

MANUAL POPULAR DE DERECHOS HUMANOS

**MANUAL POPULAR  
DE  
DERECHOS HUMANOS**

Dr. Javier A. Garin

Para información complementaria, actualizaciones y consulta de normas visite el blog: [derechoshumanosxjaviergarin.blogspot.com](http://derechoshumanosxjaviergarin.blogspot.com)

En el mundo debe haber cierta cantidad de decoro, como debe haber cierta cantidad de luz. -*José Martí*.

"¿Es posible –inquirió el rabino- que exista tanta injusticia y dolor entre los hombres, sin que Tú hagas nada por remediarlos?" Jehová le respondió: "Hice algo: te envié a ti." - *De una parábola judía*.

"Vosotros sois la sal de la tierra; y si la sal se desvaneciere, ¿con qué será salada?" -*Mateo, 5, 13*.

La paz es una educación, como la libertad, y las condiciones del hombre de paz son las mismas que las del hombre de libertad. -*Juan Bautista Alberdi*

En todos los países sin libertad, he notado que cada hombre es un tirano. -*Juan Bautista Alberdi*

Si la sociedad no halla en el poder el instrumento de su felicidad, labra en la intemperie el instrumento de la subversión. -*Juan D. Perón*

## NOTICIA SOBRE EL AUTOR

**JAVIER GARIN** es abogado de derechos humanos, político y escritor. Tiene una vasta trayectoria de 22 años de ejercicio profesional en defensa de los derechos individuales y sociales, y como promotor de actividades de difusión y concientización. Comenzó a militar en derechos humanos siendo estudiante, a fines de la dictadura. Se recibió en la Universidad de Buenos Aires a los 21 años. Interpuso acciones legales a favor de usuarios y consumidores contra las empresas de servicios públicos, por el derecho a la salud contra las obras sociales, y en defensa de minorías sexuales y otras víctimas de discriminación. Fue abogado de los sin techo y obtuvo el reconocimiento del derecho a una vivienda digna para más de trescientas familias. Representó a inmigrantes de países limítrofes. Patrocinó a familiares de víctimas de “gatillo fácil” y logró indemnizaciones por parte del Estado bonaerense. Integró redes de entidades contra el abuso policial. Asesoró a movimientos sociales y de desocupados. Fue abogado de víctimas de hechos aberrantes y asistió a los familiares de las víctimas en el “caso Marela”, entre otros. Se especializó en derecho ambiental. Fue concejal de Lomas de Zamora y presidente de la Comisión de Ecología. Fue asesor legislativo del Frente para la Victoria en la Cámara de Diputados bonaerense, dentro de la Comisión de Medio Ambiente. Impulsó proyectos de preservación ambiental, participación ciudadana, defensa de las víctimas de violencia institucional y reforma procesal penal. Fue cofundador del Foro Público contra la Corrupción y del Foro Nacional de Derechos Humanos y Acción Humanitaria, del que es vicepresidente. Desde 1996 preside la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, donde realizó una incansable actividad de difusión, brindando charlas de formación en escuelas, universidades y entidades intermedias, y organizando conferencias con los más destacados panelistas, entre los que cabe citar: el jurista Raúl Zaffaroni, las Abuelas de Plaza de Mayo Estela de Carlotto y Rosa Roisinblit, el profesor Alfredo Bravo, el Defensor del Pueblo de la Nación Eduardo Mondino, las Madres de Plaza de Mayo Nora Cortiñas y Laura Bonaparte, el constitucionalista Rafael Bielsa, el periodista e investigador de abusos policiales Ricardo Ragendorfer, el camarista Eduardo Freiler, el presidente del Tribunal de Casación bonaerense Federico Domínguez, los Secretarios de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires Lic. Jorge Taiana y Remo Carlotto, la presidenta de CO:FA:VI. María Teresa Schnack, el abogado León Zimmerman, la viceministra de Seguridad bonaerense Marta Arriola y muchos otros dirigentes, juristas, legisladores, magistrados y funcionarios. Últimamente abordó la problemática carcelaria promoviendo medidas de concientización y reforma penitenciaria. Colaboró en PAGINA 12 y otros medios nacionales y locales sobre temas ambientales, políticos y de derechos humanos. Es autor del libro de ficción histórica “Recuerdos del Alto Perú- Crónica de la campaña de Belgrano” (2006).

**C**uando, en plena noche de la dictadura, yo cursaba el secundario en la Escuela Normal Antonio Mentruiyt, de Bánfield, me detenía con frecuencia a leer, sin comprenderlas del todo, las palabras de Mariano Moreno, inscriptas bajo el busto del prócer en el hall del edificio:

*“Si los pueblos no se ilustran, si no se vulgarizan sus derechos, si cada hombre no conoce lo que vale, lo que puede y lo que se le debe, nuevas ilusiones sucederán a las antiguas, y después de vacilar algún tiempo, entre mil incertidumbres, será tal vez nuestra suerte mudar de tiranos sin destruir la tiranía”*

¡Qué irónico! Esta reflexión de nuestro más grande revolucionario, extraída del prólogo al “Contrato Social” de Rousseau, estaba a la entrada de una Escuela en la que desaparecieron, secuestrados y asesinados por pandillas militares, 29 alumnos, a quienes más tarde se conocería como la “división perdida de la ENAM”.

Desde entonces he pensado muchas veces cuánta razón asistía a nuestro prócer: cuán necesario es, todavía hoy, divulgar y difundir los derechos humanos, para que el destino de los hombres no siga siendo un interminable “mudar de tiranos sin destruir la tiranía”.

Este manual tiene por objeto contribuir a esa tarea. No está dirigido a juristas sino a la gente común, los jóvenes y los militantes, evitando en lo posible la fraseología jurídica. No intenta agotar la materia sino sólo brindar conceptos útiles y desmontar algunos prejuicios que obstaculizan la instauración de una verdadera “cultura de los Derechos Humanos”.

Lo dedico a la memoria de las víctimas pasadas y presentes, y a la de quienes lucharon y luchan por Verdad y Justicia.

**EL AUTOR**



## PRIMERA PARTE:

### ¿QUÉ SON Y DE DÓNDE VIENEN LOS DERECHOS HUMANOS?

#### 1) ¿Por qué necesitamos aprender y enseñar los Derechos Humanos?

Compañeras y compañeros militantes, estudiantes, lectores:

Si uno es un militante popular, o simplemente una persona del pueblo con un poco de conciencia y sentido común, no necesitará que venga ningún profesor, catedrático o filósofo a enseñarle qué cosa es justicia y qué cosa no lo es.

Si un chico muere de hambre, sabemos que hay injusticia y violación de derechos. Si a un preso lo torturan, sabemos que hay abuso de poder. Si vemos que una familia de indigentes duerme en la calle, sabemos que se está violando la dignidad humana. A lo mejor no sabemos en qué constitución, código, ley, artículo o inciso está consagrado el derecho que se pisotea. A lo mejor no tenemos las palabras exactas para designar a un derecho, o para definir qué cosa sea ésto que se llama Justicia. Pero somos seres pensantes, y sobre todo sensibles, dotados de compasión. Poseemos un sentimiento de Justicia que nos parece natural, una conciencia moral que nos indica –aunque pocas veces la escuchemos- las cosas que están bien y las que están mal. No hace falta, para comprender que existen derechos, una educación formal. Como decía nuestro Manuel Belgrano, **“los pueblos suelen ser ignorantes, pero saben muy bien lo que se les debe”**. Y nuestra Evita popularizó una fórmula que no por su concisión deja de ser exacta: **“Donde hay una necesidad hay un derecho”**.

¿Pero por qué digo que el sentimiento de Justicia *nos parece* natural y no que *lo es*? Porque cuando examinamos la historia humana, vemos que los hombres han cambiado muchas veces de opinión acerca del bien y del mal, de lo justo y lo injusto. Los espartanos consideraban justo salir una vez al año a cazar a los ilotas, sus vecinos pobres y sometidos, como si fueran animales. Los cultos atenienses, tan democráticos, vivían del trabajo de sus esclavos. Los nobles medievales creían justo tener el derecho de desvirgar a la muchacha que se hubiera casado con uno de sus siervos (derecho de pernada), y ni ésta ni el marido discutían ese “derecho”. Los tribunales religiosos –católicos y protestantes- consideraban justo quemar a una persona por pensar distinto en cuestiones de fe, o por ser mujer, vieja y fea y atemorizar a los vecinos. Los jueces anteriores a la Revolución Francesa consideraban justo obtener confesiones mediante las torturas más atroces, y condenar a los “culpables” a penas horribles, que llevaban a la muerte después de larguísimas agonías, y que incluían el descuartizamiento, la lapidación, el hambre, el plomo fundido, el destripamiento, la mutilación y una interminable lista de horrores cuya sola mención nos hace temblar. Algunos indios consideraban justos los sacrificios humanos a dioses sanguinarios. Los conquistadores europeos conside-

raban justo sacrificar a los indios –en masa- en el altar del dios oro y de la diosa plata. ¿Es que los hombres del pasado eran incapaces de ver la terrible injusticia de todas estas prácticas?

**Sucede que lo que hoy nos parece natural no es ni más ni menos que una larga y laboriosa construcción.** Las generaciones que nos precedieron fueron poniendo los ladrillos uno a uno, construyendo poco a poco la humanidad y la justicia sobre los escombros de la barbarie. Sucede que lo que consideramos un derecho es una conquista trabajosamente adquirida por la Humanidad a costa de terribles esfuerzos, guerras, revoluciones, penalidades. ¿O se piensan ustedes que quienes, a través de la Historia, detentaron el poder, estuvieron dispuestos así nomás, graciosamente, a reconocer derechos a las personas a las que oprimían, vejaban o exterminaban? Hubo que obligarlos, hubo que pelear contra ellos: contra los poderosos y los opresores de todos los tiempos. Y fueron necesarios centenares y miles de mártires, millones de víctimas, antes que los derechos que hoy consideramos nuestro patrimonio natural fueran aceptados como tales. Por eso, grábense a fuego las siguientes palabras: **debajo de cada derecho que hoy damos por natural han corrido -y aún corren- ríos de sangre.**

También reflexionen sobre esto: si hoy miramos con horror las prácticas atroces del pasado, y las consideramos inhumanas e injustas, aunque a sus contemporáneos les parecieran perfectamente naturales, ¿qué pensarán de nosotros los hombres del futuro? ¿Encontrarán “humanas” y “justas” las instituciones y leyes de que tanto nos enorgullecemos? ¿O nos considerarán también “bárbaros”, “inhumanos”, “cruels” por el trato que damos a nuestros débiles y oprimidos de hoy: a las naciones pobres, a las poblaciones civiles arrasadas por los misiles, a las minorías no reconocidas, a los niños y ancianos, a los refugiados e inmigrantes, a los privados de libertad en las cárceles del presente?

No cabe duda de que la Humanidad avanza. Así lo demuestran los adelantos tecnológicos. ¿Pero avanza realmente el corazón del hombre? ¿Han triunfado realmente el amor sobre el odio, la fraternidad sobre la intolerancia, la razón sobre la locura, la paz y la igualdad sobre el afán de dominar y destruir? Abundan los ejemplos de lo contrario. Miramos a nuestro alrededor y vemos guerras salvajes, fanatismo, crímenes en masa. Y no son criminales individuales quienes los cometen. Son los Estados, las máximas organizaciones que han sabido edificar los hombres.

Después de 25 siglos las tragedias que escribieron Sófocles o Eurípides, con sus crímenes y pasiones, nos siguen pareciendo actuales, salvo que el hombre moderno tiene mayor tecnología para la destrucción. En una hora de desaliento el gran poeta Leon Felipe supo reflejar esta sensación de estancamiento moral de la Humanidad:



*“¿Quién lee diez siglos en la Historia y no la cierra  
al ver las mismas cosas siempre con distinta fecha:  
los mismos hombres, las mismas guerras  
los mismos tiranos, las mismas cadenas...?”*

Así y todo, se ha avanzado en la conciencia. Hemos adquirido la convicción de que tales horrores son horrores y no cosas naturales. Hemos aprendido a pensar (aunque no siempre estemos convencidos) que hay ideas tales como Libertad, Igualdad y Derechos, y que las sociedades necesitan respetarlas para que la vida valga la pena. Y cada derecho y cada conquista han costado. Como decíamos, han sido conquistas sangrientas.

Pero lo que vemos a nuestro alrededor, y la historia reciente de campos de concentración, genocidios, bombas atómicas, es una prueba abrumadora de que aquellas cosas que costaron tanto, que se adquirieron tan dificultosamente, se pueden perder en un segundo. Siglos de educación son olvidados en un arrebato de locura, miedo o fanatismo colectivos. Entonces, grábense a fuego también estas palabras: **los Derechos Humanos son conquistas enormemente costosas, pero también enormemente frágiles.**

De allí, estimados compañeros y compañeras, estimados lectores y lectoras, debemos extraer una conclusión. Nunca machacaremos lo suficiente sobre los Derechos Humanos. Nunca insistiremos lo suficiente sobre la necesidad de difundirlos y hacerlos conciencia. Nunca invertiremos el suficiente tiempo, atención y recursos en concientizarnos nosotros y ayudar a concientizar a otros. Este es un trabajo arduo, repetitivo. Pero es indispensable. Debemos aprender más y más sobre los Derechos Humanos, y enseñar más y más lo que aprendimos.

Porque la memoria de la especie humana es increíblemente débil. Porque los impulsos que llevan al hombre a odiar y ansiar la destrucción y extender su poderío sobre otros hombres encuentran siempre pretextos para desatarse, por más civilización y cultura que se acumulen. Y porque siempre estamos expuestos a olvidar en un abrir y cerrar de ojos lo que tanto nos costó aprender.

## **2- El doble papel del derecho**

Antes de hablar de los derechos, conviene que hablemos del Derecho. El Derecho –es decir, las leyes, las normas, los decretos, los reglamentos, los antecedentes judiciales, etc.- es una de esas cosas que están rodeadas de misterio, envueltas en mitos, cargadas de rituales. En eso se parece a la Religión.

El misterio, los mitos y los rituales son necesarios para crear una atmósfera que incline a los hombres a obedecer: que les inspire un temor reverencial. ¡Recuerden a los jueces sajones con sus togas y sus pelucas! Recuerden los estrados, altos, imponentes, frente a los cuales el reo se siente empujado y en notoria inferioridad. Recuerden las ceremonias que rodearon siempre a los juicios, los estandartes, los símbolos, los crucifijos. ¿No son como celebraciones solemnes, no se parecen a las misas?

Gran parte del aparato que rodea al Derecho y a la Justicia tiene la finalidad de intimidar, de demostrar poder. ¿Por qué? Porque el Derecho es, en primer lugar, un instrumento de dominación. Esta es una de sus funciones, aunque también puede tener otras, aún a pesar suyo, como luego veremos.

Pero esta función de dominación no puede declararse francamente. Le haría perder parte de su fuerza. Por eso los juristas, los legisladores, los jueces, jamás hablan en tales términos. Hay que enmascarar el significado del Derecho, hacerlo turbio, difícil de comprender. Y entonces se inventan magníficas mentiras, bellas palabras. Recuerdo haber leído con asombro, cuando recién empezaba a estudiar abogacía, la definición que daba un famoso jurista. Decía: “El derecho es el orden social justo”. ¡Qué extraordinario! ¡El orden social justo! ¿Entonces de qué nos quejamos? Vivimos en el paraíso y no nos damos cuenta. En siete palabras el célebre jurista ha borrado de la faz de la tierra todas las injusticias. Según eso, las leyes son buenas y sabias, y la injusticia consiste en rebelarse contra ellas.

