocimiento del derecho al espacio urbano en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la política de radicación de villas" en Revista de Estudios Sobre Cambio Social año IV. Número16 Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales.Universidad de Buenos Aires- Argentina, 2002.

pobreza, desocupación y la brecha de desigualdad entre las distintas clases sociales. La comunidad desarrolla estrategias de supervivencia mediante actividades participativas tales como mano de obra en la construcción del barrio, limpieza y mantenimiento, talleres de promoción social (huertas orgánicas, salud e higiene, tecnologías alternativas).

La intervención estatal en materia de vivienda permite un mejoramiento discreto en calidades de vida. Se contemplan mejoras en la infraestructura del hábitat (calles, acequias, veredas), que no constituyen soluciones de fondo. En efecto, hay grupos familiares que "prefieren" permanecer en la villa en lugar de una relocalización en barrios construidos por entidades estatales para tal fin debido al reducido tamaño de casas y las limitaciones que conlleva el mantenimiento de las mismas (se otorga viviendas sin otras modalidades de inserción tales como el trabajo digno, salud, educación)

Por otra parte se observan, de acuerdo a los testimonios, tensiones institucionales entre los organismo intervinientes. El municipio otorga insumos PROMEBA (Programa de Mejoramiento Barrial) financia y gestiona, el equipo técnico desarrolla las actividades relacionadas al mejoramiento del hábitat. Suelen surgir conflictos en función de relaciones de poder. Se precisan intervenciones integrales y multisectoriales de actuación en este territorio superando posiciones fragmentadas.

Esta villa cuenta con una estigmatización social pronunciada que dificulta el acceso de los pobladores al mercado laboral. Aún así existen mejoras debido a la intervención estatal que se concretan en una disminución en la percepción de inseguridad. La erradicación de este espacio urbano ha sido objeto de sucesivas intervenciones que han fracasado en su propósito. PROMEBA ha desarrollado acciones con tal finalidad a través del otorgamiento de dúplex en otros barrios que como ya se ha dicho no ha tenido los resultados ideales. Existe una cultura barrial que se contrapone con este accionar (los pobladores no se adaptan a la idea de un dúplex que no coincide con su "idea de casa".

Consideraciones finales:

La lógica capitalista refuerza la segregación espacial, promoviendo los derechos civiles, la competencia y la ganancia individual. El acceso a los beneficios sociales presenta diferencias para los distintos sectores. En efecto, el derecho al espacio manifiesta diferencias para los distintos grupos. Las denominadas "villas inestables" se han ubicado en tierras fiscales careciendo de servicios básicos (electricidad, agua potable, gas etc...). Se han asentado sobre espacios urbanísticos remanentes –debido a la ausencia de trabajo o ingresos muy reducidos sin protección social- y el crecimiento de la pobreza estructural y por falta de ingresos[371].

En la segunda mitad de los 70, estos asentamientos comenzaron a expandirse rápidamente, como una consecuencia de las transformaciones económicas que se produjeron en ese momento. Esto generó, entre múltiples motivos, la quiebra de determinadas economías regionales. Se registró una nueva migración de los habitantes del campo hacia las ciudades, en la búsqueda de mejores condiciones de vida, y ante la dificultad para encontrar trabajo, un alto porcentaje de los migrantes terminó formando parte de esos "bolsones", los cuáles empezaron a proliferar de manera indiscriminada; como había ocurrido en los años siguientes a 1930.

En la década de los 90, se produjo una profundización de las políticas recesivas, con la implementación de las políticas de ajuste y el neoliberalismo, la venta y concesión de empresas del Estado y privadas; y el cierre de fuentes laborales. Estos procesos acentuaron el ingreso de grupos sociales a esos conglomerados marginales, y en Mendoza, empezaron a crecer de manera notoria, tal como es el caso de Campo Pappa.

En esta investigación se entiende a los derechos humanos como una construcción social, distanciándonos del Positivismo Dogmático y el Derecho Alternativo. Esta construcción, como concepto primordial de la modernidad, ha implicado la instalación de un escenario jurídico primordial en la consideración de los

[371] La antigüedad de las villas en Mendoza se remonta a principios del Siglo XX. Se fueron incrementando a partir de la migración del campo a la ciudad, proveniente de países limítrofes, el crecimiento vegetativo y políticas inexistentes destinadas a la erradicación de las mismas.

individuos como sujetos portadores de facultades inalterables frente al Estado y ante los otros sujetos. Sin embargo, su concreción como realidad efectiva aún se encuentra distante; principalmente en los sectores excluidos geográfica, social y culturalmente. De ahí, que surge el desafío de articular acciones que posibiliten nuevas dinámicas productivas, promotoras de la inclusión social y en relación al mejoramiento de las condiciones del hábitat.

Bibliografía

Bauman Zygmunt *"Vidas desperdiciadas: La modernidad y sus parias"*. Barcelona. Paidós Ibérica. 2005.

Bobbio, Norberto: **El tiempo de los derechos**. Sistema. Madrid, 1991.-

Boaventura de Sousa Santos, Cesar A. Rodríguez Garavito *"El **derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita"**,* Univ. Autónoma Metropolitan de México / Anthropos, Barcelona, 2007

Constitución Nacional (Edición con la Reforma de 1994 y las Convenciones de los Derechos Humanos)

D Angschat, Jens S."Modernisierung und Nachhaltigkeit. Vereinigung für Stadt-, Regional-und Landesplanung eV (Hrsg.)" en *3ª Bienal de ciudades y urbanistas en Europa / 3. Europäische Planerbiennale,* SRL-Schriftenreihe 46; Berlin, 2000

Diccionario "**Nueva Enciclopedia Cultural**", Ed. Sopena, Barcelona, España, 1995

Gutierrez, Alicia "**Bourdieu: las prácticas sociales**", editado por la dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba y la Editorial Universitaria de la Universidad Nacional de Misiones, 1995

Instituto Provincial de la Vivienda- Mendoza "**Plan Estratégico Mendoza Sin Villas. 2007 Evaluación de resultados**", en: Revista del CNV (Consejo Nacional de la Vivienda)); 30-35; 81

Isla Alejandro, Lacarrieu Mónica y Selby Henry en *"**Parando la olla. Transformaciones familiares, representaciones y valores en los tiempos de Menem**"*, Editorial Norma, Buenos Aires, 1999.

Levín Silvia. *"**Los debates en torno al concepto de ciudadanía en sociedades en transformación**" en Mediaçoes*. Revista de Ciências Sociais, Departamento de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduaçao em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Londrina, Brasil, Vol 9, Nº 2, diciembre de 2004, (págs 119/137).

Martinez, Clarisa. **"Juegos de reconocimiento del derecho al espacio urbano en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la política de radicación de villas"** en Revista de

Estudios Sobre Cambio Social año IV. Número16 Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales.Universidad de Buenos Aires- Argentina, 2002

Naciones Unidas, **2º Conferencia de Naciones Unidas sobre asentamientos Humanos**, capítulo II, artículo 24.

Padilla, Miguel M.: **"Cómo nació la Declaración Universal de Derechos Humanos".** La Ley. Buenos Aires. 1 de diciembre de 1988

Sabatini, F., G. Cáceres y J. Cerda (2001). "Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: Tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción". EURE, 27 (82): 23 p.p. [on line] <htpp://www.scielo.cl>

Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; Informe **"Privados de libertad. Situación de niños, niñas y adolescentes en Argentina",** elaborado por la. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría de Derechos Humanos, Argentina, julio de 2006

Vallejo Julio Prado **"Documentos Humanos Civiles y Políticos"**, Editorial Casa de la Cultura, 1985 Villalpand

O, Waldo. **De los derechos humanos al derecho penal internacional.** Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales - Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000.-UN-HABITAT (2006), State of the world's cities 2006/7. The Millennium Development Goal and urban sustainability,London U.K.

Zaffaroni, Eugenio. **"Criminología: aproximación desde un margen"**, Temis, Bogotá, 1988.

Zaffaroni, Eugenio. ***"Criminalidad y desarrollo en América Latina"***, Revista ILANUD. N°14, Bogotá 1990.

Zaffaroni, Eugenio, ***"Sistemas Penales y Derechos Humanos en AL"***, Temis, Bogotá, 1990

Anexo

PROGRAMAS SOCIALES- CAMPO PAPA (Datos primera década del siglo XIX)

Programas Nacionales	Programas Provinciales	Programas Municipales
Programa Jefes y Jefas de Hogar Brinda una ayuda económica de $ 150 mensuales a los hogares con jefes o jefas de hogar desempleados con hijos menores de 18 años.- El aporte otorgado es de carácter no remunerativo y con cumplimiento de actividades de contraprestación laboral	**Vale Más** Este programa se encuentra destinado a sectores con alta vulnerabilidad social. Con este instrumento se puede comprar artículos de la canasta familiar en negocios minoristas adheridos de la zona. Distribución de un talonario de ticket "Vale Más", por un valor de 35$, el que Cuenta con 2435 destinatarios. Las zonas son: Centro, San Francisco del Monte, Villa Marini Oeste, Villa Marini Este, las Tortugas, Villa del Parque Norte, Trapiche, Villa Hipódromo.	**Asistencia Alimentaria** Destinado a sectores de alta vulnerabilidad social. Entrega un bolsón de mercadería, conformado por artículos de primera necesidad. Estos bolsones, de acuerdo a las entrevistas, se entregaban cada 25 días.
Programa Familias por la inclusión Social: Este Programa se centra en	**Programa de Vigilancia Nutricional** Coordinado desde el	**Programa Escuela Saludable** La Municipalidad de Godoy

la promoción y el fomento de los valores que cohesionan y articulan las relaciones familiares. Su dinámica atraviesa a los otros dos planes nacionales que promueven la generación del empleo y la seguridad alimentaria. Se basa en dos ejes: la familia y la comunidad. En el primero cada sujeto de derecho establece sus vínculos de pertenencia, contención, reconocimiento, y la base de su desarrollo laboral e intelectual. En el segundo construye su propia identidad y afianza sus derechos ciudadanos. El Programa atiende las necesidades de los grupos de mayor vulnerabilidad social a través de programas específicos para las diversas categorías sociales: niñez, adolescencia, juventud, tercera edad, discapacidad, jefas y jefes de hogar desocupados, entre otros. Según los datos otorgados por trabajadoras sociales existen en el barrio aproximadamente 100	Ministerio de Desarrollo Social y Salud de la provincia de Mendoza, articulado desde las áreas de Acción Social de cada Municipio y de los Centros de Salud Municipales. El objetivo consiste en la detección de desnutrición por médicos pediatras de Centros de Salud en la población infantil de la provincia; a través de la entrega de bolsones de alimento para contrarrestar los efectos de carencias nutricionales.	Cruz a través de la Dirección de Salud, lleva adelante el Programa Escuela Saludable, usando el ámbito educativo como espacio de reflexión de las diversas problemáticas vinculadas con la salud física y mental. A través de talleres gratuitos en Capacitación Docente sobre la reflexión de problemáticas actuales en salud mental con herramientas prácticas en lo referente a conductas, aprendizaje y otros temas. Escuela de Padres, Chicos cuida Vida (temas de salud), Orientación Vocacional y Técnica de Estudio y Comprensión Lectora. Se realizan los cursos en las escuelas de referencia del departamento que a su vez citarán a los establecimientos que correspondan a esa zona.