Estas candorosas mentiras forman parte de lo que un señor llamado Marx (¡no se asusten!) denominaba “ideologías”. Es decir, ficciones elaboradas para ayudar a sostener la dominación en una sociedad. Nos vamos a encontrar con muchas de estas expresiones “ideológicas” siempre que nos ocupemos del Derecho.

Otra cuestión llamativa es la del lenguaje. Los abogados, juristas y legisladores no hablamos un lenguaje común. Hablamos una jerga. Memorizar esta jerga es parte del aprendizaje del Derecho. Conocerla es una muestra de pertenencia: se pertenece al núcleo de los iniciados, los que tienen el saber, que es una forma de poder. También sirve para que las cosas se hagan más complicadas y embrolladas. Con un lenguaje difícil las mentiras se aceptan más fácilmente.

Ya en la Revolución Francesa los representantes del pueblo protestaban contra el lenguaje oscuro de las normas. Seguían en esto al gran jurista italiano **Césare Beccaría**, quien no sólo había criticado las penas atroces sino que también había reclamado leyes claras, que el pueblo pudiera comprender. Pero pocas veces se ha respetado el consejo de Beccaría. El pueblo habla un lenguaje y el Derecho habla otro muy distinto.

Cuando decimos que el Derecho es un instrumento de dominación no decimos nada sorprendente. Es una idea muy vieja. En la “República” de Platón, hay un personaje llamado **Trasimaco** que afirma que la Justicia es “lo que conviene al poderoso”. Por supuesto, Sócrates, Platón y sus amigos se encargan de rebatirlo con toda clase de argumentos, y llaman a Trasimaco un “sofista”. Así llamaban a todos los que tuvieran la costumbre de hablar con peligrosa franqueza de las cosas del poder. Entonces como hoy, no era conveniente “avivar giles”.

Los pobres y los oprimidos de todas partes intuyeron siempre, de una manera u otra, que se los quería engañar con todo ese lenguaje pomposo de los filósofos y los juristas. Veamos lo que expresa el “Moreno” cuando Martín Fierro le pide que explique “lo que entendés por la ley”:

*La ley es para todos,  
Mas sólo al pobre le rige.*

*La ley es tela de araña,  
-En mi inorancia lo explico-:  
No la tema el hombre rico,  
Nunca la tema el que mande,  
Pues la ruempe el bicho grande  
Y sólo enrieda a los chicos.*

*Es la ley como la lluvia,  
Nunca puede ser pareja.  
El que la aguanta se queja,  
pero el asunto es sencillo:  
La ley es como el cuchillo:  
No ofiende a quien lo maneja.*

*Le suelen llamar espada,  
Y el nombre le viene bien;  
Los que la gobiernan ven  
A dónde han de dar el tajo:  
Le caí al que se halla abajo  
Y corta sin ver a quién.*

¡Con razón el Martín Fierro es la obra más popular de la literatura argentina! Imagínense a los pobres gauchos estafados y perseguidos, al escuchar en las pulperías –donde se leía en forma pública el poema de Hernández– estas estrofas en las que, por una vez, alguien les hablaba con la verdad lisa y llana y no con “dotorerías”...

Con palabras diferentes, **Marx** (¡otra vez!) enseñó algo parecido. Dijo que el Derecho y otras instituciones formaban parte de la “superestructura” de una sociedad, determinada por la “estructura” económica, a la que tendía a justificar y reforzar (Prefacio a la Crítica de la Economía Política). En otros términos: el Derecho es una forma de proteger y consagrar las relaciones sociales nacidas de una determinada manera de producir. Ya sea que este modo de producción se base en la explotación de los esclavos por sus amos, de los siervos por sus señores feudales o de los obreros por sus patrones, el Derecho lo que hace es convalidar y declarar “justas” las relaciones nacidas de cada una de esas formas de organizar económicamente a la sociedad. Quienes se rebelan contra ellas son castigados.

¿Pero entonces? Si el Derecho no es la Justicia, si las normas están elaboradas para sojuzgarnos y mantenernos sometidos, ¿a quién acudir? ¿No hay esperanzas de Justicia para quien no se cuenta entre el número de los ricos, afortunados y felices?

Los militantes populares sabemos desde siempre –en realidad, es lo primero que aprendemos– que para defendernos no tenemos que esperar demasiado del Derecho, de la Justicia, de las “instituciones”. No ignoramos que todas esas construcciones formales son preferibles a la fuerza bruta o a la dictadura a cara descubierta. Pero la experiencia nos enseñó a desconfiar de las “leyes”, incluso de las leyes dictadas bajo los gobiernos más democráticos: a no esperarles todo de ellas. Hasta las leyes más sabias, las que contienen las palabras más bellas y más humanas, siempre pueden ser interpretadas de distintas maneras. Su sentido no es el mismo para el pobre que para el rico. Hay especialistas consagrados a “descubrir” el sentido de esas bellas palabras y demostrar que quieren significar lo contrario de lo que dicen. Y quienes las aplican –los funciona-

rios, los magistrados, los jueces- no han nacido de un repollo. Por lo general, pertenecen a una cierta clase social con la que tienen solidaridades preestablecidas, cuyos prejuicios o intereses han incorporado hasta de manera inconsciente. Por bienintencionados que sean (cuando lo son), toda su formación, su experiencia de vida, la propia función que cumplen, inciden inevitablemente en su manera de ver las cosas, y ésta no siempre concuerda con la estricta imparcialidad. Después de todo, son seres humanos, falibles e influenciables. La estatua de la Justicia ciega, impermeable a las presiones y las seducciones del poder, no es más que un ideal. Entre las cosas que aprendemos los militantes populares está el no confiar “ciegamente” en ella.

Aprendemos, entonces, a confiar primeramente en nosotros mismos. Aprendemos que la Justicia no nos la asegura nadie excepto nuestra propia capacidad de lucha. Que el conseguir la parte de Justicia que nos es accesible no depende tanto de que podamos presentar escritos y peticiones, de que sepamos invocar las leyes e intervenir en los procesos, como de que seamos capaces de organizarnos de manera colectiva con los elementos de que disponemos. **Las herramientas del pueblo siempre han sido dos: la organización y la solidaridad.**

Y entonces, si todo es una cuestión de organizarse para resistir las injusticias, ¿de qué sirve aprender los derechos? ¿Para qué preocuparse de las leyes? ¿Hay que volver la espalda a las instituciones “formales”? ¿O hay algo en ellas que podamos aprovechar?

Aquí es donde viene el segundo aspecto del Derecho, su otra cara. Sí, es cierto que el Derecho es un instrumento de dominación. Pero también, por su propia naturaleza de instrumento indirecto, enmascarado, con pretensiones de “justo”, por las concesiones que el poder se ve obligado a hacer al elaborarlo y dictarlo, por las “hipocresías” que el poder se ve obligado a introducir para que la dominación no aparezca como un mero acto de fuerza (“la fuerza es el derecho de las bestias”, enseñaba Perón), el Derecho se vuelve un fenómeno ambiguo, que puede ser utilizado por los sectores populares para sus propios fines. Siempre que no nos abandonemos a ilusiones infantiles, y comprendamos su doble cara, podemos servirnos del Derecho como **una herramienta de liberación.**

Esto parece contradictorio, pero no lo es. Hay que entender que nunca el Derecho consagra de manera abierta las relaciones de dominación. Siempre lo hace bajo la apariencia de la justicia y el bien común. Necesita hacerlo así, porque el poder en las sociedades modernas no reposa sólo sobre la fuerza sino también sobre la conformidad, sobre un cierto grado de consenso. **En realidad, es la conformidad el mecanismo principal de cualquier orden establecido, y la fuerza sólo el respaldo latente.** Cuanto más compleja e ilustrada es una sociedad, mayor es la incidencia de los mecanismos de

formación de conformidad social (escuelas, adoctrinamiento, iglesias, propaganda, medios de comunicación, etc.) y menor la importancia de la sujeción alcanzada mediante la coacción directa o fuerza bruta. El Derecho busca colaborar a esa conformidad con su pretensión de aspirar a la “justicia”. Un orden jurídico percibido como brutalmente injusto despertaría rebeldías, no conformidad.

Por otra parte, el orden jurídico no es más que la resultante de un paralelogramo de fuerzas en un momento dado de la vida social. Cuando las fuerzas están abrumadoramente del lado de las clases dominantes, las normas son abiertamente opresivas y contrarias a los intereses de los sectores dominados: pero cuando las relaciones de fuerza varían y estos sectores logran organizarse y hacerse valer, sus demandas no pueden ser desoídas sin una grave alteración del orden, y terminan siendo recepcionadas en alguna medida en las normas. **Cada vez que se alcanza una de estas conquistas populares, cada vez que el Derecho es permeado e invadido por las demandas populares, se abre un nuevo espacio de libertad y de igualdad.** Cada conquista popular, si logra perdurar en el tiempo, se convierte en **una adquisición de la conciencia jurídica de la sociedad**, que no puede ser abolida tan fácilmente. Lo que una vez fue admitido como “justo” no puede ser desalojado como injusto sin encontrar resistencias. Se abren así intersticios, grietas en las relaciones de dominación que consagra el derecho. Esos intersticios, esas grietas abiertas al precio de las luchas populares, **y sólo gracias a esas luchas**, son las que explican esa segunda cara del derecho: su rostro liberador.

La historia de los últimos doscientos o trescientos años nos muestra el avance progresivo de ciertos espacios de libertad en el Derecho, producto de las luchas populares en distintos puntos del globo. Ese avance, ese progreso de la conciencia jurídica hacia una mayor libertad, hacia una creciente protección frente a los usos y abusos del poder, hacia un más amplio resguardo frente a todas las inclemencias que afligen la existencia humana, tiene una de sus expresiones más extraordinarias en ese invento moderno, esa construcción sumamente reciente, maravillosamente novedosa, que nos hemos acostumbrado a llamar Derechos Humanos.

Por eso es que decimos, sin que haya en ello exageración alguna: **los Derechos Humanos son la más elevada conquista de la conciencia jurídica de la Humanidad.**

### **3)¿Qué queremos decir cuando hablamos de Derechos Humanos?**

La expresión “Derechos Humanos” tiene muchas connotaciones. Hoy, felizmente, estas connotaciones suelen ser positivas. Pero no siempre fue así. Y todavía persisten las connotaciones negativas en algunos sectores recalcitrantes.

En épocas de la dictadura, los defensores de los derechos humanos eran descalificados como “defensores de terroristas”. Claro que quienes los descalificaban eran precisamente aquellos que practicaban o aplaudían la peor forma de terrorismo: el terrorismo de Estado.

Incluso en la actualidad, a los defensores de los derechos humanos, cuando reclamamos el respeto de los derechos individuales en el proceso penal, o condiciones dignas en las cárceles, o cuando nos oponemos a la justicia por mano propia, a los linchamientos de diversa índole, a los tormentos, a la pena de muerte y a las ejecuciones sumarias, se nos tacha de “defender a los delincuentes”. Se dice que no nos ocupamos con la misma energía de los “derechos de las personas de bien”. Una vez más vemos que estas descalificaciones provienen de quienes cometen o aplauden delitos específicos: la tortura de detenidos, la ejecución ilegal mediante el “gatillo fácil” y toda la gama de actividades criminales que han crecido al amparo de las mafias policiales: prostitución, narco tráfico, desarmaderos de autos, tráfico de armas, etc.

Es que los derechos humanos, aunque sean conquistas jurídicas de la Humanidad, no son aceptados unánimemente. Molestan, perturban, estorban a quienes anhelan un ejercicio arbitrario e ilimitado del poder. Los derechos humanos son la piedra de toque de la democracia. ¿Cómo los van a aceptar mansamente quienes profesan el culto del autoritarismo, la discriminación y el odio?

Está claro que no voy a hacer una definición de los Derechos Humanos como acostumbran los juristas y profesores. Al hablar de esta manera, quiero poner de manifiesto una dimensión propia de los derechos humanos que va más allá del tecnicismo jurídico. Los derechos humanos están inseparablemente unidos a una determinada visión del mundo, a una forma particular de entender las relaciones humanas, a un conjunto de *valores*. **Los derechos humanos son, antes que fórmulas jurídicas, expresiones de una concepción política.**

Están ligados a nociones tales como la igualdad de los hombres, la libertad, el respeto mutuo, la tolerancia ante las diferencias, la creencia en una forma pacífica y razonable de resolver los conflictos humanos. Están ligados a la idea de **limitación del poder**. Se llevan bastante bien con la democracia, se llevan pésimamente mal con el autoritarismo, con el fanatismo, con el fascismo en cualquiera de sus variantes.

Todavía no hemos dicho qué son los Derechos Humanos y ni siquiera nos hemos acercado. Probaremos diciendo qué no son.

Por lo pronto, los derechos humanos no son mercedes, ni gracias, ni concesiones, ni privilegios, ni fueros. Todas estas palabras se utilizaron durante buena parte de la historia humana para definir ciertas prerrogativas que el poder de turno –Imperio,

Corona, Papado- acordaba a algunos individuos o clases de individuos. Era facultad de cualquier monarca que se preciara el otorgar a voluntad una gracia cualquiera, el dominio sobre un territorio, la explotación de un recurso, la inmunidad ante ciertas normas, etc. En Inglaterra los nobles pelearon siempre por lograr que su rey, que era también su par –“primus inter pares”- los eximiera de ciertos efectos de la soberanía real que pesaban sobre el resto de los vasallos (curiosamente, fue esa lucha uno de los orígenes históricos del sistema de derechos como técnica de limitación del poder, según veremos). En España, la Corona concedió con frecuencia, no sólo títulos y posesiones a los nobles o a los generales victoriosos, sino también prerrogativas o “fueros” a ciertas ciudades (y por consiguiente a sus habitantes), ya sea como reconocimiento a sus servicios en la lucha contra los moros, ya sea como forma de acallar alguna sublevación que no se podía reprimir por la fuerza. (Las ciudades o villas españolas eran bastante rebeldes y el Rey debía pactar con ellas. Recuérdese el maravilloso retrato de la rebeldía popular que nos ha legado **Lope de Vega** en su famosa “Fuenteovejuna”). Todas estas instituciones, ¿pueden considerarse “derechos”, en el mismo sentido en que hablamos de derechos humanos? Por cierto que no.

Bajo gobiernos como el absolutismo no tenía sentido hablar de derechos porque lo que existía era la soberanía del rey. Así como no había ciudadano sino “súbditos” –es decir, personas sometidas a la autoridad del rey-, así tampoco había derechos, sino a lo sumo “concesiones”, “mercedes”, “fueros” que el rey otorgaba o revocaba.

Pero **los derechos humanos no dependen de ningún acto de voluntad**. Nadie tiene el poder de “otorgarlos”, de “concederlos”. Admitir tal poder implicaría admitir que se puede “denegarlos”. Cuando el poderoso de turno no los respeta, no decimos que los ha “denegado” sino que los ha violado.

En **segundo lugar, los derechos humanos no se instituyen para ciertos grupos en desmedro de otros**. No son para los habitantes de Fuenteovejuna y se deniegan para los de la aldea vecina. **No son, entonces, “privilegios”**. En realidad, **un privilegio es lo contrario de un derecho**.

**Lo distintivo de los derechos humanos es que son para todos**. No existen como recompensa a servicios especiales, ni como premio a determinadas virtudes, ni como reconocimiento a ciertas características de raza, clase social o religión. **Lo único que se requiere para reclamarlos es pertenecer a la especie humana**.

Cuando decimos que no requieren más condición que la humanidad, estamos dando por sobreentendidas algunas ideas. Por eso he dicho que **los derechos humanos expresaban determinada concepción de la vida, determinada visión “política”**. La primera, y más obvia de esas ideas es la de **igualdad**. Si todos tenemos derechos por la mera



circunstancia de ser hombres, es porque reconocemos que todos los hombres, más allá de nuestras diferencias visibles e invisibles, somos iguales en algún sentido. La segunda de estas ideas es la de **fraternidad**. Tenemos iguales derechos no sólo porque somos iguales sino también porque nos unen lazos de una solidaridad esencial, básica: porque, por remotos que sean estos lazos, somos en cierto sentido hermanos.

Para explicar estas ideas de igualdad y de fraternidad existen diversas corrientes de ideas y valores: el cristianismo, la Ilustración, la democracia rousseuniana, el socialismo. Cualesquiera sean sus particularidades y limitaciones, estas corrientes han intentado hacer hincapié más en lo que une a los hombres que en lo que los separa; más en lo que tienen en común que en lo que los diferencia.

Quizás una de las mejores representaciones de esa “comunidad esencial” de la especie humana no la haya hecho ningún filósofo o pensador sino un artista. Se trata del cuadro “La balsa del Medusa”, de Theodore Gericault, magnífica pintura hecha bajo la influencia directa de la Revolución Francesa. El cuadro nos muestra a los naufragos del navío Medusa, hundido en alta mar. Están sobre una balsa hecha con tablas, en medio de un mar tempestuoso, bajo un cielo fatídico, rodeados por la muerte. Algunos se entregan a la desesperación, otros agonizan o se han rendido, alguno se mantiene firme y esperanzado, alguno otea el horizonte en busca de una señal de salvación. Y allá en la lejanía se ve asomar, remota, la promesa del rescate. ¿No es ésta una conmovedora alegoría de la especie humana, sometida a inclemencias terribles, amenazada por males semejantes para todos, resistiendo sobre una misma balsa en espera del porvenir?

Porque los derechos humanos expresan una visión de la esencial igualdad y fraternidad humanas, decimos que están cargados de “política”, decimos que son conceptos políticos antes que jurídicos. El hecho de que correspondan a todos los seres humanos por ser tales implica que no pueden ser negados a nadie en principio, y que aún en aquellos casos en que se admite su privación o limitación como sanción por infringir las leyes, dicha sanción sólo puede ser aplicada bajo determinadas condiciones y cumpliendo ciertas formalidades o requisitos muy rigurosos que llamamos “garantías”. Por ejemplo, quien comete un delito es castigado privándolo del goce de un derecho como la libertad. Pero esta privación no puede realizarse de cualquier manera. Existen garantías previas que deben ser respetadas para que podamos decir que no se han violado los derechos humanos del imputado: el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de ley penal previa, el principio de igualdad ante la ley, el no sometimiento a tribunales especiales, etc. Existen garantías que deben respetar las sentencias: no ser arbitrarias, no ser contrarias a la ley vigente, no ser absurdas, etc. Y existen garantías y controles sobre la instancia de ejecución de la pena: no ser vejatoria, no ser degradante, cumplirse en establecimientos con determinadas características de limpieza, seguridad, salubridad,

etc. Sólo cuando se cumplen todos estos recaudos podemos afirmar que incluso a quienes se ha privado del ejercicio de un derecho esencial como la libertad se les ha respetado sus derechos humanos.

Pero con todo lo que hemos dicho no hicimos, sin embargo, más que un impreciso acercamiento a la materia que estamos tratando. Tendremos que examinar un poco más de cerca cómo surgen los derechos humanos en el mundo, cuál es el proceso de su nacimiento y su evolución hasta la actualidad.

#### 4)¿De dónde viene la noción de los Derechos Humanos?

Hemos dicho ya que los derechos humanos son una creación reciente. Pero el que lo sean no significa que su gestación date de pocos años o siglos. Por el contrario. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que esta “creación” se nutre en antiguas y preciadas tradiciones de la cultura humana. Todas las fuentes de la civilización occidental –por razones de simplificación me ocuparé sólo de la civilización occidental- han tenido su incidencia.

Sin duda, algo de la herencia griega ha quedado en los derechos humanos. Basta leer la maravillosa “Oración Fúnebre” de **Pericles**, el máximo exponente de la democracia ateniense, para comprender que buena parte de los ideales de libertad, autogobierno, dignidad, racionalidad, limitación del poder, respeto a la vida privada, tolerancia y desarrollo de las potencialidades del individuo en sociedad que expresaba Pericles como propios de la Atenas democrática han pasado a ser una herencia común humana, y conservan una extraordinaria vigencia. Sus palabras no parecen escritas hace dos mil quinientos años, cualquier demócrata de nuestros días podría suscribirlas. Y sin embargo, sabemos muy bien que ni siquiera los más progresistas y humanitarios de los atenienses admitían que tales ideales fueran aplicables a todos. No lo eran a los extranjeros “bárbaros” ni mucho menos a los esclavos que trabajaban para que los cultos atenienses pudieran ocuparse de filosofar.

Lejos estaban, pues, los griegos de concebir los derechos humanos como hoy los concebimos. Y sin embargo, ya en aquellos tiempos remotísimos se empezaban a establecer las bases de una creencia que serviría de fundamento posterior a los derechos humanos: **la creencia de que existen normas morales, cualquiera sea el origen que se les atribuya (la razón, la voluntad de los dioses, la naturaleza de las cosas) que están por encima del derecho positivo, del derecho elaborado por los hombres.** En la famosa tragedia “Antígona”, de **Sófocles**, el conflicto entre la ley humana, dictatorial y arbitraria, basada en el mero poder material –encarnada en Creonte, el tirano de Tebas-, y la ley moral no escrita, la ley natural establecida por los dioses –representada por la

rebeldía de la joven Antígona, que se niega a obedecer el decreto que impide darle sepultura a su hermano muerto en batalla-, anticipa un tema que estará en la raíz misma de la moderna concepción de los derechos humanos: **la ley de los hombres no puede sobrepasar los límites que impone la moral natural, que quiere que todos los hombres reciban un tratamiento mínimo, un reconocimiento mínimo de su dignidad** por parte del poder del Estado: en la obra de Sófocles, el derecho religioso a una sepultura.

Roma ha hecho el aporte de sus venerables tradiciones jurídicas, las más elaboradas y enjundiosas de la historia humana, así como la tentativa de establecer un imperio universal que acogiera a toda la humanidad conocida bajo los beneficios de la Pax Romana. Pero sabemos también cuál era la realidad que ocultaban las sofisticadas construcciones jurídicas de los romanos: la esclavitud, la guerra permanente, las luchas de gladiadores, la represión feroz de los alzamientos, la Vía Apia adornada de miles de esclavos crucificados tras la revuelta de Espartaco. El famoso Derecho Romano era demasiado claramente un derecho opresor, una construcción al servicio de los propietarios, los acreedores y los poderosos como para que nociones siquiera parecidas a los derechos humanos pudieran fructificar, salvo en algunos aspectos marginales del llamado “derecho de gentes”, y en el concepto de “jus naturale” (derecho natural) desarrollado por Cicerón y los estoicos.

En realidad, el aporte principal que ha hecho el mundo antiguo a nuestra moderna concepción de los derechos humanos no proviene de la capacidad política y jurídica de griegos y romanos sino de la esfera espiritual. Ha sido la religión judeo-cristiana la fuente más fecunda para la creación de la base de valores morales sobre los que se asienta nuestra moderna creencia en los derechos humanos. Las enseñanzas de los profetas judíos más avanzados y luego la prédica universalista de Jesús recogida en los Evangelios establecieron los fundamentos de una creencia que, según hemos dicho, constituye el presupuesto de los derechos humanos: la creencia en la igualdad y fraternidad esencial de los hombres. Esta es una deuda que tenemos con la religión, aún aquellos que no somos religiosos. Una deuda que no puede aminorar ni siquiera el recuerdo de todos los crímenes, atropellos y servidumbres instaurados a través de los siglos en nombre de Dios y de Cristo.

La religión, especialmente la cristiana, logró imponer la convicción básica de la igualdad y fraternidad de los hombres como hijos de un mismo Padre celestial. Ninguna ideología política ni seca filosofía podría haber introducido esta convicción en la conciencia colectiva con mayor eficacia. Fueron los propagandistas cristianos, a despecho de todos sus errores e intolerancias, quienes hicieron de esta convicción una idea aceptada en mayor o menor medida por todos los pueblos de Occidente.

Hubo además otras dos ideas que el cristianismo logró introducir en la

conciencia humana. La primera es la del amor. El amor, que una famosa epístola de San Pablo considera la principal virtud del hombre cristiano, superior a la esperanza y a la fe, implica compasión hacia el sufriente, el predominio de la unidad por sobre la diferencia, la solidaridad activa entre todos los hijos de Dios, la inclinación por los humildes y desamparados, la preferencia por los oprimidos, la condenación moral del odio y la crueldad, de la explotación y la venganza.

La otra idea es la del advenimiento de una era de Justicia y Paz universales, la idea del Reino de los Cielos, herencia del tiempo mesiánico judaico. Aún las interpretaciones más reaccionarias y conformistas de esta idea, las que sitúan el Reino de los Cielos en un más allá sobrenatural, sólo accesible para los bienaventurados al final de este mundo de corrupción y dolor, con el propósito de inspirar resignación, no han podido destruir el poder de fascinación de esta idea. La visión de un estado de armonía, libre de las injusticias y maldades que agobian a los hombres en su paso por la tierra, ofreció una alternativa a la cruel realidad, alimentó la esperanza en un mundo mejor, y a lo largo de la evolución de la cristiandad permitió a muchos hombres, en distintos lugares y épocas, atreverse a soñar con un Reino de los Cielos que tuviera realización alguna vez en esta tierra. Tan poderosa fue esta idea que sus ecos todavía resuenan en las utopías terrenales del socialismo.

Es verdad que quedó bien poco del primitivo espíritu cristiano en la evolución posterior de la Iglesia como institución detentadora de poder espiritual y temporal. Ya San Pablo recomendaba hipócritamente, pocos años después de la muerte de Cristo: “Esclavos, sed obedientes con vuestros amos”. Los antirreligiosos seguramente recordarán todos los crímenes de la Iglesia, las matanzas de herejes, las Cruzadas y otras barbaries para desmerecer el aporte del cristianismo. Recordarán el cuento de Dostoievski según el cual un Cristo reencarnado fue asesinado por segunda vez por los jerarcas de la Iglesia que invocaba su nombre. Pero no debemos dejarnos engeguercer por estos hechos, que no pretendo minimizar. A pesar de ellos, el cristianismo conservó lo suficiente del espíritu de Jesús a través de los siglos como para mantenerlo vivo hasta el advenimiento de la Edad Moderna, en la cual ese legado, aunque bajo nuevas formas, nombres o elaboraciones, volvió a manifestarse como un fondo moral común en Occidente.

Incluso en la sombría Edad Media, muchos teólogos católicos fueron creando conceptos que más tarde serían recogidos por los filósofos racionalistas y liberales. Los escolásticos, y entre ellos el gran **Santo Tomás de Aquino**, sostuvieron la idea de bien común como finalidad de los gobiernos y defendieron el derecho de resistencia a la opresión, antecedente remoto de lo que hoy llamamos derechos humanos.

Pero fue sin duda la llamada Ilustración la que estableció las bases ideológicas

de la primera doctrina consistente y consciente de los derechos humanos. Los grandes filósofos racionalistas de los siglos XVII y XVIII, principalmente los de este último, fueron los verdaderos constructores teóricos de los derechos humanos, los que establecieron los cimientos de la nueva doctrina.

¿Cuál era la disputa que se libraba cuando empezaron a elaborarse los conceptos fundacionales de los derechos humanos? Era la pelea entre los partidarios de un poder absoluto y sin restricciones por parte de los monarcas, y quienes pretendían limitar ese poder, someterlo a normas, ponerle frenos.

En los años anteriores a la Revolución Francesa, toda la disputa política y filosófica giraba en torno a este tema. El Estado, y quien lo encarnaba entonces, esto es: el Monarca, ¿tenía o no tenía límites en su poder? El individuo, el súbdito, el gobernado, ¿tenía o no tenía protección frente al ejercicio del poder del Estado? ¿Hasta dónde se extendía ese poder? ¿De dónde provenía?

El trasfondo real de esta lucha política e ideológica era el ascenso de una nueva clase social, la burguesía, integrada por un conjunto de individuos que se habían enriquecido gracias a nuevas formas de actividad económica, principalmente el comercio, las finanzas y la industria en expansión. Al principio la burguesía había apoyado a los reyes para que se volvieran poderosos frente a los señores feudales y pudieran organizar los Estados de manera ordenada y beneficiosa para sus negocios. Después, a medida que la burguesía se enriquecía, ya no le bastó con acumular recursos: quiso también disfrutar del poder político. Comprendió que el poder que había permitido a los reyes aniquilar a los señores feudales podía volverse en su contra, y quiso limitarlo, contrarrestarlo, quitarle arbitrariedad. No tardó en envalentonarse y pensar que, si ella había alcanzado el poder económico, era tiempo de quedarse también con el poder político: los reyes, con sus guerras desastrosas, sus impuestos y gastos, sus odiosos privilegios y su costumbre de entrometerse en cuestiones de religión, se volvieron un estorbo.

Fue para brindar respuesta a estas necesidades de expansión de la burguesía que se formularon muchas de las teorías elaboradas por los pensadores de la llamada Ilustración. Estas teorías encontraron expresión práctica en tres países que, por razones históricas que no analizaremos, se pusieron a la cabeza del movimiento: Inglaterra, Francia y los nuevos Estados de Norteamérica.

Inglaterra fue escenario permanente de disputa de poderes desde la más remota época feudal. El Rey peleaba contra los señores feudales para someterlos, y estos lo resistían. Los distintos cultos religiosos peleaban entre sí: católicos contra protestantes, puritanos contra todos los demás. Los burgueses peleaban contra los nobles y contra la Corona. El Parlamento peleaba contra los monarcas y estos contra el Parlamento. Las

distintas alternativas de estas luchas, con frecuencia sangrientas, en que hubo muchas cabezas que rodaron, con corona o sin corona, dieron por resultado sucesivas transacciones, pactos, concesiones que el poder de turno debió efectuar para sobrevivir. Todo se arregló a través de los siglos más o menos “a la manera inglesa”, es decir: conservadoramente, cambiando para no cambiar. El resultado fue el surgimiento del sistema parlamentario, la monarquía limitada, el reconocimiento progresivo de algunos “derechos”, mediante instrumentos escritos que adquirieron la naturaleza de “constituciones”, es decir de acuerdos que estaban por encima de los poderes del Estado y que debían ser respetados por estos. El primero y más célebre de estos acuerdos fue la **Carta Magna** medieval (año 1215): concesión arrancada al rey Juan sin Tierra por los señores feudales, que originariamente sólo beneficiaba a éstos, pero con el tiempo se consideró extensiva a todos los súbditos. Pero también cabe mencionar la llamada **Petición de Derechos** (año 1628, por la cual se obligó a Carlos I a pedir la autorización del Parlamento para crear impuestos y se le prohibió, entre otras cosas, forzar a los particulares a alojar tropas, ordenar detenciones arbitrarias o decretar la ley marcial en tiempos de paz) y la **Declaración de Derechos** (año 1689, en que el Parlamento consagraba el juicio por jurados, el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado, la prohibición de penas inhumanas, cauciones excesivas e impuestos no aprobados por ley), así como las Actas que establecieron la **tolerancia religiosa**, el **habeas corpus** y otras instituciones limitativas de la arbitrariedad estatal. No vamos a hacer la historia de estos instrumentos. Quien se encuentre interesado puede acudir a los libros que la relatan. Baste señalar que fue Inglaterra el primer país en el que se puso límites precisos, estipulados por escrito y conocidos por todos, a la autoridad real. Ello lo convirtió en el modelo permanente que los políticos y pensadores de los otros países europeos invocaban cuando querían limitar a sus propios gobiernos.