destinatarios de este plan. El mayor problema que se presenta es que en los padrones no están bien definidas las direcciones de las personas. También financia talleres de apoyo escolar para los hijos de Jefes y Jefas de hogar, desde jardín hasta 1º Polimodal. Son realizados en el Jardín Maternal Chispitas de Esperanza ubicado en la zona.		
Plan Nacional de Desarrollo Social. Programa Manos a la Obra El Programa Manos a la Obra, a través de la Dirección de Desarrollo Social de la Municipalidad de Godoy Cruz, realiza la compra y entrega de herramientas e insumos para la puesta en marcha de emprendimientos productivos, subsidios provenientes del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. El Ministerio articula a través de las municipalidades el otorgamiento de subsidios para que la gente sin empleo pueda desarrollar emprendimientos productivos de	**Nutrivale** Se aplica para niños que presentan desnutrición basados en los controles a esta determinada franja de población. Contempla la admisión como beneficiarios de niños hasta 2 años desnutridos con riesgo social, niños hasta 2 años celíacos, desnutridos, con riesgo social, embarazadas adolescentes con riesgo biológico y social, y puérperas desnutridas en riesgo social.	**Programa para puérperas y sus bebés** El objetivo es acompañar, asesorar y controlar a la madre que tuvo su hijo, con el objetivo de prevenir cualquier complicación en la vida de ambos y tener un control de aspectos como vacunación, puerperio y planificación familiar. Las acciones involucran desde la detección precoz de la embarazada en su domicilio; su preparación y

diversos rubros, estos proyectos son presentados por sus futuros ejecutores al municipio, éste lo envía a la Nación y de allí regresan, aprobados o no, según la factibilidad lo cual los habilita para percibir los subsidios. Entre los emprendimientos se han podido constituir 3 panaderías, 3 talleres de costura y bordado, talleres de artesanías regionales, los cuales alcanzan aproximadamente a 23 familias del departamento. Los destinatarios devuelven un 20 % del subsidio, en bienes o servicios, en calidad de donación a una institución de bien público, el plazo para la devolución es de un año en todos los casos.	Paralelamente a la entrega de los tickets Nutrivale, canjeables por alimento, se realizan charlas de capacitación y entrega de folletos informativos donde se sugiere la canasta de alimentos como recetas económicas.	estimulación en cuanto a la lactancia de su hijo; y la atención de la reciente madre como así también en control del recién nacido en el Centro de Salud más próximo a su residencia. Se brinda educación a la mujer, especialmente aquellas que pueden ser catalogadas como población de riesgo. Se direcciona a la conducta preventiva: Abortos espontáneos evitados, riesgos biológicos y sociales detectados a tiempo como para cambiar la situación, la planificación familiar y la paternidad responsable, consulta rápida que posibilita el diagnóstico precoz, son también otros frutos del programa.
Plan Nacional de atención al adulto mayor Este plan es gestionado por la		**Programa de Reorganización de Carreteleros** Consiste en el trabajo interdisciplinario en el

Municipalidad. Discapacidad funciona en Casa de los abuelos. Se financia con fondos provinciales. En este caso cabe aclarar que se gestiona, sobre todo, el otorgamiento de abonos. Para otras necesidades, por lo general, se deriva a otros organismos que se ocupan de las temáticas demandadas. En el caso de Pensiones por Discapacidad se remiten a la Dirección de Desarrollo Social, con recursos de Nación.		abordaje de la problemática de recolección de residuos urbanos realizada por carreteleros. Se trata de comunidad de un programa progresivo de 3 años con el objetivo de reducir gradualmente la cantidad de carretelas circulando por el departamento. Cabe aclarar que además se pretende reducir el trabajo infantil, concienciar acerca de las condiciones de salud en la que trabajan, reducir la cría de animales de corral (cerdo, gallinas y otros), mejorar el cuidado del medio ambiente. Todo esto en un contexto de respeto por la tarea que realizan y con el fin de lograr la reinserción de la actividad en el mercado formal, transformándose en "recuperadores urbanos". Las primeras medidas han sido: realizar un censo de congelamiento de dicha población, otorgándole una

		certificación y un número a la carretela, que indica que está incluido en dicho programa.
Programa FOPAR, Fondo Participativo de Inversión Social: Este programa tenía como objetivo atender las necesidades alimentarias de la población en situación de pobreza. Se entregaba diariamente a niños mayores de 6 años con problemas nutricionales. La organización receptora era el comedor comunitario de Virgen del Valle. Ya no tiene injerencia en el territorio.		**Programa en Derechos Humanos** En el marco de la Convención Internacional de los Derechos Humanos de 1948, el programa tiene como objetivos la promoción, la difusión y la defensa del pleno ejercicio de los derechos humanos de los habitantes del departamento. A través del desarrollo de actividades sociales y culturales: La defensa del derecho a la identidad de los inmigrantes a través del trabajo en conjunto con la Dirección Nacional de Migraciones y el Programa Nacional Patria Grande. La promoción de los derechos en ámbitos juveniles a través de Campamentos con jóvenes.

		Recitales con el objetivo de promover la Memoria, la Verdad y la Justicia.
PROMEBA Se trata de un programa que ha tenido intervención en la dinámica barrial, es el desarrollado en el marco del PROMEBA (Programa de Mejoramiento Barrial), "radicación y erradicación de barrios". Permite acceder a: 1. Provisión de infraestructura básica 2. Acceso a la propiedad de la tierra 3. Fortalecimiento de la organización comunitaria. El criterio para la selección de los destinatarios, consiste en que la familia presente al jefe/a del hogar desempleado, que los hijos sean menores de edad y/o que hayan personas discapacitadas, ancianas y madres solteras. Asimismo, la unidad de vivienda del municipio brinda asistencia a	**Campo Papa: radicación y erradicación de barrios** Se implementan acciones con la finalidad de lograr lo siguiente: regularización del dominio sobre la tierra, obras de infraestructura pública (agua, cloacas, gas, alumbrado público, parquización y arbolado público, espacios verdes, red vial (mejoras y ensanche de algunas calles) obras de infraestructura privada (núcleos húmedos, núcleos secos, desagües pluviales intradomiciliarios, segado de pozos, equipamiento comunitario) y obras complementarias (defensas, rellenos, obras de seguridad, nexos, etc. acciones de mejoramiento ambiental, desarrollo social, acompañamiento legal.	

los sectores vulnerables. Interviene en el ámbito comunitario. La metodología de trabajo ha consistido en la realización de visitas domiciliarias y el consiguiente relevamiento de necesidades socio-económicas de las familias del lugar. A partir de esto se elabora un informe para el Trabajador Social de la zona, quien se encarga de contener las necesidades detectadas a partir de los recursos materiales que posee esa dirección.		
Remediar: Es un programa de provisión gratuita de medicamentos ambulatorios. Constituye una estrategia central del Ministerio de Salud de la Nación para enfrentar la emergencia social y sanitaria, garantizando el acceso de la población más vulnerable a los medicamentos esenciales que dan respuesta a la mayoría de los motivos de consulta médica en los Centros de		

Salud. Los destinatarios son aquellos que tienen dificultades de acceso a los medicamentos ambulatorios, en especial quienes están bajo línea de pobreza o no tienen cobertura de obra social. Consiste en la provisión de medicamentos esenciales basado en el suministro gratuito a la población objetivo.		
Programa Materno Infantil Se realiza mediciones de talla, peso, vacunación, entrega de leche a partir de los 6 meses a embarazada (1 kg. de leche mensual) y puérpera (6 meses). Se suministra hierro en los casos necesarios.		
Plan Nacional de Seguridad Alimentaria – "El Hambre más Urgente" Este Plan se implementó en		

el territorio nacional a partir del segundo semestre del 2003, constituyéndose como el único plan dedicado a la asistencia alimentaria, dando cumplimiento a la Ley Nº 25.724 y su correspondiente reglamentación mediante el Decreto Nº 1018/2003. Surgió para atender la situación de emergencia alimentaria de los sectores más vulnerables tendiente a un mejoramiento de la nutrición en el mediano y largo plazo a través de una alimentación adecuada y suficiente. Para poder cumplir con estos objetivos se conformó la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación; y la Unidad Ejecutora Central integrada por profesionales de los equipos técnicos de los Ministerios de Desarrollo Social y Salud. Este Plan, de carácter federal, está dirigido a familias que viven en situaciones socialmente desfavorables y de vulnerabilidad nutricional, a través de una red de		

prestaciones -que comprenden estrategias de prevención, la instalación de líneas de superación y el desarrollo de acciones compensatorias- mediante la gestión asociada entre los diferentes niveles institucionales gubernamentales y no gubernamentales, La implementación del Plan se basa en estrategias de gestión asociada que articulan la acción de gobiernos provinciales, municipales, Consejos Consultivos y organizaciones de la sociedad civil. Se basa en líneas de intervención vinculadas a las prestaciones alimentarias y el desarrollo de prestaciones relacionadas con la prevención y promoción sanitaria y escolar.		

UNA LUCHA ENTRE LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR EL ESTADO: ANÁLISIS DEL DEBATE SOBRE LA MINERÍA METALÍFERA EN LOS MUNICIPIOS DE MENDOZA.

Por María Belén Levatino

Resumen

El presente trabajo intentará demostrar que los nuevos actores políticos, sociales y económicos que surgen del proceso de globalización actualizan el debate sobre la jerarquía de derechos que deben ser garantizados por el Estado. En este sentido, el análisis de las reacciones a favor y en contra de la minería en Mendoza nos evidencia que la lógica de la "sociedad red" provoca un comportamiento disímil en cada contexto institucional y cultural. En todos los casos, el rol de los municipios constituye un elemento clave para comprender cuál es la visión que impera dentro de cada uno de los departamentos.

1. Introducción

El presente trabajo incluye un análisis cualitativo e interdisciplinario[372] del debate en torno a la minería metalífera en Mendoza, el cual ha evidenciado la presencia de nuevos actores sociales con conflictos de poderes diferentes a los de la matriz del Estado Nacional y Popular. En este nuevo contexto, los municipios, las organizaciones sociales y los medios de comunicación se constituyen como protagonistas de los cambios institucionales.

Nuestro objetivo es abordar el debate entre los derechos promovidos o afectados por la exploración y explotación de los recursos mineros metalíferos en los municipios mendocinos. La intención no es evaluar el impacto ambiental de la minería metalífera, para lo cual se requiere una investigación de mayores dimensiones, sino analizar el conflicto entre los derechos que emergen de este dilema político.

Sostendremos que la identidad de resistencia comunal que promueva los derechos ambientales se desarrolla en los municipios donde existe una intensa

[372] El enfoque utilizado combina autores pertenecientes al campo de la Ciencia Política y la Sociología.

articulación entre las organizaciones políticas, sociales y económicas para la protección de los intereses agrícolas, vitivinícolas y turísticos. En cambio, en los departamentos en donde no se logra tal articulación, se fortalece desde el poder ejecutivo municipal la conexión local-global del capital minero para la construcción de una identidad proyecto que le de impulso a esta actividad sobre la base de los derechos de propiedad adquiridos por las empresas mineras.

El trabajo se estructura en tres partes: marco analítico, análisis del caso y consideraciones finales. En el desarrollo del marco analítico, se analiza la lucha entre los derechos sociales, las nuevas relaciones de poder en la articulación local-global del capital y se resumen algunos aspectos fundamentales relacionados con la participación, la autonomía municipal y los desafíos de gestión de los municipios latinoamericanos. Para terminar este apartado, se consideran las vinculaciones que plantea la globalización en torno a las instituciones, el medio ambiente y el rol del Municipio.

El análisis de los debates en torno a la minería metalífera en los municipios de la provincia de Mendoza, se inicia con los diferentes planteos sobre la conexión local-global de la minería, para luego analizar el conflicto entre los derechos sociales en el municipio de San Carlos. Seguido de esto, se estudia la legislación que regula la minería metalífera en Mendoza y las implicancias de la descentralización del conflicto en la arena municipal, tras la decisión del ex gobernador Julio Cobos de que cada intendente resuelva si acepta o no este tipo de minería dentro de su territorio. Por último, se coteja el discurso de los actores provinciales relevantes, con los cuales cada municipio puede articular su estrategia de acuerdo a su posición en el conflicto. En las consideraciones finales se retoman los puntos centrales del marco analítico que pueden ser aplicados al análisis del caso.

2. Marco analítico

2.1 Relaciones entre los derechos garantizados por el Estado

Para Holmes y Sunstein (1999) un *"interés"* se torna en "derecho" cuando el Estado mediante su sistema legal y judicial emplea los recursos necesarios para hacerlo operativo. En este sentido, se fijan en cómo el sistema judicial funciona en realidad, en la práctica, en lugar de como debería funcionar en teoría.