Es decir que la noción de “derechos” aparece históricamente vinculada al desarrollo de un sistema político de tipo parlamentario y constitucional. Esto no es casualidad. Es que el sistema parlamentario, el constitucionalismo y las proclamaciones de derechos tienen algo en común: *son técnicas de limitación del poder*, del poder de la monarquía, o, de manera más general, del Estado.

Corresponde, entonces, introducir un nuevo elemento útil para la definición que estamos intentando de los derechos humanos. **Los derechos humanos se originan históricamente como una técnica de limitación del poder del Estado. Su utilidad primitiva consistió en establecer una barrera al avance del poder estatal sobre individuos o grupos.**

## 5) Los Derechos Humanos como limitación estatal

Conviene que hagamos aquí un breve paréntesis en nuestro relato. Acabamos de tocar un aspecto importante de los Derechos Humanos: un aspecto que en nuestro país ha despertado siempre polémicas intencionadas. Estas polémicas tienen como objetivo descalificar la labor de los defensores de derechos humanos y presentarla como “parcial”, como “incompleta”. ¿A qué me refiero? A lo que señalé poco más arriba: los represores, y quienes simpatizan con ellos, siempre están preparados para invalidar las denuncias en su contra argumentando que aquellos que abogamos por los derechos humanos “nos olvidamos” de los “derechos humanos de la gente de bien”. Cuando nos oponemos a la represión ilegal, como la ocurrida en las años setenta bajo el terrorismo de Estado, se nos achaca “no defender a las víctimas de la subversión”. Cuando nos oponemos al “gatillo fácil” y la tortura de detenidos acusados de delitos comunes, se dice que nos olvidamos de “las víctimas del delito”. Cuando nos oponemos a la criminalización del conflicto laboral o de la protesta social, se dice que nos olvidamos de la “gente decente” afectada por una medida de fuerza o un corte de ruta. Y así sucesivamente. Justifican en todos los casos el accionar represivo ilegal afirmando: “Nosotros reprimimos ilegalmente para evitar un mal mayor, porque la sociedad está amenazada (por los terroristas, los delincuentes, los piqueteros, los sindicalistas o quienesquiera a los que se pretende reprimir) y en consecuencia tenemos que secuestrar, torturar, asesinar, violar, saquear bienes, robar niños, meter bala, dar palo, etc., para defender a la sociedad de sus enemigos.” Y rematan diciendo: “Los del otro bando también cometen delitos. ¿Por qué no los denuncian a ellos?”

Los militantes de derechos humanos estamos cansados de refutar estas argumentaciones malignas. Las mismas ya han perdido todo prestigio. Pero no las subestimamos porque cada tanto vuelven a aparecer. Así, los represores que tienen a su cargo acciones violatorias de los derechos humanos en los Estados Unidos de Norteamérica, en respuesta a los atentados a las torres gemelas, utilizan argumentos parecidos para rechazar las críticas por sus acciones de invasión a la vida privada, torturas y detenciones ilegales en Guantánamo. De modo que, por groseros que sean estos argumentos, no hay que descuidarse, pues los represores no pierden oportunidad para reflotarlos.

El repaso que venimos haciendo de los orígenes de los derechos humanos nos permitirá comprender mejor la falsedad de estas argucias.

Los represores intentan presentar siempre su accionar como enmarcado en una suerte de “estado de guerra”. Bajo la dictadura era la supuesta “guerra contra la subversión”; en democracia es la pretendida “guerra contra la delincuencia”, o contra “los piqueteros”, o contra “los revoltosos” de cualquier índole. En toda guerra hay dos bandos. Ellos invocan representar el bando del orden frente al bando del desorden. Como el

bando del desorden –aseguran ellos- comete crímenes, tal circunstancia los exime de todo miramiento: creen que en la guerra “todo está permitido” y que se puede responder al crimen con más crimen.

La primera parte de esta teoría de los dos bandos no fue sostenida sólo por los represores: también gente bienintencionada la sostuvo equivocadamente, e incluso fue recogida en el primer prólogo del histórico informe de la CONADEP, conocido como “Nunca Más”. Se la llama **“teoría de los dos demonios”** y tiene como base equiparar el “demonio del terrorismo” llevado a cabo por particulares con el “demonio del terrorismo de Estado”: ambos se enfrentan y se alimentan mutuamente y ambos son condenables moralmente, aunque el segundo sea –para los que defendieron esta teoría de buena fe- más grave que el primero por provenir del Estado.

Tan pronto como se examinan estas construcciones se advierten las mentiras que contienen. La visión de dos bandos constituye una falsedad grosera. No existen dos bandos en guerra cuando de un lado está el aparato estatal y la fuerza pública y del otro lado grupos de particulares, por bien organizados y poderosos que estos sean (y mucho menos cuando se trata de grupos poco significativos o inorgánicos).

Dejemos a un lado las protestas sociales o sindicales, que no son más que el ejercicio de un derecho y que –por más que les pese a los represores- no constituyen delito alguno en sí mismas. En los otros casos tomados como ejemplo (lucha armada de organizaciones políticas en los años 70 y actividad ilegal de los delincuentes comunes en la actualidad), no puede hablarse en modo alguno de dos bandos enfrentados en condiciones más o menos equiparables. (En el primer caso, además, veremos que la represión desatada por la dictadura militar utilizó el pretexto de un supuesto “estado de guerra” para garantizar –mediante el terror, la tortura y la desaparición forzada de personas- la instauración de un determinado modelo económico y destruir las organizaciones populares que podían hacerle resistencia).

Pero aún cuando se admitiera por hipótesis un estado de guerra, esto no significa que los bandos combatientes tengan “licencia para cometer crímenes”. Hasta la guerra entre los enemigos más encarnizados debe someterse a “reglas”, consagradas por el derecho internacional, que protegen a los prisioneros, a la población civil, a los heridos, etc. Quien viola estas normas se convierte en “criminal de guerra”, categoría especialmente grave y perseguida en el derecho penal internacional. Se han dado situaciones atroces de guerra civil –por ejemplo, en la ex Yugoslavia- y la comunidad internacional no ha considerado en modo alguno que los crímenes cometidos estuvieran “justificados” por ello. Es más, en algunas convenciones internacionales se prohíbe expresamente “justificar” crímenes sobre la base de estados de guerra o emergencias de ninguna naturaleza.



Tampoco la comisión de crímenes por parte de quienes se dice combatir facultada a las autoridades a cometer crímenes contra ellos. Si así fuera, no habría diferencias entre los defensores del orden jurídico y sus enemigos.

Los individuos particulares que cometen delitos, aunque lo hagan en forma organizada y sistemática, se encuentran sometidos a las normas previstas para combatir y sancionar los delitos: es decir, el derecho penal ordinario. En cambio, **cuando son el Estado y sus agentes quienes, en lugar de defender la vigencia de las normas jurídicas, cometen crímenes contra particulares (aún cuando estos particulares puedan a su vez haber sido autores de delitos), estas acciones criminales llevadas a cabo desde la esfera estatal, utilizando los poderes y recursos del Estado, revisten una particular gravedad. No sólo son delitos: son también lesiones institucionales. No sólo ofenden al particular afectado: ofenden la propia razón de ser del Estado. No sólo comprometen la responsabilidad de los individuos que los han cometido, ordenado o ejecutado, sino también la responsabilidad del Estado en su conjunto. No sólo se encuentran prohibidos y sancionados por el Código Penal, sino también por las disposiciones de la Constitución Nacional y por los pactos y tratados internacionales que nuestro país se ha comprometido a respetar.**

Aunque parezca reiterativo, es importante insistir sobre esto. Cuando un particular o un grupo de particulares viola los derechos de otras personas, sus actos son opuestos al orden jurídico, pero no son violaciones de los derechos humanos propiamente dichas. **Las violaciones de los derechos humanos (al menos en principio) provienen del Estado y/ o de sus agentes actuando como tales.** ¿Por qué? Porque ello forma parte de la génesis histórica que venimos relatando. Los derechos humanos no nacieron ni se desarrollaron como protección de los particulares frente a otros particulares: para ello existen las leyes, la fuerza pública y la organización del Estado. **Los derechos humanos fueron creados históricamente como protección de los particulares frente al Estado.**

¿Hay algún caso en que los actos de particulares pueden considerarse violaciones de los derechos humanos? Digamos que de manera indirecta, cuando el Estado no brinda protección frente a tales actos o no permite que las víctimas accedan a la Justicia para defenderse. En tales casos, hay violación de derechos humanos –por ejemplo, denegación de Justicia- con motivo de acciones de particulares, pero es evidente que ha sido porque el Estado no ha cumplido con su obligación de garantizar el respeto a los derechos que fueron afectados. Eso quiere decir que, una vez más, la violación de derechos humanos **es cometida por el Estado y no por los particulares que han violado derechos.**

Tomemos un ejemplo. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar toda forma de Violencia contra la Mujer (también llamada “Convención do Belén do Pará”), integra el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Ahora bien: gran parte de la problemática abordada se presenta en el ámbito eminentemente privado de las relaciones entre hombres y mujeres, desnaturalizadas por la opresión de género. ¿En qué consiste aquí la responsabilidad del Estado, ya que se trata de violencias entre particulares? La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual sobre Brasil, 1997, ha dicho que, en un caso de violación a una mujer, “aún cuando la conducta no sea originariamente imputable al Estado” –porque el agresor es anónimo o no es agente estatal- igualmente puede acarrear la responsabilidad del Estado **“no por el acto mismo sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o responder a ella”**.

En la actualidad existe un debate acerca de estos temas. Por eso he aclarado que “al menos en principio” las violaciones a los derechos humanos se imputan al Estado. Existen algunos casos en los que se discute la posibilidad de considerar violaciones a los derechos humanos los actos de personas ajenas al Estado. Por ejemplo, hay situaciones en las cuales un grupo armado organizado, aunque no reconocido como Estado, tiene el dominio pleno sobre un territorio. No es un Estado técnicamente hablando sino, por ejemplo, un grupo beligerante. Los crímenes que este grupo pueda cometer en el ámbito de su dominio, ¿son o no son violaciones a los derechos humanos? Podemos decir que, en tales casos, aún cuando no revista el carácter de Estado, el grupo entronizado en el poder ejerce de hecho las funciones de un Estado.

Lo mismo ocurre con los llamados **crímenes de lesa humanidad**. Si admitimos que personas o grupos ajenos al Estado pueden ser autores de estos crímenes, ello tiene consecuencias importantes. Estos y otros crímenes del derecho internacional habilitan la jurisdicción internacional y pueden ser juzgados ante una Corte Internacional o en terceros países. Y además, son imprescriptibles, es decir, pueden ser perseguidos aunque haya transcurrido mucho tiempo desde su comisión. Existe una tendencia a extender el concepto de violaciones a los derechos humanos también a tales actos, aún cometidos por fuera del Estado. Por ejemplo, hay quienes sostienen que un atentado masivo hecho por un grupo terrorista es un delito de lesa humanidad y como tal una violación de derechos humanos, aunque no se pueda imputar a un Estado o sus agentes. Pero, como veremos oportunamente, también en estos casos la referencia al Estado es necesaria, o bien porque los autores de estos crímenes ejercen un poder semejante al estatal, o bien porque gozan del apoyo o la tolerancia del Estado.

Hay que ser muy cuidadosos al manejar estos conceptos, pues con frecuencia son utilizados por los represores argentinos y sus abogados como una manera indirecta de reivindicar el terrorismo de Estado reeditando la “teoría de los dos demonios”, al

atribuir “delitos de lesa humanidad” a las organizaciones “subversivas”.

Sobre este particular conviene recordar siquiera brevemente dos antecedentes judiciales. El primero son las causas sobre crímenes cometidos por la organización terrorista de ultraderecha “Triple A”, fundada por López Rega. La Justicia consideró que se trataba de crímenes de lesa humanidad, y por tanto imprescriptibles, toda vez que esta banda estaba integrada por personal de la SIDE, agentes del Servicio de Información de Defensa, de la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal y otros represores que formaban parte de estructuras gubernamentales, los cuales actuaban **bajo el amparo o con la complicidad del Estado**.

Por el contrario, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, en un fallo reciente, estimó que no era crimen de lesa humanidad y por tanto resultaba sujeto a prescripción, el atentado de Montoneros a la Superintendencia de Seguridad de Policía Federal en julio de 1976. Para ello se tuvo en cuenta un precedente de la Corte Suprema según el cual **los crímenes de lesa humanidad deben ser cometidos por agentes estatales en ejecución de acción gubernamental o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal**. Para los jueces, Montoneros “no constituyó una organización entendida en esos términos, por lo que es equivocado sostener que los delitos a ella atribuidos constituyan crímenes contra la humanidad”. “El error radica en confundir la pretensión de acceder al poder político, que caracteriza a toda agrupación política -violenta o no- con el ejercicio del poder político, de dominio sobre una población civil determinada”, agregaron los jueces.

En Argentina, ninguna organización contestataria llegó a detentar dominio sobre un territorio o población. En otros países, en cambio, ello ocurrió algunas veces, y es allí cuando se hace extensivo el concepto de delitos de lesa humanidad a personas ajenas al Estado.

En principio, pues, el Estado y sus agentes son los responsables por la obligación de respetar los derechos humanos. Como veremos, **ésta fue concebida originariamente de un modo negativo: el Estado tiene la obligación “negativa” de no vulnerar los derechos humanos. Más tarde, la evolución histórica hizo que se considerara que el Estado tenía también la obligación “positiva” de promover los derechos humanos y el desarrollo de la persona humana y de su dignidad**. Pero esto es materia de capítulos posteriores.

**6) Las teorías políticas modernas: contractualismo, gobierno limitado, división de**

## **poderes, soberanía del pueblo.**

Volvamos ahora brevemente a Inglaterra. Vimos cómo el constitucionalismo y el gobierno parlamentario fueron surgiendo como consecuencia de un proceso histórico. Este proceso histórico inspiró a su vez a numerosos pensadores que quisieron explicarlo o lo tomaron como ejemplo para formular sus propuestas de organización político-jurídica.

El hombre es un animal teórico: no se contenta con las meras soluciones prácticas; necesita explicarlas y fundamentarlas. La teoría nace del proceso histórico, pero también, en una relación dialéctica, influye sobre él. Pronto veremos cómo los pensadores que se inspiraron en la evolución parlamentaria inglesa, a su vez se convirtieron en fuente ideológica de procesos revolucionarios destinados a cambiar fundamentalmente la forma de organizarse los Estados modernos.

Hay una idea que tomó vigor por aquellos tiempos: **el contrato social**. Curiosamente, su primera formulación eficaz no provino de un pensador progresista sino de un defensor rabioso del poder autoritario: **Thomas Hobbes**. (Pero no es el único caso de una idea que se utiliza para justificar posiciones antagónicas).

Hobbes, en su famoso libro *Leviathán*, sostuvo que el hombre primitivo, en “estado de naturaleza” —es decir, antes de formar sociedades—, vivía en una libertad miserable: sin Estado, leyes ni restricciones, estaba desamparado, expuesto a una inseguridad total. La vida era una guerra de todos contra todos (he aquí nuevamente la idea de “guerra”, preferida de los que defienden posiciones autoritarias). El hombre, en constante lucha con sus vecinos, era “lobo del hombre”. Para superar esa situación de inseguridad extrema del hombre primitivo fue que, según Hobbes, se celebró el primer “contrato social”. Por medio de este contrato los individuos acordaron crear el Estado y someterse a él. Renunciaron a su libertad primitiva a cambio de la seguridad que podía brindarles el Estado; dejaron de ser salvajes mutuamente hostiles y se convirtieron en súbditos obligados a colaborar entre sí.

Las ideas de Hobbes son **el modelo del discurso autoritario** que se ha seguido una y otra vez, con algún que otro cambio según las circunstancias. Vemos en ellas **la oposición entre libertad y seguridad**. (Hoy se sigue utilizando esta supuesta oposición para justificar las posturas represivas: siempre se trata de “limitar” la libertad a cambio de mayor seguridad). Vemos también la creencia en la maldad de la naturaleza humana que caracteriza al discurso autoritario: el hombre (o cierta clase de hombre) es malo e incorregible salvo por la fuerza y el miedo, la “mano dura”, el castigo, el “rigor”. Hobbes pretendía así justificar el Estado absolutista y la concentración de poder en el rey, tal como los autoritarios de hoy apelan a nuevas variantes de la ideología hobbesia-

na para justificar el Estado policíaco, represivo y desconocedor de derechos, para enaltecer a los dictadores o al totalitarismo.

Por repugnante que nos resulte, Hobbes tiene al menos un mérito: haber intentado dar una explicación racional al Estado absoluto. Antes de él, a los teóricos absolutistas les bastaba con invocar el “derecho divino”: los reyes lo eran por “voluntad de Dios” y punto. (“Siempre le cargan a Dios el perro muerto”, se burlaba el gran anticlerical argentino Lisandro de la Torre).

Otro pensador inglés, pero de la vereda ideológica opuesta, el liberal **John Locke**, se valió de la idea contractualista para establecer los fundamentos de un Estado limitado. Sostenía Locke en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil –obra de una considerable influencia en el nacimiento de las democracias modernas– que los hombres, al acordar constituirse como sociedades organizadas, lo hicieron bajo la condición de conservar sus derechos y libertades en una medida racionalmente compatible con las necesidades de la convivencia. Los hombres tienen derechos anteriores al Estado, por el solo hecho de ser hombres, y el Estado no puede apropiarse de ellos; la función de éste es precisamente respetarlos y hacerlos respetar con el mínimo de interferencia y de coacción. Cuando no se cumple con esta obligación, o cuando los gobernantes usurpan facultades que no les fueron delegadas, se constituye una tiranía. Frente a ella los individuos pueden ejercer el “derecho de resistencia a la opresión” y rebelarse.

Otros pensadores de la Ilustración se inspiraron en las doctrinas de Locke y el gobierno parlamentario para desarrollar sus ideas a favor de la libertad individual. El francés **Voltaire**, gran admirador de las instituciones inglesas, se erigió en campeón de la tolerancia religiosa y la libre expresión. **Diderot** y los enciclopedistas abogaron por un gobierno sujeto a la razón y no a la arbitrariedad del gobernante. **Montesquieu** formuló en el “Espíritu de las Leyes” una exposición sistemática de la división de poderes como forma de garantizar el ejercicio racional del poder mediante la distribución de potestades entre los distintos órganos del Estado –poderes ejecutivo, legislativo y judicial– y el control recíproco de unos sobre otros. Y el genial **Juan Jacobo Rousseau** dio en “El Contrato Social” la formulación más acabada de la doctrina contractualista, desde una óptica diametralmente opuesta a la de Hobbes.

Para Rousseau, el estado de naturaleza no era la guerra de todos contra todos, sino un estado de libertad natural; el hombre primitivo no era un lobo hambriento sino un “buen salvaje” (Rousseau creía en la bondad humana). Con el tiempo, esta libertad degeneró, apareció la propiedad privada, y con ella el egoísmo y la codicia, la desigualdad social y la lucha. Esto obligó a los hombres a asociarse y darse leyes, pero no para hacer renuncia de sus libertades y derechos, sino para garantizarlos mejor y conquistar la “verdadera libertad”. Los individuos, al celebrar el “contrato social”, se sometieron a

una voluntad superior, pero no era ésta la voluntad de un rey ni de un dictador ni de un grupo de funcionarios o legisladores, sino la “voluntad general” emanada del pueblo; el pueblo –y no los gobernantes- era el origen y el depositario de la soberanía.

No es posible exagerar la importancia de estas doctrinas: ellas fueron la fuente ideológica de todo el movimiento revolucionario en Europa y América. Sentaron las bases de la democracia moderna; dieron aliento a la corriente emancipadora; ayudaron a destruir a las monarquías absolutas; inspiraron a los padres de la independencia norteamericana y a los autores de la Revolución Francesa; fueron la Biblia de los revolucionarios sudamericanos, desde Bolívar hasta Mariano Moreno; produjeron el constitucionalismo como técnica de organización de los nuevos Estados y fundamentaron la nueva fe en los derechos del hombre, que bien pronto habría de ser proclamada y consagrada en documentos inolvidables.

## 7) Cuando los yanquis todavía eran buenos: la Independencia Norteamericana.

Estas ideas hallaron campo propicio, por razones históricas que no vamos a examinar, en las colonias inglesas de Norteamérica. Los colonos sublevados contra el Rey de Inglaterra, y deseosos de librarse de su dominio, sus impuestos y sus vejaciones, echaron mano de las nuevas ideas para proclamar su derecho a autogobernarse. Reunidos sus representantes en Filadelfia, dieron a conocer al mundo la famosa **Declaración de Independencia** (año 1776) y poco después se organizaron bajo la forma de una república soberana regulada por una **Constitución** (año 1787), la cual creaba un gobierno federal según el principio de división de poderes que había imaginado Montesquieu.

No hubo, en el nacimiento de los Estados Unidos, una declaración de derechos tal como después elaborarían los franceses. Pero la Declaración de Independencia contiene un párrafo significativo que es la profesión de fe de los derechos individuales como fundamento y razón de ser del Estado. Dice así: **“Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las verdades siguientes: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, los cuales derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se base en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la feli-**

ciudad”.

Aquí vemos expresada la idea de derechos preexistentes al Estado que los hombres poseen por su sola condición de tales (naturales). Y vemos recogidas fielmente las ideas de Locke sobre contrato social, derechos fundamentales y resistencia a la opresión.

Algo de lo que debemos tomar nota es la palabra “inalienable”. **Los derechos fundamentales de los hombres, dice este gran documento, son “inalienables”.** ¿Qué significa esto? Más adelante lo examinaremos en detalle. Por lo pronto, significa que nadie puede ser privado de ellos, pero también que nadie puede disponer de ellos como si fueran, por ejemplo una cosa susceptible de ser vendida. El hombre es titular de estos derechos, pero su titularidad no es semejante a la propiedad de ciertos bienes. Cuando hablamos de propiedades o posesiones, reconocemos que su titular las puede vender, regalar, alquilar, etc. No sucede así con los derechos fundamentales, ya que el titular no puede, ni aún queriéndolo, abdicar de ellos. No puede venderlos ni renunciarlos porque el titular de los derechos no es su dueño, sino sólo quien tiene la facultad de ejercerlos y reclamarlos. Para decirlo de otra manera: tu derecho a la libertad significa que, como hombre libre, podés hacer muchas cosas (siempre, claro está, que lo hagas con arreglo a ciertas normas) pero lo que nunca podrás hacer es enajenar tu libertad. Tu libertad no te interesa solamente a vos: interesa al conjunto de la sociedad, que ha adoptado un sistema basado en el reconocimiento de la libertad de todos. (Aclaremos desde ya, puesto que tomamos este ejemplo, que en flagrante contradicción con la profesión de fe de los Padres de la Independencia, la esclavitud de los negros siguió vigente varias décadas más).

Este documento, como la totalidad de las declaraciones de derechos y constituciones que se sancionaron en esa primera etapa de la democracia moderna, **se refiere a los derechos de los individuos** y sienta la obligación del Estado de no vulnerarlos. Todavía no se había desarrollado una noción más amplia e integral de los derechos: no había lugar aún para proclamar derechos sociales, económicos o culturales. Solamente preocupaban entonces **los derechos del individuo frente al Estado**. Estos eran los derechos que había que resguardar, para que las autoridades no pudieran avanzar sobre los individuos, su vida privada o su libertad. El Estado estaba obligado a respetar estos derechos individuales y a no inmiscuirse en la vida de los individuos más que en la medida mínimamente necesaria para asegurar el bien común.

Hay, sin embargo, algo muy curioso, una expresión de la que también debemos tomar nota: **el derecho a la “felicidad”**, cuya inclusión se atribuye al gran patriota Tomás Jefferson. A primera vista, no se trata más que del derecho de cada uno a buscar la felicidad personal por los medios que considere convenientes, siempre que no perjudique a otros ni amenace el orden público y la seguridad del Estado. Podría entenderse,

pues, como el derecho a tener una vida privada exenta de la interferencia estatal y a desenvolver las facultades de cada cual con la mayor autonomía posible. **Esto sólo ya sería revolucionario, pues hasta entonces los gobiernos pensaban que la felicidad de los individuos debía siempre ceder a las necesidades del Estado. El engrandecimiento del Estado y no la felicidad de los individuos era el objetivo perseguido por los Estados absolutistas. En la Declaración de la Independencia norteamericana vemos, sin embargo, a un grupo de representantes que piensan que la felicidad individual es algo muy importante, y que si los hombres se avienen a constituir un gobierno común, lo hacen con la condición de poder buscar también su felicidad.** En principio, podría decirse que este derecho a la felicidad implica la obligación negativa del Estado de no interferir en la búsqueda que cada uno haga de su propia felicidad.

Pero hay un segundo aspecto, no estrictamente individual, no puramente negativo en cuanto al rol que se asigna al Estado, en este curioso y novedoso “derecho a la felicidad”. Todavía no estaban los patriotas estadounidenses preparados para comprenderlo o proclamarlo, pero este segundo aspecto se encuentra de alguna manera implícito en el “derecho a la felicidad”. **Para que el derecho a la felicidad pueda ser efectivo, es indispensable que ciertas condiciones de decoro, subsistencia, tranquilidad, protección frente a las inclemencias de la vida o de la suerte, sean garantizadas a los hombres, y especialmente a aquellos que no pueden procurárselas por sí mismos.** No basta, en efecto, que el Estado no interfiera con la existencia privada de los individuos; es necesario que el Estado garantice además esas condiciones mínimas sin las cuales ninguna felicidad es posible.

El desarrollo en todas sus implicancias de este segundo aspecto del “derecho a la felicidad” será el fruto de largas y agotadoras luchas a lo largo de los siglos XIX y XX y dará nacimiento a una noción que por entonces no estaba aún madura ni podía estarlo: **la noción de que el desarrollo pleno de las potencialidades humanas no puede darse sin un marco de protección, sin una acción positiva que ayude a remover los obstáculos que se oponen a una existencia digna para todos.** Como dirían décadas más tarde Jeremías Bentham y los utilitaristas, se empezaba a creer que la finalidad de los gobiernos era también **promover** la felicidad. Baste por ahora dejarlo apuntado en nuestra memoria.

La obra creadora de la emancipación norteamericana era demasiado ambiciosa como para que pudiera ser plasmada de una sola vez. La Constitución norteamericana fue desarrollándose y completándose en sucesivas enmiendas, en las cuales se vieron consagradas las bases de un sistema de protección de derechos individuales que serviría de inspiración y modelo. La Constitución argentina de 1853 se apoya directamente en los logros del proceso constitucional norteamericano.



Esta labor se prolongaría aún muchas décadas alrededor del problema de la esclavitud de los negros, a quienes no alcanzaban los derechos tan generosamente proclamados. Los abolicionistas sostenían que esta cuestión era vital, porque se trataba de saber si el gobierno “del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” era posible sobre la faz de la tierra (como dijo **Abraham Lincoln** en el famoso discurso de Gettysburg) o si, por el contrario, estaba destinado a naufragar a manos de los propietarios de esclavos. Detrás de esta lucha estaba la confrontación entre el modo de producción industrial capitalista del Norte y la economía agrícola con mano de obra esclava de los estados del Sur. Recién en la segunda mitad del siglo XIX, al final de una sangrienta guerra civil, Lincoln lograría imponer su célebre Proclama de Emancipación de los esclavos.

Es irónico que un país que enarboló tan altas y generosas miras haciendo un aporte fundamental a la doctrina moderna de los derechos humanos, hubiera de convertirse con el tiempo –devenido potencia mundial- en el patrocinador de dictaduras feroces que pisotearon esos mismos derechos, en el opresor de los pueblos latinoamericanos, en el autor de exterminios masivos como los causados por las bombas de Hiroshima y Nagasaki, en el promotor de guerras atroces de conquista como las de Vietnam o Irak, por no hablar de los abusos de su propia política interna respecto de los izquierdistas perseguidos por el macartismo o de la población negra o latina. Esto debe hacernos reflexionar sobre la afirmación que efectuamos al comienzo, acerca de la fragilidad de los derechos humanos y la ligereza con que, desde una situación de poder, los hombres nos vemos inclinados a olvidarlos.

## **8) La Revolución Francesa y la primera Declaración de Derechos.**

Pero volvamos al siglo XVIII. Casi simultáneamente se desarrollaba en Francia uno de los sucesos más extraordinarios de la Historia de la Humanidad. Harto de atropellos y miserias, el pueblo francés, fogueado por la burguesía ambiciosa, se alzaba frente a sus opresores para derribar de un golpe a la monarquía con todos sus satélites y a su decrepita maquinaria de dominación. Por primera vez el pueblo se convertía en protagonista, en actor político principal. El feudalismo era arrasado, se desmoronaban instituciones que habían perdurado por siglos, los viejos amos –la casa reinante, la nobleza, el clero- eran arrojados del poder. Los humillados y ofendidos se vengaban furiosamente. Hubo horror en Europa. Temblaron los déspotas de todo el mundo. Corrió sangre y rodaron cabezas, empezando por la del rey Luis XVI. Y en medio de una violencia y una conmoción extraordinarias se inició un fantástico experimento: el experimento de un pueblo que intentaba regenerarse a sí mismo, rodeado de enemigos y conjuras, en medio de peligros y miserias increíbles.

Pero lo más extraordinario, lo que pocos podían ver entonces, cegados por el espectáculo de la guillotina y de la guerra, fue que el pueblo en estado revolucionario produjo ideas políticas con una creatividad incesante, a despecho de todas las adversidades. **Los dilemas políticos, jurídicos y sociales de los siguientes doscientos años** fueron esbozados entonces en la Asamblea, en la Convención, en las discusiones de los clubes políticos, en las comunas, en las reuniones populares. Y entre tanta agitación y lucha, el pueblo, arrastrado por fanatismos y pasiones furiosas, pero también imbuido de altísimos ideales, legó a la Humanidad su más emblemática creación: **la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** (agosto de 1789).

En ella, la Asamblea Nacional proclamaba su voluntad de “exponer ... **los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre**”. Los hombres –afirma- nacen y permanecen libres e iguales en derechos; tales derechos son **imprescriptibles** (es decir, no se pierden porque no se los ejerza en un lapso de tiempo) y comprenden **la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión**; la soberanía reposa en la nación. Se consagran principios fundamentales como el de reserva (lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y lo que la ley no manda no puede ser impuesto a nadie), el de legalidad (que impide que un individuo pueda ser detenido, encarcelado, acusado o castigado sino en virtud de ley previa), la libertad religiosa; la libertad de opinión y de prensa; y la responsabilidad de funcionarios y gobernantes, obligados a rendir cuentas ante la sociedad.