Coincidimos con estos autores en que es un error sostener que los "derechos negativos" son gratis y no dependan del Estado como los "derechos positivos". Por el contrario todos los derechos y libertades están sujetos a la acción positiva del Estado en virtud de que necesitan de los tribunales y de las fuerzas de seguridad. A su vez, también están supeditados a los recursos financiados por los impuestos, por lo cual no pueden ser universales. Esto los lleva a declarar a la ciencia de las finanzas públicas como *"una ciencia ética porque nos obliga a rendir cuenta públicamente de los sacrificios que nosotros, en cuanto comunidad, hayamos decidido a tomar, [y] explicar a qué cosas estoríamos dispuestos a renunciar para alcanzar otras metas más importantes. Una teoría de derechos, si quisiera captar el modo en que un Estado de derecho estructura y gobierna la conducta real, ha de tomar este hecho en cuento."* (Holmes y Sunstein, 1999: 98)

Tampoco los derechos sociales pueden ser absolutos cuando, en muchos casos, existe conflictos entre ellos y los jueces tienen que buscar fórmulas de "equilibrio": por ejemplo, entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad, entre la libertad de contratación y el derecho a la asociación sindical, entre los derechos civiles y la necesidad de combatir el terrorismo, etc. Siguiendo a Montesquieu, estos autores afirman que los derechos son "poderes" que para ser "reales", no pueden ser "absolutos", sino "concretos" y "definidos", limitados necesariamente por otros poderes contrarios. Esto los lleva a resaltar que los derechos tienen un coste, un

precio, y que los ciudadanos, ante la imposibilidad de tenerlo todo, tienen que elegir. En este sentido, el optar por un derecho siempre conlleva la contrapartida de perder otro, o al menos, no poseerlo en el grado que se quisiera. Afirman que esta característica del juego político tiene mucho de "análisis de coste y beneficio"[373].

Para Holmes y Sunstein no puede hablarse de una "inflación" de derechos porque cada derecho implica un deber, una obligación hacia un comportamiento responsable. Sólo cabe imaginarse derechos "absolutos y gratis", sin la contrapartida de deberes, en el "estado de naturaleza" hobbesiano, pero el estado político actual no es así. Por ejemplo, cuando se han positivado los "derechos medioambientales", las empresas y los ciudadanos individuales se han visto obligados a reciclar materiales, a tratar sus residuos y hasta a recoger los excrementos de los perros por la ciudad.

Picolotti y Bordenave (2002) observan la relación entre los derechos humanos y la protección del ambiente. En este sentido, sostienen que "la degradación del medio ambiente afecta severamente el uso y goce de la mayoría de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así por ejemplo, el derecho a la vida y a la salud, se ven críticamente afectados por problemas de degradación ambiental". (Picolotti y Bordenave; 2002: 04). Desde esta perspectiva, resaltan los siguientes puntos en común entre el derecho ambiental y el derecho de los derechos humanos:

- Ambas disciplinas tienen profundas raíces sociales.
- Son sistemas jurídicos de finalidad con objetivos, con consenso universal y con contenidos variables, abiertos a la realidad y cambios sociales.

---

[373] Para Holmes y Sunstein, un estudio de las condiciones fiscales de la protección de los derechos, lejos de ser cruelmente economicista es fundamentalmente política porque *"reparar en los costos nos obliga a tomar una más amplia y no una más restringida óptica del bienestar público. Ello nos previene de asir los problemas en forma secuencial, en la medida en que van surgiendo, y nos obliga a proponer soluciones globales a una amplia gama de los problemas sociales. Además, deja desnuda la necesidad de la inversión pública, hecha y evaluada en forma colectiva. Más que reflejar una admiración ciega a los productos del mercado, el estudio del costo de los derechos tiene significado en la promoción de políticas públicas producto del razonamiento. Es también un tema comunitario o colectivista, no obstante tener profundas raíces en la tradición política libera"* (1999: 224)

• Ambas ramas del derecho tienden a la universalización de su objeto de protección. Los derechos humanos se presentan como universales y la protección del medio ambiente aparece como una responsabilidad de todos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado sobre la relación entre los diferentes derechos y la protección del medio ambiente. Por ejemplo, en el fallo Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni – contra El Estado de Nicaragua[374] pronuncia que *"la Convención no establece un derecho a la "propiedad privada", sin más; sino que "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes". Para la interpretación de dicho precepto, la Corte pone sobre relieve la regla establecida en el inciso "b" del artículo 29 de la Convención según la cual ninguna disposición de ésta debe ser interpretada de tal manera que se limite el goce o ejercicio de algún derecho fundamental. En ese sentido, el derecho de propiedad reconocido en la Convención, debe ser interpretado incluyendo el derecho de las comunidades indígenas a contar con propiedad comunal."* En virtud de este fallo el Estado anuló la concesión a la empresa SOLCARSA, la cual debió retirarse de la actividad forestal en el territorio de la comunidad indígena. Uno de los párrafos más importantes de la sentencia enuncia que *"El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación (...) la salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra".*

2.2. Nuevas relaciones de poder en la articulación local-global del capital

Las transformaciones estructurales y culturales en las relaciones entre el Estado y la Sociedad, que emergen del proceso de globalización, nos alertan sobre el surgimiento de nuevos actores- sujeto[375], diferentes a los de la matriz del Estado

[374] La demanda se origina porque el 13 de marzo de 1996, la comunidad indígena se vió afectada por una concesión que acordó el estado con la empresa SOLCARSA para que se dedique a la explotación forestal en las tierras de la comunidad. Ver resumen del fallo en <http://resumendefallos.blogspot.com.ar/2010/11/comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni.html>

[375] Por actor sujeto nos referimos a *"los portadores con base material o cultural, de acción individual o colectiva que apelan a principias de estructuración, canservación o cambio de la sociedad, que tienen una cierta densidad histórica, que se definen en términas de identidad, alteridad y contexto, que se involucran en los proyectos y contraproyectos, y en los que hay uno tensión nunca resuelta entre el sujeto o principio constitutivo y trascendente de una determinada acción histórica y la porticularidod y materialidad del octor que la evoca"*(Garretón, 2002:9)

nacional y popular[376] (Garretón, 2001; 2004). En el mismo sentido, Touraine (2000:47) sostiene que *"Las relaciones entre el Estado-nación y la economía globolizada conlleva a la diferenciación de los niveles local, nacional y global con conflictos sociales propios diferentes de los enfrentamientos más duros de la sociedad industrial"*.

El proceso de globalización ha sido definido por la comunidad científica de diversas maneras, según el aspecto que desee resaltar cada autor. Dentro de las definiciones consideramos oportuna la de Ulrich Beck en la cual la globalización es *"un proceso multidimensional que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas"* (Beck, 2004: 29), por lo que recomienda diferenciar la globalización de las técnicas de la comunicación, la globalización económica, la ecológica, la de la organización del trabajo, la cultural y la globalización de la sociedad civil.

Por su parte, Castells también entiende que la globalización del capital junto con la multilateralización de las instituciones de poder y la descentralización a los gobiernos regionales y locales produce una nueva geometría del poder de la cual emerge el *"Estado Red"* (Castells, 1996). En este escenario, las estrategias de los actores sociales se orientan a maximizar sus posibilidades de representación de intereses y valores dentro de las *"redes de relación"* de las diversas instituciones y niveles de competencia. La interacción entre lo local y lo global, que es el objeto de análisis de Castells y Borja, se orientan a responder a la globalización mediante la localización de las instituciones de gestión y de representación que constituyen, en este argumento, un nexo entre democracia participativa, desarrollo informacional e integración cultural (Castells y Borja, 1997).

Teniendo en cuenta que la globalización posee un carácter multidimensional (Beck, 2004), en su dimensión económica se puede analizar cómo las actividades estratégicamente dominantes funcionan como una *"unidad a nivel planetario en tiempo real o potencialmente real"*, que configura un *"sistema segregante y excluyente de sectores sociales, territorios y países."* (Castells y Borja, 1997: 23-24). Sin embargo, en su dimensión ambiental, se puede ver la presencia de cuatro mecanismos: competencia interlocal; inserción internacional de la circulación de mercancías;

[376] Estado Nacional, empresas públicas, sindicatos, partidos políticos, etc.

intensificación de los riesgos ambientales asociados a la desregulación; y acentuación de las desigualdades socioambientales (Acselrad, 2003). Dentro de estos mecanismos, Acselrad entiende por *"chantaje de la localización"* al poder de los capitales e inversiones internacionales sobre los gobiernos locales para intercambiar inversiones por ventajas fiscales y desregulaciones ambientales. Esto tiende a dividir a las sociedades locales que entran en un proceso de competencia y debilita a los movimientos sociales al perder la base de su apoyo por ser acusados de plantear exigencias que dificultan la llegada de capitales y la supuesta dinamización de la renta y del empleo. *"Donde los gobiernos locales ceden, el capital obtiene las condiciones institucionales y socioambientales más favorables; donde los gobiernos locales na ceden, se crean, por el déficit de inversión, condiciones para el debilitamiento de la organización social, de modo que allí también se prepara un futuro más hospitalario para las corporaciones"* (Acselrad, 2003: 89-90).

Esta visión sobre los aspectos negativos de las relaciones local-global se contrapone con el abordaje de los contenidos positivos sostenidos por Castells y Borja: *"Son los gobiernos locales (municipales o regionales) los que sin caer en el proteccionismo comercial pueden contribuir más eficazmente a mejorar las condiciones de producción y competición de las empresas de las que depende, en último término, el bienestar de la sociedad local"* (Castells y Borja, 1997: 15). Ellos consideran que los ayuntamientos o municipios son los únicos que pueden estar a la altura del dinamismo de las redes globales de riqueza e información. En el plano institucional, suponen una fortaleza de los gobiernos locales para adaptar los acuerdos normativos y los programas de actuación a cada situación concreta mediante la cooperación entre instituciones públicas y sociedad civil. De ahí que comprendan que se haya producido una pérdida de soberanía del Estado-Nación, el cual se fragmenta en gobiernos regionales y locales: *"La era de la globalización de la economía es también la era de la localización de la político"* (Castells, 1996: 428).

En la misma óptica se encuentran Dubet y Martuccelli, quienes consideran que los movimientos que refuerzan lo local y las identidades regionales transforman la imagen de una nación. Sostienen esta idea citando como ejemplo que *"la región del*

mediodía de los Pirineos lleva a cabo más negocios con Barcelona que con el resto de Francia" (Dubet y Martuccelli, 1998: 382).

Según Castells, el estudio de las nuevas relaciones de poder deben abordarse desde dos puntos de vista, ya sea como la *"capacidad de controlar las redes instrumentales y globales en virtud de identidades específicas"* o *"desde la perspectiva de redes globales, de someter toda identidad en el cumplimiento de las medidas instrumentales transnacionales"*. Al considerar al Estado-Nación como un actor *"impotente"* recomienda que la teoría del poder debiera reemplazar a la teoría del Estado. Sin embargo, con esto no afirma que el Estado-Nación se haya vuelto irrelevante o que vaya a desaparecer (Castells, 1997).

2.3. Participación, autonomía municipal y desafíos de gestión en los municipios latinoamericanos

Existe una tendencia a sustituir gradualmente el sistema de pirámides y jerarquías verticales de los Estados, por un sistema de redes en donde se coordinen los diferentes organismos en procesos sinérgicos para la optimización de los recursos internos y externos. Kliksberg (1995) se pregunta: *¿cómo se pude avanzar en esta dirección en América Latina?* y argumenta, que la descentralización de la ejecución de las políticas aparece como una promesa significativa para lograr la eficiencia, acercar al ciudadano y democratizar el aparato estatal. Sin embargo, también reconoce que este proceso implica algunos riesgos como las desarticulaciones entre los organismos o la cooptación de las regiones por los intereses locales. Un elemento clave para superar estos desafíos, según esta perspectiva, es la participación efectiva de la sociedad civil en la gestión de los gobiernos locales para mejorar la eficiencia de los poderes públicos. (Dubet y Martuccelli, 1998).

En el plano local, la articulación entre instituciones políticas y sociedad civil puede responder, según Castells y Borja, a formas y objetivos diversos, entre las cuales consideramos oportuno destacar dos: la resistencia o confrontación con un agente externo (por ejemplo, una administración superior o una multinacional) y la movilización sociopolítica que tiene su base principal en la afirmación de la identidad colectiva y la voluntad de autonomía política. La autonomía local se ha entendido como *"la protección legal de autoorganización, de competencias exclusivas y*

específicas, del derecho a actuar en todos los campos de interés general de la ciudadanía y de la disponibilidad de recursos propios no condicionados". (Castells y Borja, 1997: 51). En relación a América Latina las limitaciones a las competencias locales, la insuficiencia de los recursos públicos y las dificultades para plantear su defensa legal ante los tribunales, constituyen los principales obstáculos que deberían superarse para garantizar su aplicación. A su vez, la magnitud de la autonomía local debería corresponderse con el ejercicio del principio de subsidiaridad, el cual establece que la gestión pública que se puede hacer a nivel local no debe ejercerse en ámbitos superiores.

Castells y Borja, al igual que muchos otros autores, entienden que el principio legitimador de la autonomía es la proximidad, que permite establecer una relación directa e inmediata de la organización representativa con el territorio y la población. Sin embargo, este precepto tiene también detractores, como es el caso de Sennett, quien sostiene que: *"El localismo y la autonomía local se transforman en extendidas doctrinas políticas, como si la experiencia de las relaciones de poder fuesen a tener un significado humano mayor cuanto más íntimas sea la escala"* (Sennett, 2002: 737). Su crítica a las instituciones políticas que promueven la descentralización denuncia que al enfocarnos en las relaciones humanas directas en una escala íntima dejamos de ver cómo las fuerzas de dominación o desigualdad permanecen indisputables. El debate sobre las diferentes posiciones frente a la autonomía local requiere un análisis más profundo que escapa a los contenidos del presente trabajo. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que las condiciones tecnológicas, institucionales y políticas, que establecen Castells y Borja, para que los municipios puedan actuar mancomunadamente a escala nacional e internacional y lograr la tan mentada *"sinergia social"* son difíciles de lograr en las realidades concretas de las instituciones locales latinoamericanas, por tres razones:

- Desde el punto de vista tecnológico, son muy pocos los municipios que cuentan con sistemas de información que aglutinen los datos en bases intermunicipales, con acceso online permanente.

• Institucionalmente, a los gobiernos municipales les resulta muy dificultoso abandonar su lánguida existencia de relaciones burocráticas para convertirse en redes dinámicas y activas, con máquinas administrativas permanentes y ágiles.

• En la mayoría de los casos es políticamente inviable que los gobiernos municipales asuman su poder y sean capaces de afirmar una comunidad de intereses por encima de sus diferencias de partidos e ideologías.

A pesar de estos obstáculos, la pérdida de la capacidad del Estado para integrar la población a través del respeto a las leyes y decisiones, y de la imposición de conocimientos, de normas o de una memoria a toda la población, ha producido una profunda revalorización de lo local (Touraine, 2000). En este sentido, pensamos que el análisis de Castells se puede aplicar mejor a nuestras experiencias locales en relación a que: *"las nuevas identidades, no parecen surgir de las antiguas identidades de la sociedad civil en la era industrial"* (Castells, 1998: 396). En este sentido, coincidimos con este autor, en que la lógica dominante en la sociedad red provoca en cada contexto institucional y cultural sus propios desafíos, según afirme las *"identidades de resistencia comunales"* o construya *"identidades proyecto"*.

2.4. Instituciones, ambiente y municipio

Si avalamos que existen *"racionalidades"*, a las que podemos definir como *"sistemas de reglas de pensamiento y comportamiento de actores sociales que se establecen dentro de estructuras económicas, políticas e ideológicas, legitimando un conjunto de acciones, confiriendo un sentido a la organización de la sociedad en su conjunto"* (Leff, citado por García, sin año: 3), podemos establecer que estas reglas orientan un conjunto de prácticas y procesos sociales hacia ciertos fines, a través de medios socialmente construidos, que se reflejan en normas morales, creencias, arreglos institucionales y patrones de producción. Dentro de este marco, Leff distingue entre una *"racionalidad ambiental del desarrollo"* y una *"racionalidad capitalista"*, la cual considera que se sustenta sobre un modelo de desarrollo único basado en la explotación de los recursos en el corto plazo que provoca efectos negativos que deterioran el ambiente. En este análisis, esta racionalidad tiene

carácter hegemónico por lo que su superación depende de la modificación de las instituciones y aparatos ideológicos que la sustentan y legitiman.

El discurso del desarrollo sustentable ha pasado de la gestión ambiental dirigida desde el Estado, a una propuesta en la que se conjugarían el Estado (local, provincial, nacional, regional), los agentes económicos y los grupos sociales. Dentro de esta visión, una política ambiental debería combinar, mediante una perspectiva transectorial, el poder del Estado para proporcionar las condiciones políticas y económicas necesarias que revitalicen las fuerzas creativas y productivas de la sociedad, y al mismo tiempo, le permitan arbitrar entre intereses contrapuestos. Por lo que es común encontrar dentro de esta bibliografía citas como la siguiente: *"La eficacia de la gestión ambiental del desarrollo, no depende sólo de la capacidad para responder integralmente a la sustentabilidad del desarrollo, sino también está condicionada por la multiplicidad de racionalidades de los actores que entran en juego"* (García, sin año: 5).

También, dentro de este esquema, se propicia la presencia de nuevos mecanismos participativos como las audiencias públicas o la gestión participativa, que aunque se reconoce que tienen más significación formal que real, se las considera como las bases para una ampliación democrática en la toma de decisiones[377]. En este sentido, se sostiene que desarrollar articuladamente programas ambientales y sociales *"no se trata de buscar el traslado de las prácticas dañinas hacia áreas donde la sociedad esté menos organizada, sino de democratizar todas las decisiones relativas a la localización y a las implicancias ambientales y sanitarias de las prácticas productivas y de los grandes proyectos económicos y de infraestructura"* (Acselrad, 2003: 97-98).

Desde la gestión municipal, el diseño e implementación de políticas ambientales constituyen, en la mayoría de los casos, una tarea pendiente por los déficit de recursos presupuestarios, la falta de mecanismos de información, la burocracia de los controles ambientales, la carencia de personal especializado, etc. Sin embargo, comúnmente se

[377] Si cotejamos las diferentes opiniones sobre los mecanismos de participación podemos encontrar dos posiciones enfrentadas, por ejemplo, en el caso de las audiencias públicas: están las que priman la participación y el conocimiento popular sobre los asuntos ambientales y las que prefieren valorar las competencias técnicas.

propicia al municipio como actor clave para lograr la participación efectiva y real en el desarrollo y la elaboración de proyectos económicos de gran impacto ambiental.

Un punto clave para el análisis de los mecanismos institucionales que regulan los temas ambientales son los cambios en la acción colectiva. En este sentido, coincidimos con Dubet y Martuccelli (1998) en que la misma se ha vuelto más impredecible y visible, y menos subordinada a la oferta de políticas. A su vez, su rol aparece de una manera muy distinta según actúen sus dimensiones de crisis, sus dimensiones estratégicas o sus capacidades de oposición, *"pero, en todos los casos, se propone establecer una relación entre la actividad social y la manifestación de la voluntad política."* (Dubet y Martuccelli, 1998: 396). Con lo cual es necesario que demos especial importancia al papel que juegan los medios de comunicación en los cambios en la acción colectiva.

Otro aspecto a tener en cuenta para el estudio de las relaciones entre ambiente y municipio es la crisis de represtación de las instituciones estatales. Al respecto, el análisis de Castells nos ayuda a comprender los cambios en las relaciones de poder: *"Los juegos estratégicos, la representación personalizada y el liderazgo individualizado sustituyen a los agrupamientos de clase, la movilización ideológica y el control partidista que caracterizaron a la política en la era industrial"* (Castells, 1996: 417). Estas transformaciones producen que los ciudadanos desconfíen del Estado, lo cual vacía al sistema político de poder: *"sin embargo, el poder no desaparece. En una sociedad informacional, queda inscrito en los códigos culturales mediante los cuales las personas y las instituciones conciben la vida y toman decisiones (...) si la gente equipara calidad de vida con conservación de la naturaleza y con serenidad espiritual podrían aparecer nuevos actores políticos y nuevas políticas públicas."* (Castells, 1996:418).

Específicamente, en relación a la participación en las decisiones sobre la explotación minera en Argentina, uno de los casos pioneros y emblemáticos fue el conflicto entre la población de Esquel, en Chubut, con la minera canadiense Meridian Gold. Este conflicto se desató debido a la alerta dada por técnicos y ambientalistas de la región, que movilizaron a la comunidad de Esquel contra la explotación de una mina

de oro a cielo abierto. Finalmente, los vecinos autoconvocados organizaron un plebiscito en marzo de 2003 el cual tuvo como resultado que un 81% de la población se manifestó en contra de la minería tóxica. El "efecto Esquel" tuvo un arrastre multiplicador, en otras provincias como Río Negro, Mendoza y La Pampa, donde se sancionaron leyes que prohíben la minería con uso de sustancias tóxicas[378]. Al respecto de la respuesta social a la minería, Svampa (2008) considera que la industria extractiva minera suele encontrar un terreno favorable en aquellas regiones marcadas por una matriz social muy jerárquica y poco diversificada desde el punto de vista económico, en donde imperan gobiernos provinciales y municipales de bajísima calidad institucional.

3. Debates en torno a la minería metalífera en los municipios de la provincia de Mendoza

3.1. La conexión local-global de la minería en Mendoza

La actividad minería argentina está regulada por una profusa legislación, dentro de la cual se destaca la Constitución Nacional y el Código de Minería, que rige a partir de 1887. A partir de 1993, se sancionaron un conjunto de normativas que garantizan incentivos positivos para esta actividad[379]. Entre los contenidos de esta nuevas instituciones se pueden destacar: deducción de gastos de exploración (Ley de Inversiones Mineras Nº 24.196)[380]; devolución del IVA a la exploración (Ley Nº 25.429); estabilidad fiscal y cambiaria por 30 años (Ley Nº 24.196); amortización acelerada (ley Nº 24.196)[381]; exenciones de aranceles y tasas aduaneras (Ley Nº 24.196-Resolución 112/2000)[382]; deducción por gastos de conservación de medio ambiente (Ley

[378] Ver "David y Goliat: El auge de la minería a cielo abierto y los movimientos de resistencia", (Maristella Svampa en Ecoportal, 22/09/2008) <http://mineria.ecoportal.net/layout/set/print/content/view/full/81455/ (printversion)/1>

[379] Es necesario recalcar que las condiciones para el desarrollo minero son sustantivamente superiores por el histórico valor que han alcanzado los metales y el tipo de cambio devaluado que disminuye los costos de energía y mano de obra.

[380] Pueden deducir el 100% del monto invertido para determinar la factibilidad de un proyecto del cálculo del Impuesto a las Ganancias.

[381] Maquinaria, construcciones , vehículos e infraestructura se amortizan en 3 años

[382] Las empresas mineras no pagan derechos de importación, derecho o tasa de estadística por la importación de bienes de capital, equipos mineros o insumos importados.

24.196)[383]; tope a las regalías en el 3%[384] (Ley 24196 y Ley 25.161); capitalización de los Avalúos de Reservas Mineras[385]; exención de gravámenes provinciales y municipales (Ley 23.018 y su modificatoria Ley 24.490) y del impuesto al Cheque (decreto Nº 613/2001); transferencia al exterior de capital y ganancias en cualquier momento y sin pagar cargas o impuestos; suspensión de la obligatoriedad del ingreso y negociación en el mercado de cambios de las divisas provenientes de la exportación de productos correspondientes a las empresas mineras (Decreto Nº 753/04); etc. Es necesario resaltar que Mendoza se adhirió a la Ley de Inversiones 24.196 mediante la ley provincial 6090 de 1993.