Inicialmente la Asamblea no parecía decidida a subrayar demasiado la idea de igualdad, y ni siquiera incluyó en su declaración la propuesta moderada del abate Sieyès que sostenía que “si los hombres no son iguales en medios, es decir, en riqueza, en talento, en fuerza, etc., no dejan de ser iguales en derechos”. Pero luego la presión popular obligó a avanzar en este terreno. Cuando en 1791 la Asamblea Nacional redactó la Constitución añadió a esta Declaración un Preámbulo en el que declaraba “**irrevocablemente abolidas las instituciones que herían la libertad y la igualdad de los derechos**”, incluyendo la institución de la nobleza, los títulos, el régimen feudal, las justicias patrimoniales, las distinciones de nacimiento, las órdenes y corporaciones medievales.

La Revolución Francesa legislaba para Francia, pero hablaba para toda la Humanidad. La consigna “Libertad, Igualdad, Fraternidad” galvanizaba el idealismo popular. “Cuando se piensa que este desafío fue lanzado a una Europa sumida aún en las tinieblas de la monarquía todopoderosa y de las servidumbres feudales –escribe Pedro Kropotkin en su “Historia de la Revolución Francesa”- se comprende por qué la Declaración de los Derechos del Hombre, que solía confundirse con el Preámbulo de la Constitución que seguía, **apasionó a los pueblos durante las guerras de la República y llegó a ser el símbolo del progreso para todas las naciones de Europa durante el**

**siglo XIX**". Y agrega: "no fue la Asamblea, ni siquiera la burguesía de 1789, quienes expresaron sus deseos en aquel Preámbulo: **fue la Revolución popular que les obligó poco a poco a reconocer los derechos del pueblo y a romper con el feudalismo...**"

Aunque la Independencia norteamericana y la Revolución Francesa son parte de un mismo proceso histórico y señalan la llegada de la burguesía al poder, hay importantes diferencias entre ambas, que sólo puedo exponer de manera muy simplificada. El proceso norteamericano fue principalmente político, mientras que la Revolución Francesa implicó una transformación profunda, no sólo política, sino también económica y social al conmovir todo el orden preexistente. La Revolución Francesa fue además una revolución de masas y no sólo de las clases dirigentes. Fue la primera revolución verdadera de la Historia y el modelo de todas las demás. Fue radicalmente igualitaria en sus tendencias iniciales. Y fue también una "revolución traicionada", para utilizar la frase de Trotski. Todas las revoluciones lo son en cierto sentido, porque ninguna alcanza a plasmar en la realidad los ideales que se proponía al desatarse. La traición de la burguesía logró frenar las aspiraciones igualitarias del pueblo bajo, de los sansculottes, de los descamisados, los proletarios y campesinos, a quienes había utilizado como fuerza de choque contra el Rey y la nobleza. Convertida en una farsa sangrienta, terminó abriendo el camino a la aventura de Napoleón y al regreso del Antiguo Régimen. Y sin embargo fue tan elevada y noble en sus aspiraciones que su legado inspiró a las luchas de los siglos posteriores y se prolonga hasta el presente. Demostró, de una manera contundente y espectacular, que no existen órdenes sociales eternos.

No vamos a hacer aquí un detalle de los sucesos que marcaron el proceso revolucionario. Simplemente reiteraremos que, en el balance, la burguesía logró sofocar las aspiraciones igualitarias del pueblo bajo. La Igualdad era una bella palabra, pero era incómoda. Hubo quienes pretendieron que no fuera una simple "igualdad ante la ley" sino que se extendiera al terreno económico y social (durante la Revolución Francesa aparecieron los primeros esbozos, todavía muy elementales, del socialismo, de la mano de dirigentes populares como Babeuf). Esto era cosa que la burguesía no estaba dispuesta a tolerar: los que así pensaban fueron rápidamente perseguidos y aplastados. La **inviolabilidad de la propiedad privada** es uno de los principales puntos de la Declaración francesa.

Sobre el molde de los antecedentes norteamericano y francés se cortaron todas las proclamaciones de derechos y tentativas revolucionarias de los años siguientes. Los padres de nuestra Patria eran discípulos de tales escuelas. Belgrano era gran admirador de Jorge Washington y en sus memorias relataba de qué manera la Revolución Francesa lo había inspirado en su juventud, enseñándole a ver tiranos dondequiera los hombres no gozaran de unos derechos "que Dios y la naturaleza les habían concedido". Mariano

Moreno tradujo el Contrato Social y fue el principal difusor de las ideas de Rousseau en el Río de la Plata. La Asamblea del año XIII tenía la memoria puesta en los debates de la Asamblea y la Convención francesas. Los constituyentes de 1853, por consejo de Alberdi, no redactaban un artículo sin tener la Constitución norteamericana a la vista.

En resumen: gracias al proceso revolucionario de fines del siglo XVIII arraigó en la conciencia humana la idea de que existen derechos comunes a todos y de que la organización de las sociedades debe ser tal que los mismos no puedan ser avasallados. Todavía se trataba de derechos individuales que implicaban obligaciones negativas del Estado. Algunos los llaman **derechos “de primera generación”**, para diferenciarlos de aquellos otros de tipo social o colectivo que se fueron reconociendo en las décadas siguientes.

Junto a los derechos cuya finalidad es proteger a los individuos de la arbitrariedad estatal (**derechos individuales o civiles**), se consagraron también los llamados **derechos políticos**, como consecuencia de la doctrina de la soberanía del pueblo. Esto significaba que se reconocía a los individuos el derecho a intervenir en alguna medida en las decisiones políticas y en la elección de los ocupantes de cargos (y también a aspirar legítimamente a ocuparlos).

Por supuesto que la generalización de estos derechos políticos no fue cosa fácil. Llevó muchas décadas que se reconocieran no sólo a los propietarios, como algunos pretendían, sino a todas las clases sociales (el sufragio universal fue una conquista penosa en todos los países civilizados), no sólo a los hombres sino también a las mujeres (en Argentina debimos esperar a la influencia de Evita para que se consagrara el voto femenino, y todavía hoy no se ha conseguido una participación igualitaria de ambos géneros en la vida política), no sólo a los miembros de una raza sino a los de todas las etnias de un país (la lucha de los negros por sus derechos no concluyó sino que apenas empezó con la Proclama de Emancipación en Norteamérica). Hoy la participación no se concibe ya como una mera intervención en el acto electoral, y es general la idea de que la democracia no resulta completa si no se reconoce al pueblo otras formas de participar, además del voto.

Pero la principal conquista de este proceso liberador que se inició en el siglo XVIII no fue la consagración de tal o cual derecho en un documento escrito que en mayor o menor medida los gobernantes de los años siguientes se encargaron de pisotear en la práctica, sino **la instauración definitiva de la idea misma de derechos y de la posibilidad real de su vigencia**, aunque sólo fuera en forma restringida. **Nunca más en la Historia de la Humanidad (salvando el caso del fascismo y el nazismo) los gobiernos pudieron desentenderse de esta nueva luz que se abría paso en las tinieblas de la conciencia humana.**

## 9) Para qué sirve una Constitución.

Hemos visto que una de las principales preocupaciones de quienes condujeron los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX fue el dictado de Constituciones para los Estados. Sabemos también, aún cuando no seamos juristas, que una Constitución es “la ley fundamental de una Nación”, la “Carta Magna”, la “ley de leyes”. Toda esta fraseología está ampliamente difundida, pero no siempre se entiende muy bien su significado. Conviene, entonces, aclarar estos conceptos y su vinculación con los Derechos Humanos.

Una Constitución es un instrumento por el cual se intenta regular la forma de organización de un Estado sobre bases más o menos estables y conocidas. Se trata de una técnica cuyo principal objetivo consiste en eliminar o reducir la arbitrariedad en el manejo del poder, sometiéndolo a reglas que no pueden pasarse por alto, tanto para la formación de los órganos que detentan el poder cuanto para el ejercicio mismo de éste a través de los actos de gobierno, las leyes y las sentencias. Como se ve, **la razón de ser de esta técnica es, en sus orígenes históricos, similar a la de esta otra técnica que estamos estudiando y que llamamos Derechos Humanos. Ambas están vinculadas y aparecieron juntas.**

En la vida de todo Estado hay un momento en el cual se debe decidir acerca de estas normas fundamentales que lo regularán en el futuro. Quienes toman esa decisión son llamados “**Poder Constituyente**”. La doctrina constitucional clásica atribuye el Poder Constituyente, en última instancia, al pueblo en ejercicio de la soberanía. Los poderes que la Constitución crea —es decir, el conjunto de los órganos que llevarán a cabo las funciones de gobierno, legislación y justicia— se llaman “**Poderes constituidos**”. A partir de Montesquieu, estos poderes han sido tres: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, los cuales no sólo se dividen las funciones del Estado, sino que ejercen un mutuo control en un delicado equilibrio de “contrapesos”. Un aspecto fundamental de la técnica constitucional es la independencia del Poder Judicial, la cual tiene como finalidad asegurar que la Justicia esté libre de las presiones políticas y las pasiones del momento (esto, por supuesto, en la teoría).

Una de las características de la técnica constitucional es lo que se llama “**supremacía de la Constitución**”. La Constitución es una ley, pero no es una ley cualquiera. Al ser la ley fundamental de una Nación, es necesario dotarla de ciertos atributos que la diferencien de las restantes normas. Supremacía significa que está por encima de todas las otras normas de un Estado. Las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, etc., deben someterse a la Constitución. Es decir que, para poder regir y ser aplicadas, tienen que respetar las disposiciones de la Constitución y adecuarse a ellas. Si no lo hacen, se con-

sideran “inconstitucionales” y por lo tanto carecen de validez.

Para asegurar la supremacía constitucional es necesario que exista un mecanismo de “**control de constitucionalidad**”. En algunos países el control de constitucionalidad está a cargo de un órgano político. En otros –como el nuestro, que se inspira en el modelo estadounidense– el control de constitucionalidad lo ejerce el Poder Judicial, y particularmente el órgano que lo encabeza: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el último e inapelable juez a la hora de decidir cuándo una norma se ajusta o no a las disposiciones de la Constitución Nacional.

Otra forma de garantizar la supremacía constitucional consiste en establecer limitaciones para la posibilidad de modificar la Constitución. Toda ley puede ser modificada por otra posterior, y también puede serlo una Constitución. Pero para que ésta sea diferente de las leyes comunes y permanezca por encima de ellas, es necesario asegurar que el procedimiento para su reforma no sea sencillo. Para modificar una ley, basta con que el Poder Legislativo dicte otra ley derogándola o reemplazándola. Pero si se pudiera modificar la Constitución mediante este procedimiento ordinario, no habría forma de asegurar la permanencia de las instituciones. Por eso se establecen procedimientos especiales para la reforma constitucional. Por ejemplo, la convocatoria a una Convención especial encargada de llevar a cabo las modificaciones, luego de que el Congreso, mediante una mayoría también especial, haya declarado la necesidad de reforma. Asimismo, puede establecerse la obligación de someter la reforma a una convalidación posterior mediante el voto del pueblo (referendum). De esta manera, la Constitución adquiere un carácter de estabilidad y permanencia en el tiempo, salvaguardándola de los cambios de opinión o de relaciones de fuerza coyunturales en una sociedad.

Todo esto fue admirablemente expresado en uno de los fallos más famosos de la historia, el del caso “**Marbury versus Madison**” (1803), por el Juez Marshall de la Corte Suprema estadounidense. Entre otras cosas, dijo: “*Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. (...) Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. (...) Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable*

*por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.”*

Según el constitucionalismo clásico, las Constituciones tienen dos partes: una dogmática (las declaraciones, derechos y garantías) y una orgánica (referente a la estructura de poderes del Estado). La primera parte establece el conjunto de valores y principios que se consideran fundamentales para una Nación y a los que debe subordinarse todo el orden jurídico del Estado. La segunda parte es la que regula el funcionamiento concreto de los “poderes constituidos”: cómo y quiénes eligen a las autoridades, cuánto duran en sus cargos, cuáles son sus atribuciones, qué facultades y limitaciones tienen en el ejercicio de su poder, etc.

Los Derechos Humanos, por lo general, se encuentran enunciados en la primera parte. Por ejemplo, en nuestra Constitución Nacional tienen fundamental importancia artículos de la primera parte tales como el 14, el 14 bis, el 16, el 18 o el 28. Pero también existen disposiciones de la parte orgánica que tienen vinculación directa con los derechos humanos, tanto en lo que hace a las limitaciones que imponen a los poderes constituidos como en las obligaciones que establecen. Por ejemplo, el artículo 75, en algunos de sus incisos, sienta el deber del Poder Legislativo de resguardar determinados derechos, como los de los aborígenes.

Más adelante examinaremos estas cuestiones normativas con mayor detalle. Por ahora, baste señalar que **la técnica del constitucionalismo es una de las salvaguardas de los derechos humanos. Gracias a ella se consagran de manera permanente, en el orden jurídico interno de un Estado, las barreras que éste no puede derribar en cuanto al respeto de los derechos, así como también las obligaciones de que no puede desembarazarse a la hora de gobernar, legislar o juzgar.**

## **10) Conflictos de valores: ¿derechos o deberes? ¿libertad o igualdad? El nacimiento del socialismo y la lucha por la igualdad real.**

Hemos asumido, para el análisis de los derechos humanos, una perspectiva que hace eje en los “valores”. Dijimos que los derechos humanos expresan estos valores. Ahora bien: los valores son juicios de preferencia, que se encuentran a su vez influidos por las posiciones ideológicas o sociales de quienes los formulan. Así, es lógico que haya quienes hacen hincapié en determinados valores en desmedro de otros, no reconociendo la misma importancia a todos los derechos proclamados. En dónde se ponga el

acento, dependerá de las posiciones que se adopten.

El concepto mismo de derechos expresa una postura. Al poco tiempo de iniciada la Revolución Francesa, a medida que ésta perdía impulso y se afianzaba la reacción y la tendencia al conservadurismo, aparecieron quienes empezaron a preguntar **por qué se hablaba de derechos solamente y no de deberes**. Eran los nostálgicos del orden, los burgueses temerosos ante el avance de las masas y ávidos de proteger sus propiedades, amenazadas por las tendencias igualitarias. Decían: “estos revoltosos hablan mucho de derechos, pero se olvidan de que el hombre tiene también deberes. Tenemos que recordárselo”. Y así promovieron una nueva declaración, pero esta vez de “derechos y deberes” (Constitución conservadora del Año III, 1795). Entre los “deberes” estaba el reconocimiento de que “sobre la custodia de la propiedad ... descansa el orden social”.

En el presente, esta línea argumental es utilizada por los enemigos de los derechos humanos que no se atreven a confesarlo. Encuentran objetable tanto énfasis puesto en los derechos y piensan que ello atenta contra el orden social, dando lugar a libertinaje. Detengámonos un poco.

Se trata, una vez más, de una disputa ideológica. Es claro que los defensores de los derechos humanos no ignoramos que existen deberes que son correlativos a los derechos. Sería ridículo pensar otra cosa. Pero **si se pone el énfasis en los derechos y no en los deberes es porque son los primeros los que están amenazados por el poder**. Los deberes nunca están amenazados. **Durante milenios la humanidad sólo conoció deberes**: el deber de obediencia, el deber de trabajar, el deber de ir a la guerra, de pagar los impuestos, de inclinarse ante los soberanos o los dioses. **Que existan deberes nunca estuvo en discusión. Lo que estaba en discusión era la existencia de derechos**, y por eso era –y es- necesario poner el acento en los derechos.