Este contexto jurídico es propicio para la atracción de empresas transnacionales. En este sentido, se debe resaltar que las provincias más importantes de la industria minera argentina son: San Juan, Catamarca, Tucumán, Santa Cruz, Chubut, Salta y Jujuy. Según el sitio web http://www.noalamina.org[386] , el 80% de las empresas que operan en este sector cuentan con la presencia de capitales extranjeros[387]. Desde la Delegación de Mendoza de la Secretaría de Minería de la Nación, se pretende contrastar el discurso de que el régimen minero fue sancionado para servir a *"capitales foráneos ansiosos por apoderarse de nuestros recursos naturales"* (Los Andes, 06/05/2006a), arguyendo que la mayoría de los proyectos y ampliaciones presentados a la secretaría de minería para obtener la garantía de estabilidad fiscal son de pymes nacionales. Sin embargo, la conexión local-global del capital minero es tomada por las ONGs ambientalistas como un mecanismos para eludir las responsabilidades en

[383] La ley establece que las empresas mineras deben gastar un cierto monto anual para la conservación del medio ambiente, pero no fija ningún mínimo para este gasto. Además, para incrementar los beneficios de las empresas permite que el importe gastado a este fin podrá ser deducido del cálculo del impuesto a las ganancias, hasta una suma equivalente al 5% del monto total de los gastos de extracción y procesamiento.

[384] El 3% de las regalías corresponden al valor boca mina del mineral extraído, según las críticas a la legislación este coeficiente se transforma, luego de las deducciones autorizadas por la misma norma, en menos de un 1,5%.

[385] El avalúo de reservas mineras, podrá ser capitalizado hasta en un 50%. Esto no incide en el impuesto a las ganancias, sólo mejora la situación patrimonial para acceder a créditos. (Ley de Inversiones Mineras).

[386] <http://www.noalamina.org/?&MMN_position=1:1> Consulta (7/01/2008).

[387] Este informe menciona como las principales referentes de este tipo de inversión a: Meridian Gold, Tenke Mining Corporation, Barrick Gold, Xstrata Plc, Northern Orion Resources, AngloGold Ashanti y Silver Standard Resources.

relación a la fuerza laboral empleada, como así también, de las que se derivan del resarcimiento económico por los eventuales impactos negativos sobre el ambiente.

3.2. Análisis de la identidad de resistencia comunal en el Municipio de San Carlos.

Como se expuso anteriormente, para Castells la globalización incita, en cada contexto institucional y cultural, desafíos diferentes según se afirme las *"identidades de resistencia comunales"* o se construya *"identidades proyecto"*. El municipio de San Carlos, constituye un claro ejemplo del primer caso, por la magnitud con la cual estalló el conflicto, la cual se puede explicar por dos razones: primero, debido a que la actividad minera no constituye un fuerte recurso en su estructura económica, ya que la mayoría de sus trabajadores pertenecen al sector agroindustrial y recientemente al turístico[388]. También se debe a que esta comunidad tiene antecedentes de acción colectiva, por ejemplo, en 2002 y 2003 los pobladores consideraron que los concejales ganaban demasiado y protestaron hasta que se bajaron los sueldos.

El conflicto minero se desató cuando la minera canadiense Tenke y su subsidiaria en la Argentina, Depromin, anunció en febrero de 2005 su decisión de explorar el área denominada Papagayos, ubicada a unos 20 km al sur de la Laguna del Diamante, para extraer oro y cobre. La comunidad sancarlina se organizó en un principio en torno al *Frente Diamante*[389], el cual se constituyó como una agrupación multisectorial constituida por uniones vecinales, entidades agrícolas, productores, concejales, organizaciones religiosas, profesionales independientes, empresarios del turismo y docentes. Dentro de este espectro de actores, uno de sus principales referentes fue la Sociedad Rural del Valle de Uco, cuyo presidente destacó que *"la creación del Frente no es una cuestión romántica, sino una necesidad de tomar posición frente al mundo y señalar que la clave del crecimiento económico sustentable en el Valle de Uco es desarrollar una producción agrícola diferenciada"* (Mario Leiva, Los Andes, 19/04/05).

388 El nivel de desocupación según la encuesta de Condiciones de Vida de los Hogares Rurales es de sólo el 3,5%.

389 Este frente se disolvió en diciembre de 2006 por diferencias ideológicas y políticas de las organizaciones participantes. A partir de entonces los vecinos Autoconvocados de cada uno de los municipios del Valle de Uco aparecen en las publicaciones como los principales referentes de la lucha ambientalista.

A su vez, la visión del Frente se sustentó sobre la labor de distintos profesionales, por ejemplo, un geógrafo de la UNCuyo e investigador del CONICET, Daniel Cobos, quien en uno de los primeros actos organizado por este frente, disertó sobre la importancia del recurso hídrico para la vida en el Valle de Uco. El mensaje que se transmitió en esta ocasión fue que el desarrollo minero a cielo abierto implica, por un lado, el uso de grandes cantidades de agua y, por otro, una amenaza seria de contaminación ya que para separar los metales de la roca se utilizan muchas toneladas de productos químicos. El investigador mostró gráficos que señalan que el nivel de agua transportada por ríos y arroyos de la provincia ha caído considerablemente. También alegó que en los emprendimientos mineros de Veladero y Pascua Lama, en San Juan, existen denuncias de contaminación del río Jáchal y sostuvo que: *"Eso mismo puede pasar en el Valle de Uco"* (Los Andes, 18/04/2005).

Otros actores claves para el éxito de las movilizaciones fueron las escuelas del municipio, quienes tomaron la minería como el tema central. Los docentes plantearon el debate, los alumnos lo llevaron a sus casas y de esta forma se organizaron las movilizaciones bajo un mismo objetivo: la defensa de las actividades tradicionales de San Carlos, entre ellas, el cultivo de hierbas aromáticas, viñedos y frutales. Por otra parte, la Declaración de la Pastoral Social de la diócesis de Bariloche sobre los aspectos contaminantes de la minería del oro a cielo abierto con cianuro en 2004[390], representó un antecedente para que la iglesia católica del Valle de Uco se constituyera como otro actor importante en la lucha contra la minería.

El éxito de los actores anteriores se plasma en el discurso de quienes participan en las movilizaciones en contra de la minería[391], como es el caso de María Alejandra Martín, quien reconoce no saber mucho de minería pero se opone fuertemente: *"Nosotros les creemos a quienes nos informan porque no son políticos. Son personas creíbles porque tienen compromiso social. Lo del domingo fue emocionante. Era el pueblo sin distinción de clases sociales el que salió sin ser usado por nadie"* (Los Andes, 11/09/2005). En esta afirmación existe una clara alusión a la personalización de la

---

[390] <http://aica.org/aica/documentos_files/Obispos_Argentinos/Maletti/2004_11_29_mineria.htm> Consulta (16/09/09). El informe se encontraba publicado en el sitio web del municipio de San Carlos hasta la modificación de la página oficial a principios de la gestión del intendente Difonso.

[391] La movilización más importante se realizó el 4 de septiembre de 2005, con más de 3.000 personas.

política y a la crisis de la representación del Estado. También existen otros participantes para los cuales la minería representa una amenaza concreta de sus intereses: *"A nosotros nos controlan todo para vender la uva a las bodegas importantes y para que sea exportable el vino. Si hay minería en la naciente del agua con que se riega, no sé a quién le vamos a vender"* (Los Andes, 11/09/2005).

Respecto al rol de los políticos locales, el Concejo Deliberante tomó parte en el conflicto mediante la aprobación, por unanimidad y en sesión extraordinaria, de la Ordenanza 1.068/05 que prohíbe, dentro de los límites del departamento, *"el empleo de técnicas de lixiviación con sustancias tóxicas"* en las actividades mineras y contempla graves multas -de hasta 10.000 onzas de oro- para aquellas empresas que no cumplan con la prohibición mencionada. Esta institución surgió a raíz de una propuesta del Frente Diamante y fue tomada por las autoridades locales como un ejercicio de autonomía política y de articulación entre el municipio y la sociedad civil, como lo demuestran las declaraciones del concejal del partido Demóccrata y actual intendente del municipio, Jorge Difonso: *"Se trabajó en conjunto y se redactó el proyecto que finalmente fue aprobado (...) como está redactado no se opone a ninguna ley. Solamente estamos tomando atribuciones como policía departamental"* (Los Andes, 20/12/05).

Por su parte, el entonces intendente, Dr. Mario Guiñazú durante las jornadas del Congreso de Minería Sustentable en Mendoza, que tuvieron lugar los días 9 y 10 de junio de 2005, expresó: *"no se puede modificar la forma de vida de la gente, poniendo al hombre al servicio de la economía, tenemos un estilo de vida que nos caracteriza como labradores de la tierra y queremos mantenerlo"* y además agregó: *"San Carlos es por definición de su propio pueblo, agroindustrial y turístico, y remarcó con firmeza que hará todo lo que esté a su alcance para garantizar a los sancarlinos un presente y futuro libre de contominación"*. Con estas palabras defendió la autonomía local e instó al gobierno provincial y a las empresas, a respetar la decisión que tome el pueblo sancarlino.

Para complementar las fuentes periodísticas del conflicto minero en San Carlos se realizaron entrevistas en profundidad a informantes claves del municipio. De este trabajo de campo se resaltan algunas coincidencias entre las declaraciones de Jorge

Cabello[392] y Mario Leiva[393], respecto a que la justificación del rechazo a la minería metalífera es la preservación del recurso hídrico que constituye la base de su identidad de resistencia y aglutina los intereses de los diferentes actores. Ambos arguyen que *"la minería es una amenaza porque pone en riesgo la calidad y la cantidad de agua (...) Nosotros queremos el desarrollo económico y social como en cualquier lugar del mundo pero lo queremos tener apuntando a nuestra identidad agrícola, turística y ganadera"* (Jorge Cabello); *"los proyectos mineros atentan contra nuestra posibilidad de vivir una vida sana (...) San Carlos es reconocido por la calidad de nuestra agua (...) teníamos un acuerdo tácito de no enfrentarnos y poner a la ampliación de la Reserva de la Laguna del Diamante por encima de todos los intereses porque es la cabecera de la cuenca hidrológica"* (Mario Leiva). Cabe destacar la postura de ambos en relación al veto presidencial de la Ley de Glaciares: *"El enemigo tiene tiempo para esperar, esto se ve, por ejemplo en el veto de la Ley de Glaciares"* (Mario Leiva); *"El agua vale más que el petróleo, cada vez va a escasear más y es un recurso que hay que preservar. La ley de glaciares es fundamental. El agua nos asegura la economía y la vida. Esta es la visión de muchos, hay mucha conciencia"* (Jorge Cabello).

Además, acuerdan en cuanto a las diferencias en el papel que jugaron las distintas estrategias electorales de los candidatos a intendente en el 2007: *"Difonso supo capitalizar el descontento social (...) Guiñazú tardó en reaccionar"* (Mario Leiva); *"Este tema tuvo repercusiones en las urnas. El gobierno anterior no tomaba parte, no participaban directamente. En cambio, en la gestión actual ha madurado, el intendente tomó parte y recibe a quien quiera hablar sobre estos temas"* (Jorge Cabello).

Ambos destacaron el valor de investigar a través de viajes fuera de la provincia y de la utilización de literatura en internet para avalar la decisión de presentarse en contra de los proyectos mineros: *"Fuimos a Catamarca, tuvimos información de primera mano de las empresas de seguro de las mineras y de ONG's ambientalistas de EE.UU."* (Mario Leiva); *"Internet ha sido algo primordial. En Canadá, EE.UU y en Europa*

[392] Empleado de la dirección de ambiente del municipio.
[393] Presidente de la Sociedad Rural del Valle de Uco desde hace 18 años.

se han vivido estos procesos, no han funcionado. Si es ambientalmente sustentable no es económicamente rentable. Las leyes ambientales en Europa no permiten el tipo de explotación como ellos lo plantean. Entonces, por eso vienen y lo proponen acá, porque nuestras leyes son más permisivas, porque nuestros sistemas de control no son efectivos" (Jorge Cabello).

Otros puntos a destacar de las entrevistas es que la Sociedad Rural resalta las diferencias internas entre los grupos ambientalistas y el gobierno municipal que termina con el alejamiento de Daniel Núñez, primer director de ambiente del municipio, luego de que fueran rescindidos los contratos de todas las personas que trabajaban asesorando al municipio en el tema minero. Existió una *"trampa de Difonso a los ambientalistas. Les prometió trabajo y luego los echó"* (Mario Leiva). En tanto que el representante del municipio se limitó a resaltar que *"No hay (dentro de la lucha de San Carlos) una institución más fuerte ni con mayor peso. Se trata de una línea horizontal donde nadie dirige sino que entre varias personas se coordinan. La idea es que todos tengan voz y voto. En su momento participó la Sociedad Rural que organizó a la parte agraria y a la parte ganadera de San Carlos que es bastante fuerte y tienen intereses particulares"*. Sin embargo, Mario Leiva arguye que: *"el Frente Diamante fue una idea de la Sociedad Rural que después se politizó porque muchos estaban en la mesa para llevarse votos"*.

3.3 La legislación que regula la minería metalífera en Mendoza

El lobby de las empresas del sector agroindustrial más la presión de las organizaciones ambientales que participaron en las movilizaciones en contra de los proyectos mineros[394], influyeron para que entre 2005 y 2007 se consiguieran una serie

[394] Estas manifestaciones también influyeron sobre el poder ejecutivo. Por ejemplo, al día siguiente de la movilización del 4 de septiembre de 2005, desde la casa de gobierno se tomó la decisión de suspender los permisos mineros por 90 días, con el fin de articular el Código de Minería (enmarcado en la Ley nacional 24.585) con la ley provincial 5.961, de Preservación del Ambiente. Sin embargo, esta medida fue abandonada cuando el gobernador promulgó la ley 7.422.

de reformas institucionales que pretenden regular el avance de la minería metalífera en Mendoza.

La primera de ellas es la ley 7.422 que amplió, desde septiembre de 2005, la reserva de la Laguna del Diamante. Luego le sigue, en diciembre de 2006, la ley 7.627 que suspende los derechos mineros, los cateos, las exploraciones o las explotaciones metalíferas a cielo abierto hasta que el Ejecutivo envíe a la legislatura el plan ambiental que contempla la Ley 5.961. Sin embargo, esta ley fue vetada por el gobernador Julio Cobos mediante el decreto 2.828 del 19 de diciembre de 2006[395], con el fundamento de que además de ser inconstitucional por la incorporación de disposiciones que son de competencia exclusivas del Congreso de la Nación podría provocar una avalancha de juicios contra la Provincia de las empresas mineras que tienen permisos de exploración (Los Andes 20/12/2006).

Por último, la ley 7.722 de junio de 2007, prohíbe en el territorio de la Provincia de Mendoza el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otros componentes tóxicos similares utilizados en los procesos mineros metalíferos de cateo, prospección, exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo[396]. Establece, entre otras exigencias, que la declaración de impacto ambiental de los proyectos de minería metalífera debe ser ratificada por ley, que los informes sectoriales municipales, del Departamento General de Irrigación y de otros Organismos Autárquicos, son de carácter necesario y que para dejar de lado las opiniones vertidas en los dictámenes sectoriales se deben fundar expresamente las motivaciones que justifican estos cambios.

[395] Este decreto sumo el apoyo de otros municipios Por ejemplo, la concejala Silvia Calvi, integrante del Consejo Asesor Departamental de Planificación y Concertación de Políticas Mineras, expresó: "sólo hay que respetar las leyes que tenemos y ejercer un control riguroso como se establece en el Código de Minería sancionado en 1887 (...) el desafío es respetar las bondades y los límites de cada reglamentación" (Los Andes, 15/12/2006).

[396] Además de las críticas realizadas por las empresas mineras, se destaca la del secretario de Desarrollo Económico de la Municipalidad de Malargüe, Juan Agulles, quien señaló que: "también existían numerosas familias que prestaban servicios en forma indirecta. Perforación, tornería, alojamiento, comida, alquiler de vehículos y ropa, entre otros. Esto ha generado un impacto económico muy negativo para nosotros"

La autoridad de aplicación de esta ley es el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, quien debe reglamentar un Seguro de Garantía Ambiental para cada emprendimiento y crear, dentro de su ámbito, la Policía Ambiental Minera que tendrá como función específica el control y seguimiento de cada uno de los emprendimientos mineros de la provincia, debiendo informar todas las actividades desarrolladas semestralmente a las comisiones de medio ambiente de la legislatura. También establece que el Departamento General de Irrigación deberá ejercer el control específico y el seguimiento de cada uno de los emprendimientos mineros cuando los mismos afecten las cuencas hídricas.

A pesar de la sanción de este tipo de legislación, el conflicto minero aún no tiene una solución definitiva, ya que en las empresas mineras presentaron una serie de recursos de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza para dejarlas sin efecto. Las primeras presentaciones son de tres firmas que tenían cateos y permisos de prospección minera en la extensión del área protegida de la Laguna del Diamante por la "vulneración" de los derechos adquiridos en la zona[397] (Los Andes, 12/11/05), en tanto que las doce restantes se refieren a la Ley 7.722 a la que consideran que impide la actividad lícita, desbarata el derecho de propiedad y quebranta la seguridad jurídica porque atenta contra los principios de irretroactividad legal e igualdad (El Sol on line 14/09/09).

Según el diario El Sol, solamente se han retirado dos demandas por una misma firma"[398], en tanto que aún persisten diez reclamos por inconstitucionalidad que pertenecen a las siguientes empresas: Concina Raúl, Deprominsa, Minera del Oeste, Minera Agaucu, Cognito Limited, Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Actividad Nuclear, Minera Río de la Plata, Vector Argentina SA, entre otras. El matutino destaca que *"Un dato llamativo es que una de las demandas*

[397] Una de esas firmas es "Anglo-American", la cual tenía cateos mineros en la zona del perímetro de la reserva Laguna del Diamante (bautizados como Ninu), que con la ampliación quedaron dentro del área protegida.

[398] Portal del Oro S.A, con sede en Vancouver, anunció a fines del 2008 que ponía a la venta las operaciones mineras que venía realizando en Mendoza, con la intención de encarar un proyecto de explotación de uranio en la zona de Sierra Pintada, a 35 kilómetros de San Rafael, denominado Proyecto Tigre, por su cercanía con ese río.

que persiste es de Minera San Jorge, la misma compañía que intenta comenzar sus trabajos en Uspallata y sobre la cual recaen fuertes sospechas por parte de organizaciones ambientalistas". (El Sol on line 14/09/09).

Por otra parte, el decreto 820 del 05 de mayo de 2006 reglamenta la Ley Provincial N° 5961 en aquellos aspectos vinculados a la protección ambiental para la actividad minera. Según la visión oficial, este decreto brinda nuevos parámetros al Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en la minería, e incorpora la participación ciudadana y la opinión de organismos técnicos. Al respecto, el entonces subsecretario de Medio Ambiente Gustavo Morgani, declaró: *"Aunque en Mendoza aún no hay proyectos de explotación sino sólo de exploración, estamos viendo con aquellos que sean más conflictivos llegar a la instancia de audiencia pública pora poder viabilizar la participación de la comunidad para que los conozcan y se expresen junto a organismos técnicos especializados"* (Diario Uno, 20/11/2006). Por su parte, la ex-ministra de Economía Laura Montero, expresó: *"Consideramos el proceso minero bajo condiciones de mucha protección, casi por encima a la Nación".* (Los Andes, 19/10/2006).

En general el sector minero acepto el decreto[399], por ejemplo, Julio Totero un empresario metalmecánico, afirmó que *"Los controles ambientales los debe hacer con responsabilidad el Estado y la comunidad. Quienes se oponen seguramente nunca dejarán de usor combustibles, cal, cemento, alianzas de oro y aceros. Si no hay minería algunos sectores seguirán pagando sueldos de hombre en el campo a los trabajadores rurales"* (Los Andes, 19/10/2006).

Los principales detractores del decreto son los Municipios del Valle de Uco; algunos partidos políticos como la Coalición Cívica; los Vecinos Autoconvocados de diferentes departamentos, como San Carlos, Las Heras, Lavalle, Capital, etc, y otras agrupaciones como Vecinos Unidos por el Agua Pura o la Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable. Estos sectores sostienen que el decreto representa

[399] Incluso existen denuncias en los medios periodísticos de que abogados relacionados con dichos intereses participaron en su redacción

una violación de la jerarquía normativa del ordenamiento legal vigente, provincial y nacional, ya que no sólo contradice el espíritu de la ley que reglamenta sino que también se opone a las leyes 25.675 (Ley General de Ambiente), 25.831 (Régimen de libre acceso a la información pública ambiental) y 7.722. El fundamento de esta crítica se encuentra en el recurso de revocatoria presentado por un vecino del San Carlos el 30 de mayo de 2006[400], cuyos puntos centrales son:

- La preeminencia del régimen jurídico ambiental sobre todas las actividades mineras.
- El decreto avasalla las atribuciones de la autoridad ambiental en favor de la autoridad minera, porque no solamente establece que la autoridad de aplicación será compartida por la Dirección de Control y Saneamiento, y la Dirección de Minería[401], sino que además considera que el Informe de Impacto Ambiental y las observaciones u objeciones que surjan de la consulta pública deberán presentarse ante la Escribanía de Minas.
- El Art. 25 del decreto establece que la Dirección de Minería es quien categorizará los proyectos de prospección y exploración en base *"a la capacidad de carga al ecosistema"*, esto le permite a la dirección determinar que cuando esta capacidad no sea superada, el informe de impacto ambiental tendrá un trámite abreviado, obviando la participación ciudadana (audiencia/ consulta pública) y de los organismos ambientales del Estado.
- El libre acceso a la información pública ambiental no debería condicionarse a plazos.
- El decreto no da lugar a rechazar los proyectos mineros si éstos no cumplen con la normativa, ya que el artículo 22 inc c expresa: *"rechazar el informe cuando lo estimare insuficiente, en cuyo caso deberá emplazar al interesado a presentarlo nuevamente, salvando las omisiones o rectificando los errores en un plazo de treinta*

---

[400] <http://poraguapura.com.ar/web/index.php?option=com_content&task=view&id=55&Itemid=2> (Consulta 20/08/08).

[401] El artículo 27 de ley 5.961 establece que todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar, directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una declaración de impacto ambiental (DIA), expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda o por las Municipalidades de la provincia, quienes serán la autoridad de aplicación de la presente ley, según la categorización de los proyectos que establezca la reglamentación y de conformidad con el anexo I.

(30) días hábiles conforme lo establece el art. 255 del Código de Minería de la Nación[402].

- No abre la posibilidad de consulta a la sociedad civil sobre la aceptación o no de la minería en cada municipio, de modo general, sino para la evaluación de cada proyecto específico.

3.4. El Gobierno provincial y la descentralización del conflicto en la arena municipal.

Tras las críticas al decreto 820/ 06 y el aumento de la conflictividad social producto de las manifestaciones en las rutas de Mendoza se conoció, el 21 de noviembre de 2006, el contenido de una carta que Cobos envió a cada uno de los Municipios en la cual comunica su intención de elaborar un mapa de zonificación de desarrollo minero que cuente con el consentimiento de los intendentes. Con esta medida, pretendió delegar en los departamentos la responsabilidad de definir, por medio de una Ordenanza Municipal, si acepta o no la minería en su territorio. La decisión del ejecutivo provincial intentó por un lado, propiciar una efectiva autonomía municipal, la cual no está garantizada por la constitución provincial aunque existe un importante debate en torno a su modificación. Sin embargo, por otro lado, arrojó la responsabilidad de asumir el costo político del conflicto minero a los intendentes. A su vez, para tornar más atractiva a esta medida, se ofrecía a las comunas la sanción de una norma que reglamentara la distribución de las regalías dentro de los departamentos que aceptaran la minería.

El mapa minero nunca llegó a completarse porque los municipios tomaron diferentes posturas. En primer lugar, encontramos la posición de los municipios del Valle de Uco que apoyaron la decisión del gobierno en pos de resguardar la autonomía

[402] Este artículo contradice la ley 5.961, Art. 36 inc. c que permite rechazar sin más la obra. A su vez, el Código de Minería, Art. 254, nos dice: *"la autoridad de aplicación se expedirá aprobado o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental"*, la ley 25.675 establece un procedimiento similar (Art. 12. Las Autoridades Ambientales (...) deberán realizar una EIA y emitir una DIA en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los proyectos presentados).

municipal. De esta forma, rechazaron la minería metalífera mediante las ordenanzas 1123/06 (San Carlos), 1940/06 (Tunuyán), 001/07 (Tupungato).