Los valores suelen expresar preferencias y estas manifestarse a su vez como oposiciones. Acabamos de mencionar **la oposición “derecho-deber”**. El acento en uno o el otro de los términos implica toma de posición ideológica. El derecho es la postura de quienes defienden al individuo o a los grupos sociales frente al poder y al Estado. El deber es la postura de quienes defienden antes que nada el orden establecido, la autoridad, la dominación.

Pero dentro del campo mismo de los derechos existen también estas antítesis. Hay que aclarar que para la visión moderna de los derechos humanos se trata de antítesis falsas, ya que hoy se tiende a concebir a aquellos **como aspectos interrelacionados de una totalidad y no como segmentos separados. La persona humana es una e indivisible y los derechos de que se halla investida son también un todo integral**, y en situaciones de conflicto entre derechos se deberá tender a armonizarlos, en tanto ello



sea posible.

Sin embargo, las antítesis han existido históricamente. Al recordar los orígenes de la teoría contractualista, hemos visto cómo se esbozaba una oposición entre la idea de “seguridad” (defendida por Hobbes) y la de “libertad” (defendida por Locke). Se trata de una antítesis falsa y tendenciosa, pues ya veremos que, en realidad, en un sistema de derechos equilibrado y eficiente, no puede existir una sin la otra. Pero ello no impide que desde lo discursivo se utilice esta supuesta antítesis para fundamentar posiciones políticas.

También se planteó, desde el comienzo mismo de la Revolución Francesa, una antítesis entre las ideas de “libertad” e “igualdad”, o lo que es lo mismo: entre liberalismo y democracia de masas, entre Locke y Rousseau. Los dirigentes burgueses moderados –Mirabeau, Sieyès, Condorcet, Lafayette, etc.- eran liberales y seguían a Locke. Los dirigentes revolucionarios, los jacobinos –Robespierre, Danton, Marat, Hebert, Saint Just-, y el pueblo bajo en general, se inclinaban por Rousseau. A los primeros les interesaba resguardar al individuo tanto de las arbitrariedades del Rey como de los abusos de la masa. A los segundos les preocupaba mucho menos eso que la vigencia de la soberanía del pueblo. Y dentro de los grupos más radicalizados había quienes no se conformaban con esto último sino que pretendían llevar la igualdad al terreno económico y aspiraban a una igualación de las fortunas. Todavía no se había desarrollado la idea de la propiedad colectiva, por lo tanto su igualitarismo tendía a asegurar porciones equivalentes de propiedad a todos.

Estas diferencias provenían ideológicamente de conceptos antitéticos de los propios filósofos. Para Locke la propiedad era algo positivo. Para Rousseau era el origen de todos los males, la fuente de la desigualdad y de la opresión humana. Las palabras “tuyo” y “mío” habían dado lugar, según Rousseau, a todos los conflictos.

Estas ideas contrarias a la propiedad privada no se plasmarían en la Revolución Francesa sino mucho después, con el surgimiento del socialismo y el anarquismo. Proudhon pasaría a la historia como el autor de un libro titulado “La propiedad es un robo”. Los socialistas utópicos primero, y Marx y Engels después, elaborarían sus programas políticos alrededor de la superación de las relaciones de propiedad existentes. La idea de que la propiedad privada de los medios de producción debía ser reemplazada por una propiedad colectiva de los mismos en manos del proletariado se empezó a imponer a las masas obreras a partir del año 1848, en el cual se produjo una importante ola revolucionaria en Europa, principalmente en Francia. En ese año se publicó también el Manifiesto Comunista, grito de guerra del socialismo moderno.

Una vez más debemos preguntarnos cuál era el trasfondo de este desarrollo de

las ideas, porque las ideas no surgen espontáneamente en las cabezas de los filósofos sino que son el resultado de las condiciones objetivas de existencia. En este caso, se trataba de **la creciente organización y toma de conciencia de la clase obrera**. Los proletarios no eran ya el grupo de desarrapados que vociferaban en las calles de París mientras los burgueses discutían constituciones en la Asamblea Nacional. La Revolución Industrial y la implantación en gran escala del sistema de producción capitalista, con sus maquinarias y sus enormes fábricas en las que trabajaban durante dieciseis o más horas diarias cientos de hombres, mujeres y niños, había producido un gigantesco cambio social. Los obreros, que hasta entonces no tenían conciencia de pertenecer a una clase ni de sus propios intereses como tales, al ser reunidos en gran número en los establecimientos fabriles por las necesidades del sistema industrial, empezaron a comprender que lo que le sucedía a cada uno de ellos también les pasaba a sus compañeros. Empezaron a organizarse para defenderse de la opresión y explotación de los dueños de las fábricas y para luchar por mejores salarios y condiciones de trabajo y de vida. En 1825 los obreros ingleses lograron que se derogaran las Combination Acts, que prohibían las asociaciones de asalariados, y nació en Inglaterra el movimiento tradeunionista, es decir, el primer esbozo del sindicalismo como forma de organización de las masas trabajadoras, con sus instrumentos de lucha: la huelga y el sabotaje. Se creó la Internacional de Trabajadores. Se formularon y desarrollaron las teorías colectivistas: el anarquismo (Proudhon, Bakunin, Kropotkine), el socialismo utópico (Saint Simon, Fourier, Robert Owen) y el socialismo científico (Carlos Marx y Federico Engels). El proletariado no sólo era una clase social en permanente expansión y crecimiento: era también una fuerza política. Pronto elaboró su programa de reivindicaciones, que al principio fueron esencialmente económicas (lucha por el salario, por la reducción de la jornada laboral, por el mejoramiento de las condiciones de trabajo, por la seguridad social, contra el desempleo, etc.) y luego evolucionaron hasta transformarse en reivindicaciones políticas (la constitución de partidos obreros, la elaboración de programas de gobierno, la lucha por el poder y la idea de una revolución que reemplazara el orden social existente, fundado en la explotación del hombre por el hombre, por una nueva sociedad basada en la abolición de la propiedad privada de los medios de producción, la eliminación de las clases sociales y la dictadura del proletariado).

No vamos a analizar aquí cómo la idea socialista evolucionó con el tiempo, dando nacimiento a dos tendencias: una meramente reformista (Kaustky, Bernstein, laborismo inglés, socialismo francés), que aspiraba a mejoramientos graduales en las condiciones de vida de las masas y a una creciente participación en los procesos electorales, y una revolucionaria que encontraría expresión en la vertiente marxista-leninista, cuyo objetivo era la destrucción del régimen capitalista y su reemplazo por una sociedad comunista o sin clases. Ambas corrientes, así como el movimiento sindical y el anar-

quismo, tenían en común la invocación de los derechos de la clase trabajadora, la denuncia de las injusticias del sistema capitalista y la lucha por la mejora de las condiciones de vida del proletariado. Todas ellas expresaban un anhelo común: **la igualdad social**.

Y aquí volvemos a la idea de comienzos del presente capítulo: la antítesis libertad-igualdad. Vimos que en la Revolución Francesa esta antítesis llevaba a una distinta valoración de la importancia del individuo y de la masa. Para la burguesía moderada, lo importante era asegurar la libertad del individuo (y por ende su seguridad y su propiedad). El “individuo” no era otro que el burgués pudiente, y si convocaba a las masas era sólo para asustar al Rey y a la nobleza y arrancarles concesiones. Con este objetivo, tenía que prometer algo a las masas: esa promesa era la igualdad. La igualdad era la gran zanahoria con que se engañaba al pueblo bajo. Todos eran iguales, no había más distinciones de sangre o de nacimiento, todos se llamaban unos a otros, no por sus títulos, sino por el apelativo común de “ciudadanos” (que era el equivalente, salvando las distancias, del “camaradas” de los bolcheviques o, en nuestro país, el “compañeros” del movimiento peronista). Pero pronto quedó claro que esa igualdad, tal como la concebía la burguesía, tenía límites precisos. Era la igualdad ante la ley. A lo sumo, era la igualdad de “oportunidades”. Una igualdad hipotética (porque no puede ser igual ante la ley quien es tan pobre que no tiene medios de defenderse), una igualdad formal y no real (porque no puede tener igualdad de oportunidades quien nació en una choza respecto de quien nació en un palacio). Esta igualdad representaba un avance respecto de la sociedad feudal, en la que los hombres nacían como nobles o como plebeyos, sin poder cambiar jamás su condición, y había leyes diferentes para unos y otros. ¿Pero qué significaba esta igualdad “formal” para los campesinos y los proletarios, para los descamisados de la Revolución?

En su famosa sátira política “Rebelión en la granja”, Orwell muestra cómo es burlada la aspiración de igualdad después de una revolución. Los animales sublevados contra el granjero habían escrito en la pared del establo los lemas de la rebelión animal. El principal de ellos era: “Todos los animales son iguales”. Pasado un tiempo se vio que el cerdo y sus secuaces tenían algunos privilegios. Los animales desorientados fueron a consultar la pared y encontraron el principio de igualdad ligeramente modificado: “Todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros.”

Pronto las masas de proletarios y campesinos comprendieron que la promesa de igualdad hecha por la Revolución Francesa no era más que un engaño. En definitiva, para utilizar palabras de Anatole France: la igualdad ante la ley no significaba sino que la ley “permitía por igual a ricos y a pobres el dormir bajo los puentes”.

Las luchas del siglo XIX y comienzos del XX estuvieron marcadas por la pretensión de extender el concepto de igualdad a otros terrenos. La igualdad formal o ante

la ley fue reemplazada por la pelea del proletariado y de los pobres en general por conquistar la igualdad real. Ello dio nacimiento a **la segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales.**

Como tender hacia una igualdad mayor en el terreno económico y social implicaba limitar el derecho de propiedad de diversas maneras, y también establecer condiciones y restricciones en las celebraciones de los contratos (por ejemplo, del contrato de trabajo) y en la autonomía del individuo burgués para hacer lo que se le antojara (por ejemplo, disponer de sus bienes a su gusto y placer y sobre todo no tener que pagar muchos impuestos por ellos), esta aspiración de igualdad real de las masas trabajadoras fue interpretada por los propietarios como un atentado a su libertad. Y así se hizo renacer la antítesis libertad –igualdad. Los derechos individuales, los de la primera generación, fueron vistos como derechos protectores de la libertad y se intentó contraponerlos a los derechos sociales o de segunda generación, pretendiendo que estos, al favorecer a las masas, afectaban la libertad de los individuos.

## **11) El problema de la propiedad.**

Hemos visto en capítulos anteriores el papel que tuvo el derecho de propiedad en las discusiones y luchas que se plantearon en los últimos siglos. Para el constitucionalismo clásico el derecho de propiedad era uno de los derechos “sagrados” e “inviolables” del ser humano. En realidad, los derechos de primera generación tenían tanto el propósito de defender la libertad de los individuos frente al Estado como el de defender su propiedad.

Para quienes sostienen esta tesis, el derecho de propiedad es inseparable del hombre. Ya sea que lo atribuyan a los dictados de un Dios omnipotente, a las leyes de la Naturaleza o a los resultados de una racionalidad superior en la organización de los asuntos humanos, quienes tienen esta visión consideran que la propiedad es un derecho fundamental que no sólo implica el uso, goce y disposición irrestricta de los bienes sobre los que se extiende, sino también la posibilidad de disponerlos a futuro bajo la forma de testamentos o legados para asegurar su destino post mortem. Para quienes así piensan, la persona humana no puede existir sin un “patrimonio”. Es un derecho natural, y para algunos, consagrado por el propio Jehová, quien, en los Diez Mandamientos, lo reconoce al disponer: “no robarás”. Tener una propiedad significa, para quienes piensan de esta manera, “tener un señorío absoluto sobre una cosa”; y por ende no deben responder a nada ni a nadie de lo que hagan con ella. “Es mía –dicen- y puedo hacer con ella lo que quiero”.

Esta es la concepción predominante en el constitucionalismo clásico y también en la mayoría de los códigos civiles y leyes sobre la propiedad del siglo XIX. La Constitución Nacional la recoge en su art. 17, y el Código Civil de Dalmacio Vélez Sárfield la desarrolla hasta sus últimas consecuencias.

Esta concepción, que parece muy natural a primera vista, no es más que una construcción ideológica tan pronto como se la examina con detenimiento. En primer lugar, es falso que la propiedad privada sea la forma inevitable de organizar las relaciones humanas. La Historia de la Humanidad revela que hubo extensas etapas en las cuales la propiedad privada no existió. Por ejemplo, en los tiempos primitivos, en que los hombres se dedicaban a actividades de caza y recolección, formando comunidades pequeñas, no había propiedad privada y todos los bienes eran comunes. En la Edad Media, los campesinos usufructuaban tierras y bosques “comunales”, antes de ser expropiados por los ricos, que procedieron a levantar vallas en los campos y poner guardias armados para impedir el acceso: Tomás Moro relata este proceso en su libro “Utopía” tal como ocurrió en la Inglaterra del Renacimiento. (Hoy ocurre un proceso similar en el interior de nuestro país, donde las comunidades aborígenes son expulsadas de los montes y breñas, que habitaban desde tiempos inmemoriales, por las compañías agrícolas munidas de títulos de propiedad fraudulentos, las que mandan patotas de repesores y topadoras para apropiarse de las tierras, alambrarlas, desmontarlas y plantar soja). Los Incas organizaron un extenso y próspero Imperio sin propiedad privada y sin moneda, y lograron que treinta millones de personas vivieran en paz y armonía con la naturaleza y con las necesidades básicas satisfechas; y cuando ocurría algún cataclismo, sequía o terremoto, los “tambos” o depósitos imperiales repartidos por todo el “Tawantinsuyo” abrían sus puertas y proveían a los necesitados de comida y abrigo. Aún bajo el dominio del capitalismo, aparecieron formas de propiedad alternativas, como las granjas colectivas o kibutzin de Israel, o la organización de unidades de producción o intercambio cooperativos. Finalmente, las experiencias colectivistas de los países marxistas demostraron que una sociedad podía organizarse y funcionar sin propiedad privada de los medios de producción, cualquiera sea la opinión que nos merezca esa experiencia. **La propiedad, como cualquier otro aspecto de la vida social de los seres humanos, no es algo sagrado, prescripto por Dios o por la Naturaleza, sino simplemente el fruto de convenciones sociales que los hombres han instituido y que sólo duran mientras estos las sostengan.**

En segundo lugar, aún cuando admitamos que la propiedad privada es una institución social respetable, y que pueda resultar más o menos conveniente mantenerla, de ello no se sigue que el propietario sea un “señor absoluto” de las cosas que posee, tal como pretendía la concepción clásica de los derechos “reales”. El carácter “absoluto” de la propiedad, aun cuando fue proclamado por las leyes, nunca se aplicó plenamente ni

siquiera en las legislaciones más retrógradas. Siempre hubo límites y restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, para evitar que éste se convirtiera en un derecho antisocial. Por ejemplo, nadie sostiene que un propietario puede hacer cualquier cosa en su inmueble, aún cuando ello redunde en perjuicio de sus vecinos. No puede, supongamos, tener un basural en el fondo de su casa creando un foco infeccioso, o volcar tóxicos en las aguas de un arroyo que pasa por su fundo en perjuicio de quienes viven aguas abajo y las utilizan para beber. Debe aceptar los límites que le impone la convivencia.

Hoy, estos límites están admitidos como parte inherente del derecho de propiedad, pero fue necesario luchar contra viejas y sin cesar renovadas pretensiones de hacer de la propiedad privada un derecho “absoluto” e “irrestringido” sobre una cosa sin ninguna contemplación de las consecuencias sociales o ambientales.

Esto llevó al paulatino reconocimiento de que el derecho de propiedad es un derecho “relativo”, que no puede ejercerse abusivamente y que debe ceder frente a consideraciones de tipo social, sanitario o ambiental, frente a razones de “orden público”.