En segundo lugar, se ubican los intendentes que rechazaron la oferta del gobierno, como el intendente de Gral. Alvear quien sostuvo: *"El gobernador no asumió la responsabilidad y para nosotros (lo que decidió) no es una solución, ya que no resuelve el problema de Alvear"*[403] (Los Andes, 22/11/06). En la misma línea, el intendente de San Rafael declaró que *"es una definición estratégica que debe ser adoptada por el gobierno central. En 15 días no se puede definir un panorama que compete a unos 32.000 km2 que tiene nuestro departamento."*[404] (Los Andes, 22/11/06).

El conflicto en San Rafael se origina del mismo modo que en San Carlos, porque la empresa minera canadiense Maple adquirió en septiembre de 2005 quince permisos de cateo para buscar uranio en la zona de Sierra Pintada[405]. La diferencia radica en que la explotación de esta mina desató un conflicto de poderes entre el Estado Nacional, provincial, municipal y determinados sectores de la comunidad local. Por un lado, la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) insistió con la necesidad de reabrir la mina de uranio. Sin embargo, el Gobierno mendocino condicionó esta reapertura al tratamiento de sus pasivos ambientales según los mecanismos impuestos por la Ley 5.961.

En este departamento, la postura frente a la minería se encontró dividida por dos posiciones muy definidas que movilizaron a los sectores sociales. La oposición a

[403] En estas declaraciones se refiere a los proyectos ubicados en San Rafael y en la cuenca del río Atuel en Malargüe, que podrían afectar su departamento.

[404] A través de estas manifestaciones se entiende que el funcionario público se abstiene de asumir el costo político, ya que en la situación particular de San Rafael el equilibrio de los intereses posee un carácter más ambiguo que en los municipios del Valle de Uco.

[405] Sierra Pintada es el único yacimiento de mineral de uranio del país que llegó a producir 120-140 toneladas / año, las razones de su cierre se deben, entre otras, a que resultaba más conveniente importar debido a la paridad cambiaria, las presiones ambientalistas y los problemas de gestión de la CNEA en el tratamiento de las colas residuales del mineral en San Rafael y Malargüe. Cuando se clausuró Sierra Pintada, una libra de concentrado de uranio se vendía en el mercado mundial a 7 dólares. Actualmente se comercializa por encima de los 90 dólares y la tendencia marca un alza incontenible, a medida que crece la demanda mundial, incentivada por los graves problemas de la oferta eléctrica.

cualquier explotación minera de uranio en zonas turísticas y la que apoyó la reapertura de la mina de uranio, siempre y cuando se aprobara una ley declarando al uranio mineral estratégico, con lo que sostenían, se podría evitar que esa riqueza sea manejada por empresas extranjeras. En el primer caso, nos encontramos con una entidad con profundo raigambre social en el sur mendocino, como es la Cámara de Comercio, Industria y Agropecuaria, quien encabezó la Multisectorial del Sur para el desarrollo Sustentable[406] y otras agrupaciones como Uranio No Gracias[407]. En la posición contraria está la Comisión Pro Apertura de Sierra Pintada, quien apoya al gobierno provincial y la CNEA en virtud de los recursos económicos que representa la reapertura de la mina para el departamento.

La justicia se expidió sobre este conflicto en varias oportunidades. En primer lugar, el 30 de marzo de 2005, el Juzgado Federal de San Rafael, a cargo de Raúl Acosta, dictó la medida de "no innovar" dando lugar al recurso interpuesto por la Multisectorial del Sur. La CNEA apeló la medida y el 26 de diciembre de 2005 obtuvo el fallo revocatorio a su favor. Ante esto, la Multisectorial presentó un recurso extraordinario, que fue rechazado en julio de 2006 (Los Andes, 29/07/2006). Finalmente, en febrero de 2009, la Cámara Federal de Apelaciones provincial confirmó la medida cautelar de no innovar que había dictado el juez federal de primera instancia de San Rafael, que ordenaba a la CNEA *"abstenerse de iniciar en Sierra Pintada tareas que impliquen explotación productiva hasta que no remedie la totalidad de los pasivos ambientales"*[408].

Por último, encontramos los políticos que no hicieron declaraciones públicas sobre el mapa minero como el entonces intendente de Malargüe[409], profesor Raúl

[406] En la cual confluyen 38 organizaciones dentro del departamento de San Rafael. <http://www.multisectorialsur.org.ar/presentacion.html> (Consulta 20/08/08).

[407] <http://www.uranionogracias.com.ar/mina.html> (Consulta 21/09/09).

[408] La Cámara Federal fundó su decisión -entre otros argumentos- en el Principio de Precaución contenido en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente que establece: "Cuando se tiene la incertidumbre acerca de los impactos negativos de una determinada actividad sobre el medio ambiente o salud, en vez de asumir que las actividades humanas pueden continuar hasta que se tenga clara evidencia de que son perjudiciales, este principio apoya acciones que buscan evitar y prever daños ambientales por anticipado".

[409] Según la Cámara Mendocina de Empresarios Mineros (Camen) se registraron en este departamento, entre 2000 y 2007, 16 proyectos mineros. Los más importantes son el de extracción de oro en la mina

Rodríguez, y los jefes comunales que las hicieron en forma indirecta. Tal es el caso del intendente lasherino, Rubén Miranda, quien a través de un vocero comunicó que *"la minería a cielo abierto es necesaria para nuestro desarrollo, dentro de normas ambientales vigentes, que no vamos a resignar"*[410] (Los Andes, 22/11/2006). Más allá de esta declaración, no encontramos la opinión del intendente sobre el mapa minero, aunque ya desde noviembre de 2005 este municipio viene promoviendo esta actividad, como puede verse en las siguientes afirmaciones:*"en contraposición con otras regiones del país y de la provincia, Las Heras está propiciando el desarrollo minero"* (Los Andes, 26/11/05*); "hay que desdramatizar el tema de la minería, ponerle seriedad y responsabilidad y conocer de qué se está hablando porque si no, hay opiniones que surgen sin conocer de qué se trata"* (Mendoza on line, 15/08/08).

Sobre este debate un especialista en derecho minero, el doctor Raúl Rodríguez[411], sostuvo que *"rigiendo una ley nacional, el Código Minero, ni la Provincia y mucho menos los municipios pueden desbaratar o restringir una norma federal; lo que sí pueden los municipios es ser parte esencial en la evaluación del impacto (que pueden producir estas explotaciones)"* (Los Andes, 15/12/2006). Si bien este argumento posee un alto contenido jurídico, no se debe dejar de lado el contenido social en tanto que representa un posicionamiento de los diferentes actores en relación al problema, reconociéndoles una determinada cuota de poder en la determinación de las decisiones.

"Don Sixto" (ex "La Cabeza") ubicado en Agua Escondida, con una inversión de 400 millones de dólares; y el de sales de potasio de Río Tinto, el cual fue vendido a la empresa brasilera Vale en enero de 2009. Este proyecto minero no metalífero, cuenta con la declaración de impacto ambiental que autoriza las etapas de construcción y producción de la planta. Se estima que la inversión inicial rondará los U$S 3.000 millones, que en su etapa de construcción generará 800 empleos directos y 14.900 empleos indirectos y que una vez construida la infraestructura de la mina en Malargüe, contará con 850 trabajadores directos y 10.900 empleados de manera indirecta.

[410] El intendente se refiere al emprendimiento San Jorge de la empresa Coro Minning, el cual está ubicado a 45 kilómetros al norte de Uspallata, sobre la ruta provincial 149 que la une con la localidad sanjuanina de Barreal. La minera, tiene previsto explotar unas 40.000 toneladas de cobre y la misma cantidad en onzas de oro anuales, con una generación de 2000 empleos directos y 1900 indirectos en la etapa de construcción, y 400 y 1500 respectivamente durante la etapa de operación. Existen opiniones encontradas en la comunidad de Uspallata entre quienes apoyan el emprendimiento y los vecinos Autoconvocados que se oponen.

[411] Abogado que asesoró a las empresas mineras en la presentación de los recursos de inconstitucionalidad de la ley 7722.

Al respecto una editorial del diario Los Andes del día 6 de diciembre de 2006 critica la posición del gobierno provincial de derivar el conflicto en los municipios afirmando que: *"Mendoza va dejando de ser una Provincia para convertirse en una especie de Confederación de Municipios"*. Con lo cual entiende que se afecta su facultad para representar el interés general de la Provincia. También aborda el tema de la descentralización a la cual se refiere como *"hipertrofia de las funciones municipales"* que constituye un aumento de los gastos y conflictos. Por último, se propone con ironía la posibilidad de *"disolver el Gobierno provincial ya que no tiene territorio ni población ni jurisdicción para decidir sobre temas sustanciales de la vida común de los habitantes de la provincia"* (Los Andes, 06/12/2006).

3.5 Otros actores del debate sobre la minería de Mendoza

La revalorización global de la arena municipal, como ámbito de toma de decisiones, plantea a cada uno de los intendentes el desafío de identificar los actores con los cuales necesariamente debe articular sus estrategias de desarrollo. Al respecto, los intendentes que opten por el modelo minero, deben tener en cuenta que los principales exponentes en Mendoza de esta actividad son: el gobierno provincial, las empresas mineras y determinadas organizaciones sociales, como la Cámara de Empresarios Mineros y la Asociación Geológica de Mendoza.

En relación al gobierno provincial, debemos recordar que la posición de Julio Cobos varió de acuerdo con la coyuntura política del conflicto, como lo indica la renuncia del director de Minería luego de la suspensión de los cateos mineros en septiembre del 2005, quien sostuvo que se dio un cambio en la "reglas de juego", ya que fue el mismo gobierno el cual promocionó, en el encuentro de minería mundial que se realizó en Toronto a principios del mismo año, las ventajas de invertir en la explotación minera de Mendoza; el mismo argumento presenta la empresa Tenke (Grupo Lundin) cuando se refiere al conflicto. Con respecto a la gestión de Celso Jaque, el mismo solicitó el aval legislativo de la evaluación de impacto ambiental del proyecto

Potasio- Río Colorado[412], manifestando que es necesaria una minería *"sustentable, controlada, reparadora y que pague mayores regalías"* (Los Andes, 04/09/2009).

Según un informe elaborado por el geólogo Guillermo Pensado, de la empresa Energía Mineral el impacto económico que la minería podría dar a la provincia es de relevancia, ya que solamente las ventas anuales a precios actuales de mercado, de los proyectos mineros Potasio Río Colorado, San Jorge, Don Sixto y Sierra Pintada, representarían un 16% del Producto Bruto Geográfico provincial. En la visión del geólogo, la minería es una industria que se asienta en lugares donde otras industrias no lo harían: *"Si analizamos que muchas de las economías regionales se desarrollaron y fueron el producto del desarrollo minero. Este es el caso de Malargüe que gracias a las minas de carbón a principios del siglo XX se construyeron escuelas, se mejoraron hospitales y se construyeron nuevas rutas."*[413] (Los Andes, 13/11/2007).

Es necesario resaltar que las empresas mineras tomaron distintas estrategias frente a la ley 7.722, por ejemplo, el presidente de Exeter a cargo de "Don Sixto", declaró: *"Hemos encontrado un enorme apoyo de las comunidades malargüinas, es muy desafortunado que la decisión legislativa permita privar a esta gente de los beneficios económicos de una mina con las mejores tecnologías y prácticas disponibles. Ahora nuestro foco se ha desplazado a Cerro Moro, en la amigable provincia de Santa Cruz"* (Los Andes, 26/06/2007). Por su parte, la empresa responsable del proyecto San Jorge, alega que para respetar la legislación, se reemplazará el método de "lixiviación" por el de "flotación"[414], el cual consigue un concentrado del 27% de cobre y un mínimo

---

[412] En la cual se aprobó la construcción de un "Fondo de Desarrollo Socio-Ambiental", que estará integrado por los aportes que la empresa Vale deberá realizar de U$S 12 millones (en los tres años que demandará la construcción de la mina), más el 1% de la facturación bruta total (una vez terminada). Estos motos son independientes del 3% de regalías.

[413] Por su parte, Rodolfo Cabeza, ex concejal del departamento de Malargüe, sostiene que: *"nuestra postura respecto a la explotación minero es totolmente diferente al resto de la provincia. Es más, hace 30 años se creó la escuela Técnica Minera de Malargüe para generar profesionales para esa actividad. En consecuencia, nos consideramos un departamento minero por excelencia"* (Diario San Rafel, sin fecha).

[414] En este procedimiento, la extracción comienza mediante canteras a cielo abierto, de allí pasa a una etapa de trituración (para la cual es necesario un importante consumo de energía eléctrica) y de molienda, que lleva el material a un estado similar al del talco (150 micrones). Ese producto ingresa a la fábrica donde se le incorpora lechada de cal (óxido de calcio). En los pasos siguientes del proceso, para

porcentaje de oro, en vez de el 99% obtenido por la lixiviación (Mendoza on line, 24/09/2008). Lo cual es recalcado por Miranda, cuando sostiene que lo que se hará en Uspallata es *"extracción de cobre con el producido de una pasta que va a ser trasladada a Asia en donde están las moliendas que le terminan de hacer el proceso de separación"* (Mendoza on line, 15/08/2008). Estos discursos contienen una señal de alerta, porque a pesar de que los empresarios sostienen que este cambio es económicamente rentable, mantienen (por las dudas) el recurso de inconstitucionalidad de la ley 7.722. A esto se suma el hecho de que en la información aportada por la minera en su sitio web no se aclara que la molienda será realizada fuera de la Argentina.

En relación a las organizaciones de la sociedad civil, Guillermo Suárez, vocal de la Asociación Geológica de Mendoza, se refirió al problema como un efecto de la manipulación de la opinión pública por otras organizaciones sociales que tienen intereses en contra de la minería: *"el presidente de la Sociedad Rural ha dicho que no quiere que los mineros le vengan a arruinar su negocio (...) Estos y otros dirigentes, con la ayuda de argumentos aportados por conocidos extremistas de la ecología, se encargaron de hacer presentaciones, organizar reuniones, e infundirle miedo a la comunidad hasta lograr conducir a sus dirigidos como una "pueblada" en contra de la actividad minera exploratoria de una empresa y, de paso, en contra de la actividad minera en general"* (Los Andes 02/10/2005). En la misma posición, la Cámara Mendocina de Empresarios Mineros, a través de su presidente Roberto Zenobi, argumenta que *"nosotros pretendemos que los temas de minería sean abordados por idóneos y no por gente que no está en el tema, que muchas veces opina y manipula a la opinión pública."* (Los Andes, 06/05/2006). Con respecto al proyecto San Jorge afirma que: *"La realidad es que evidentemente la minería paga sueldos mejores y esto perjudicaría al agro que se instale la minería porque comenzaría a levantar los niveles de ingresos de los empleados disponibles"* (Mendoza on line, 14/08/2008). Otros puntos fuertes del fundamento de estas organizaciones son: la supremacía de la legislación minera nacional sobre la provincial y los eventuales perjuicios económicos

separar un concentrado de cobre y oro, se agregan sustancias orgánicas, tensioactivas, espumantes y luego floculantes.

para las arcas de la provincia por los juicios de las empresas mineras con derechos adquiridos.

En cambio, los intendentes que rechazan el modelo minero, articulan sus estrategias con las organizaciones sociales que actúan principalmente en los departamentos del Valle de Uco, del Gran Mendoza y del sur mendocino, las cuales están fuertemente vinculadas con otras ONGs como los Autoconvocados de Río Negro, Chubut y Neuquén, cuyo discurso se orienta a resaltar los efectos de la minería tóxica[415]. Por ejemplo, los vecinos autoconvocados de San Carlos, pertenecientes a la Asamblea Mendocina por Agua Pura y a la Unión de Asambleas Ciudadanas, advierten ante toda la comunidad y ante aquellos organismos responsables de investigar y penar a funcionarios públicos, que si se continúa con el proyecto San Jorge se estaría violando leyes y disposiciones referidas al tema ambiental minero en la provincia (Mendoza on line, 20/08/2008).

La organización Oikos Red Ambiental, por medio de su representante Eduardo Sosa, recomienda que el Estado debe realizar una gestión integral de los riesgos, aunque es reticente a las posibilidades de la minería si los empresarios y gobernantes piensan desde un *"triunfalismo tecnológico"* y no se conectan con las demandas sociales lo cual agrava el conflicto. Recalca que *"la minería tiene impactos ambientales y sociales importantes, y la capacidad de asumirlos y reconocerlos por parte de los profesionales geólogos, ingenieros en minas, gobernantes y empresarios, permitirá aflojar las tensiones para iniciar el diálogo fructífero con organizaciones sociales y comunidades. Al fin y al cabo todos estamos tras el mismo interés: ver crecer a Mendoza de manera económica, social y ambientalmente sustentable"* (Los Andes, 17/10/2006).

---

[415] *"todos los lugares en los que estos emprendimientos mineros se han desarrollado quedaron marcados para siempre, pero no por el progreso y el bienestar, sino por daños ambientales irreversibles producidos por la contaminación, los couces de agua y napas freáticas envenenadas, la tierra devastada por los drenajes ácidos, y las poblaciones que la habitaban empobrecidas"* (Los Andes, 17/10/2006).

Sin embargo, en septiembre de 2009 esta organización Oikos se manifestó abiertamente en contra de la minería cuando denunció irregularidades del informe presentado por la minera que no fueron advertidas en el dictamen técnico que realizó la UTN. De esta forma, acusó a la empresa de basarse en bibliografía inexistente y falsa para sostener que la cuenca "El Yalguaraz" es un acuífero "cerrado" (Los Andes, 12/09/2009). Con lo cual aseguran que no hay certezas de que no se contamine la presa Potrerillos y el río Mendoza, con lo que invocan que "debe aplicarse el principio de precaución" garantizado en el ordenamiento jurídico..

4. Consideraciones Finales

En el presente trabajo se intentó demostrar, a través del análisis de las reacciones a favor y en contra de la minería en Mendoza, que los nuevos actores políticos, sociales y económicos han insertado en la agenda política el debate sobre la jerarquía de derechos que deben ser garantizados por el Estado. De esta forma, la identidad de resistencia comunal que promueve los derechos ambientales, se desarrolla en los municipios donde existe una intensa articulación entre las organizaciones políticas, sociales y económicas para la protección de los intereses agrícolas, vitivinícolas y turísticos. En cambio, en los departamentos en donde no se logra tal articulación, se fortalece desde el poder ejecutivo municipal la conexión local-global del capital minero para la construcción de una identidad proyecto que le de impulso a esta actividad sobre la base de los derechos de propiedad adquiridos por las empresas mineras.

Si bien existen estudios científicos que avalan que estos derechos no son contradictorios cuando existe un Estado con capacidad institucional para garantizarlos, la lógica de la globalización nos demuestra que los capitales buscan invertir donde el sector público es más débil y la sociedad más vulnerable. Ante este panorama, es lógico proponer que el costo de hacer operativo el derecho a un ambiente sano se pague con la restricción de los derechos de propiedad de las empresas mineras, ya que siguiendo el argumento de Holmes y Sunstein, éstas no

pagan los suficientes impuestos para garantizar que su desarrollo sea realmente sustentable.

Bibliografía

Acselrad, Henri (2003). "Cuatro tesis sobre políticas ambientales ante las coacciones de la globalización". *Revista Nueva Sociedad,* <http://www.nuso.org/revista.php?n=188>

Beck, Ulrico (2004) *¿Qué es la globalización?: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona. Paidos.

Borja, Jordi y Castells, Manuel (1997). *Local y global la gestión de las ciudades en la era de la información.* Madrid. Taurus: Pensamiento.

Carretón, Manuel Antonio (2002). "La transformación de la acción colectiva en América Latina". *Revista de la CEPAL*, N° 76.

Castells, Manuel (1996). *La Era de la Información*. Madrid. Alianza. Volumen 1: La Sociedad Red.

Castells, Manuel (1997). *La Era de la Información*. Madrid. Alianza. Volumen 2: El Poder de la Identidad.

Castells, Manuel. (1998). *La Era de la Información*. Madrid. Alianza. Volumen 3: Fin de Milenio.

Dubet, Francois y Danilo Martuccelli (1998).*¿En qué sociedad vivimos?* Buenos Aires. Losada.

Garcia, Zulma. *Gestión ambiental en una zona desertificada: sujetos y racionalidades.* (Sin año). <www.alasru.org/cdalasru2006/14 GT Zulma Garcia.pdf>

Garretón, Manuel Antonio (2001). "Cambios sociales, actores y acciones colectivas en América Latina". *Serie Políticas Sociales*, CEPAL, División de Desarrollo Social, Naciones Unidas. Santiago.

Garretón, Manuel Antonio; Cavarozzi, Marcelo y otros (2004). *América Latina en el siglo XXI. Hacia una nueva matriz socio-política*. Santiago. Colección Ciencias

Humanas. Ediciones LOM. Holmes, S. & Sunstein, C. (1999): "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes.", NewYork/ London, W.W. Norton & Co.

Kliksberg, Bernardo. *Problemas estratégicos en la reforma del estado en la década de los noventa* en Reyna, José Luis. (comp Editor) (1995).América Latina a fines de siglo. México. Consejo nacional para la cultura y las artes - Fondo de cultura económica.

Pastoral Social de San Carlos: El ambiente como "casa" y como "recurso" <www.poraguapura.com.ar>

Picolotti, Romina y Bordenave, Sofía (2002). La Justiciabilidad del Derecho Ambiental desde una Perspectiva de Derechos Humanos. http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/05/La-justiciabilidad-del-derecho-ambiental-desde-una-perspectiva-de-derechos-humanos-Picolotti-y-Bordenave.pdf

Sennett, Richard (2002). *La caída del hombre público*. Barcelona. Península.

Touraine, Alain (2000). "El sistema y los actores". *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Nº. 18 (Oct). Caracas.

Artículos Periodísticos

"Piden poder explotar mina de potasio y de oro", Diario San Rafael (sin fecha) en web: <http://www.diariosanrafael.com.ar/9274>

"Experto de la Universidad Nacional de Cuyo advierte los peligros de la explotación minera", Los Andes (18/04/2005).

"San Carlos, el pueblo que se rebeló contra la minería", Los Andes (11/09/2005).

"Minería: ser o no ser", Los Andes (18/09/2005).

"Contramarcha: dejan sin efecto la suspensión de la actividad minera", Los Andes (14/09/2005).

"Empresas mineras demandan al Estado por la ampliación de una reserva natural", Los Andes (12/11/2005).

"Ordenanza en San Carlos frena el avance de empresas mineras", Los Andes (20/12/2005).

"Ley 24.196 de inversiones mineras", Suplemento del Diario Los Andes "Día de la minería", Pág. 6 (06/05/2006).

"Hoy se movilizarán en contra de la explotación uranífera", Los Andes (02/06/2006).

"Repercusiones por la suspensión de la actividad minera", Los Andes (19/10/2006).

"Suspenden minería en Alvear", Diario Uno (20/11/2006).

"Algunos municipios no quieren decidir sobre la explotación minera", Los Andes (22/11/2006).

"Bajo presión, Diputados frenó la actividad minera metalífera", Los Andes (14/12/2006).

"Minería: el veto de Cobos entró a la Legislatura", Los Andes (20/12/2006).

"Mineras de Malargüe dicen que ya no invertirán en Mendoza", Los Andes (26/06/2007)

"Cuatro proyectos mineros locales podrían generar 12.920 empleos", Los Andes (13/11/2007)

***"Hay que desdramatizar la minería"*, Mendoza on line (15/08/2008). En web: <http://www.mdzol.com/mdz/nota/64296-Hay-que-desdramatizar-la-miner%EDa/>**

"Proyecto minero San Jorge viola la legislación mendocina y piden intervención de la justicia", Mendoza on line (20/08/2008). En web: <http://www.noalamina.org/mineria-argentina/mineria-mendoza/proyecto-minero-san-jorge-viola-legislacion-mendocina>

Minera San Jorge: "Es el único proyecto de cobre viable en Mendoza", Mendoza on line (24/09/2008) En web: <http://www.mdzol.com/mdz/nota/72580-Minera-San-Jorge-Es-el-%C3%BAnico-proyecto-de-cobre-viable-en-Mendoza/>

"Celso Jaque pidió aval al proyecto Potasio-Río Colorado", Los Andes (04/09/2009)