Influyó en esto la posición adoptada por la Iglesia Católica, la cual, reflotando viejas enseñanzas de la filosofía escolástica y actualizándolas bajo la urgencia de la lucha de clases (había que ofrecer algo a los obreros para evitar que cayeran en el comunismo), empezó a predicar, a través de diferentes encíclicas (**Rerum Novarum**, 1891, del “Papa de los trabajadores” León XIII, y **Quadragesimo Anno**, 1931, de Pío XI), a favor de mitigar la explotación de los obreros respetando su dignidad, limitar el apetito de ganancias de los propietarios y reconocer que la propiedad debía cumplir una función social. En realidad, la postura de la Iglesia era mucho más conservadora que la de Jesús, quien había condenado la codicia y las riquezas y había dicho que los ricos jamás entrarían en el Reino de los Cielos (“es más fácil que un camello pase por el ojo de una aguja”); y sus discípulos, luego de la Crucifixión, organizaron las primeras comunidades cristianas bajo la forma de un comunismo primitivo, en donde todos debían renunciar a sus bienes como condición primera, según se relata en los “Hechos de los apóstoles”. Pese a ello, estas nuevas doctrinas dieron aliento a lo que se conoce como social-cristianismo, fundado por el sacerdote francés Robert de Lammenais y por otros religiosos, el cual no era sino una adaptación, aunque chirle, de las doctrinas del Evangelio a las exigencias del mundo industrializado. Un ejemplo argentino de estas ideas es la postura adoptada por el ideólogo de la Constitución de 1949, el jurista Arturo Sampay, quien, como discípulo del filósofo católico Jacques Maritain, afirmaba: **“La propiedad no es inviolable, ni siquiera intocable, sino simplemente respetable, a condición de que sea útil no solamente al propietario sino a la colectividad”**

De la vereda de enfrente de los defensores del derecho de propiedad, hemos visto también que éste no era valorado de la misma manera por los desposeídos, y por

los pensadores o filósofos que aspiraban a la igualdad como valor fundamental. Rousseau, los socialistas en sus diferentes variantes, los anarquistas y otros movimientos vinculados al proletariado, cuestionaban las relaciones de propiedad existentes. Algunos, igualitaristas ingenuos, como ciertos radicales de la Revolución Francesa, pretendían limitar el derecho de propiedad a una medida igual para todos los ciudadanos y que además no se pudiera transmitir por herencia. Otros directamente proponían la abolición de la propiedad privada de los medios de producción. Esto no significaba eliminar, por ejemplo, la propiedad personal, sino la de las fábricas, la tierra productiva, los medios de transporte, etc. Veremos triunfar posiciones contrarias o limitativas de la propiedad privada en algunos países bajo el impulso revolucionario, e incluso alcanzar consagración constitucional.

Los llamados “derechos de segunda generación” implicaron un nuevo conjunto de limitaciones al derecho de propiedad, en los casos en que reconocieron la vigencia de ésta en vez de abolirla. Por ejemplo, **al consagrar el derecho de todo hombre, mujer o niño a satisfacer sus necesidades elementales, estos derechos imponen la obligación del Estado de garantizar el acceso a esos bienes, sin dejarlos librados al azar de los mercados o la buena voluntad de la gente caritativa (beneficencia).** Garantizar ese acceso significa en muchos casos redistribuir la riqueza mediante determinadas políticas tributarias, económicas y sociales que sin duda afectan el derecho de propiedad tal como lo concebían sus defensores clásicos. Si hay una hambruna mientras existen alimentos en manos de acaparadores, el Estado puede intervenir para expropiarlos y distribuirlos entre la población. Si los productores de manzanas no quieren venderlas porque el precio internacional está bajo y prefieren echarlas al río considerando que ello es un ejercicio del derecho de propiedad, el Estado puede intervenir para impedir este derroche de alimentos que otros necesitan. Si existe un monopolio o un cartel de empresas que manejan los precios a su antojo perjudicando a los consumidores, el Estado puede regular el mercado para defender a estos últimos, afectados en sus derechos. Si una compañía produce bienes esenciales y decide negarlos o retirarlos de circulación, el Estado puede expropiarla defendiendo a los particulares afectados. Si se reconoce un derecho de propiedad intelectual sobre las fórmulas de un medicamento y para utilizarlo deben pagarse derechos al autor de la fórmula (o a su propietario, que suelen ser compañías farmacéuticas), éste cede frente al derecho a la salud y a la vida de quienes no disponen de los medios para adquirirlo; y algunos países han decidido, en contextos de epidemias como la del SIDA, producir medicamentos sin autorización de las multinacionales “propietarias” de las fórmulas por considerar a los mismos un “bien social”.

Pronto veremos también que **la aparición de los llamados “derechos de ter-**

**cera generación” implicará una nueva serie de limitaciones y restricciones a la propiedad, sea esta privada o colectiva, al someter su ejercicio a la condición de no afectar, por ejemplo, los recursos naturales y el derecho colectivo a un ambiente sano.**

La concepción clásica implicaba, además del carácter absoluto, la exclusividad. Quien tiene la propiedad de algo, tiene la facultad de excluir del goce de ese algo a todos los demás. Supongamos ahora que cae bajo la propiedad privada un territorio con especiales características de patrimonio natural, paisajístico o turístico: una belleza natural. Los Estados han creado, para proteger estos recursos, figuras tales como los parques nacionales, las reservas y las áreas protegidas. Ellos implican nuevas restricciones al derecho de los propietarios de las tierras, que no pueden afectar las características que se consideran patrimonio natural, y deben tolerar la presencia de visitantes, mediante, por ejemplo, el reconocimiento de servidumbres de paso.

En el caso de explotaciones que ponen en peligro el equilibrio ambiental, afectan la supervivencia de especies o amenazan con contaminar recursos hídricos, una vez más el derecho de propiedad aparece restringido por imperio de los llamados derechos colectivos a un ambiente sano.

El derecho de propiedad es, pues, uno de los más polémicos. No sólo es polémico en cuanto a su forma, ya que hay diferencias de opinión en cuanto a si debe ser propiedad privada, cooperativa o colectiva, sino también en cuanto a su extensión. Pero principalmente es un derecho que **en forma constante colisiona con otros derechos**. Es también el más polémico porque es **el más refractario a la igualdad**. Tal como enseñaba Rousseau, dondequiera que existe propiedad privada, la desigualdad está asegurada. Y es también el más discutido, porque de las características que se le atribuyan dependerá la forma de organización económica de la sociedad.

Siendo tan importante en sus consecuencias, conviene que, sin profundizar las polémicas que apenas hemos esbozado, dejemos claramente establecidas algunas conclusiones: 1) la propiedad no es un derecho sagrado, de origen divino e inseparable de la persona humana sino únicamente una institución social variable según las circunstancias y condiciones históricas; 2) Aún cuando esta institución sea reconocida y aceptada, no puede atribuirse a ella una extensión que la convierta en antisocial; su ejercicio será relativo y nunca absoluto; deberá compatibilizarse con la existencia de fines superiores, como el bien común; 3) En las colisiones frecuentes de la propiedad con derechos fundamentales del ser humano, como el derecho a la vida, la libertad, la salud o a un ambiente sano, aquella debe eventualmente ceder, sin perjuicio de las reparaciones o compensaciones que establezca la ley para el propietario afectado, si es que las mismas corresponden, lo que dependerá de cuestiones normativas y también de las circunstan-



cias de cada caso.

## **12) El constitucionalismo social y los derechos económicos, sociales y culturales.**

Los dos capítulos precedentes tuvieron por objeto asomarnos a algunos de los nuevos problemas que no preveía ni podía prever el constitucionalismo clásico con su énfasis en los derechos individuales y políticos y en la sacrosanta propiedad privada. Tales concepciones entraron en crisis al extenderse la demanda de igualdad a las clases explotadas y a las minorías étnicas, religiosas, sexuales o políticas. Esta crisis abarcó diversos aspectos que ya hemos delineado y sugerido, pero podemos resumirlos de este modo:

1) Desde el punto de vista de los derechos políticos, se produjo en todo el mundo una evolución hacia el sufragio universal (incluyendo el voto femenino) y el reconocimiento de los partidos como órganos de acción política, pero, sobre todo, se instaló la necesidad de superar la crisis de representación entre una clase política profesionalizada y la sociedad supuestamente representada por ésta. Ello condujo a la búsqueda y el reconocimiento de nuevos canales de participación directa del pueblo en los asuntos de gobierno y en la toma de decisiones.

2) Desde el punto de vista de la igualdad, se pasó de una proclamación de la igualdad formal a una demanda creciente de igualdad real en el terreno económico y social. Ello implicó la admisión de la existencia de derechos que excedían la clásica concepción liberal de la protección del individuo frente al Estado, e implicaban la tutela de sectores sociales postergados o sometidos, en lucha por su dignidad. Aparecieron así los llamados “derechos sociales económicos y culturales” y el reconocimiento del papel fundamental de los sindicatos y otras organizaciones sociales.

3) Ello trajo aparejada la relativización del derecho de propiedad individual tal como se lo concebía en el constitucionalismo clásico –y en algunos casos, como la Unión Soviética, su negación lisa y llana-;

4) Asimismo, implicó el pasaje de un Estado abstencionista, cuya principal obligación era no invadir la esfera privada, a un Estado presente con intervención en la vida económica y social más o menos extensa (en el caso del comunismo soviético, el control de la economía por el Estado llegó a ser total y centralizado), así como la instauración de políticas sociales activas tendientes a modelar la sociedad conforme pautas preestablecidas (los reaccionarios lo denominan despectivamente “ingeniería social”), o bien a corregir o eliminar las desigualdades de hecho, asumiendo en muchos casos una clara función de tutor, promotor o garante de estos nuevos derechos.

Estas tendencias no siempre estuvieron acompañadas por la reafirmación de los derechos ya consagrados en la etapa clásica. Con frecuencia se encontraron en pugna con los derechos individuales, a los que se tendió a considerar como “superados”, como “burgueses”, y se los hizo objeto de menosprecio. El renacer del Estado trajo aparejada, en algunas experiencias históricas, una relativización de los derechos individuales y una subordinación efectiva del individuo a las necesidades de la expansión nacional o a los objetivos de ciertos regímenes. Sólo al cabo de incontables penalidades y tragedias se comenzó a comprender –sobre todo a partir de la segunda postguerra– que era necesaria **una concepción integral de los derechos humanos, que respetara a la vez la dimensión individual y social de la persona humana, su exigencia de libertad y de igualdad como partes inseparables de su esencial dignidad**. En su discurso a la Asamblea Constituyente de 1949, Perón expresó este concepto de la siguiente forma: “El siglo XIX descubrió la libertad, pero no pudo idear que ésta tendría que ser ofrecida de un modo general, y que para ello era absolutamente imprescindible la igualdad de su disfrute.”

Algunas de las nuevas concepciones, que fueron denominadas “constitucionalismo social”, se plasmaron al final de la Primera Guerra Mundial, que representó (además de un desastre humanitario de proporciones inéditas hasta entonces en la Historia de la Humanidad), el fin de las ilusiones y el sistema de valores sobre que se asentaba el mundo burgués.

Examinaremos siquiera brevemente el contexto histórico en que aparecieron las primeras constituciones sociales. Algunos de los factores que incidieron en su surgimiento ya los hemos señalado: el ascenso del proletariado, la crisis del modelo constitucional clásico y la crisis de la economía política clásica, con su dogmático énfasis individualista. A nivel de las relaciones internacionales, se desarrolló a partir de la segunda mitad del siglo XIX un nuevo esquema de reparto del poder en el mundo, signado por la intervención de las potencias centrales en Asia, África y Centro y Sudamérica, y por la instauración de nuevas colonias para la obtención de materias primas y mano de obra barata y la venta de los productos de las metrópolis. Este nuevo esquema es lo que se conoce como “**imperialismo**”, definido por Lenin, en un célebre texto, como la “etapa superior del capitalismo”.

El orden burgués clásico conoció en esos años su mayor pujanza y estabilidad. El optimismo burgués se manifestaba en creencias tales como el positivismo cientificista, la fe en la explosión tecnológica como panacea de todos los males y su credo del “progreso ilimitado” y el imperio de la “razón”. Pronto estas creencias empezaban a mostrar grietas. En algunos casos, la erosión provino del campo del pensamiento: el desarrollo de ideologías antirracionalistas entre las que destacó la filosofía de Nietzsche o

el surgimiento del psicoanálisis con su descubrimiento de lo Inconsciente. Pero el principal quebranto del orden burgués racionalista fue sin duda la Primera Guerra Mundial. Esta conflagración significó el fin de la “belle époque” y del optimismo burgués: fue la Gran Desilusión que demostró de manera brutal las limitaciones del orden preexistente. Para recrear el ambiente mental y la conmoción que produjo la Gran Guerra en el núcleo de creencias establecidas, basta leer “El mundo de Ayer” de Stefan Zweig, o las reflexiones de H.G. Wells en su Esquema de la Historia, o del propio Sigmund Freud en sus artículos sobre la guerra.

El mundo de postguerra fue muy diferente. En ese marco de profunda revisión de valores se produjeron algunos procesos revolucionarios o conmociones sociales que desembocaron en la sanción de nuevas Constituciones. Ello ocurrió primeramente en tres países: **Méjico, Alemania y Rusia.**

En Méjico, una revolución campesina liderada por Emiliano Zapata y Pancho Villa, entre otros dirigentes, sacudió el orden existente, derribó a la dictadura porfirista y resistió con éxito la intervención norteamericana, promulgando en 1917 una Constitución de tinte popular y nacionalista que estipulaba, entre otras cosas, el derecho a la educación (art. 3), los derechos de los trabajadores (art. 5), el derecho de acceso a la propiedad (art.27), la prohibición de toda forma de monopolio, acaparamiento o concentración de artículos de consumo necesario (art.28) y la previsión social (art.123), además de proceder a nacionalizar recursos económicos.

La caída del Imperio alemán produjo la fundación de la República de Weimar. En 1919 esta República sancionó su Constitución, consagrando derechos sociales, la protección de la familia, normas sobre educación y enseñanza y regulaciones sobre la vida económica. Se debe tener presente que en Alemania tenían un fuerza excepcional el movimiento obrero y las vertientes socialdemócrata y revolucionaria del marxismo, con reputados dirigentes de izquierda como Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht, y se encontraba en un estado prerrevolucionario, al punto tal que, para contrarrestarlo y poner fin a la “amenaza comunista” fueron necesarias, tiempo después, las brutalidades del nazismo con su reinado del terror, sus asesinatos en masa y sus campos de concentración.

En Rusia, el pueblo desengañado y hambreado copó las calles bajo el lema “Paz, pan y trabajo”. El gobierno zarista cayó y el poder quedó en manos de los socialdemócratas o mencheviques liderados por Kerenski, hasta que en octubre de 1917 los comunistas o bolcheviques, dirigidos por hombres como Lenin y Trotzki, se alzaron con él. La Revolución socialista de octubre implicó la llegada al poder, por primera vez en la historia, del proletariado, y el comienzo de la construcción del primer Estado socia-

lista obrero, cuya justicia distributiva se basaba (al menos teóricamente) en el principio **“el que no trabaja no come”** y la fórmula **“de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades”**. El instrumento que cristalizó esta conquista política fue la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918. En ella se abolió la propiedad privada de los medios de producción (art.3), se propuso como objetivo arrancar a la humanidad de las garras del capital financiero y del imperialismo (art. 4); se condenó la política bárbara de la civilización burguesa (art.5); y se proclamó la concentración del poder en las masas trabajadoras (art.7). Es imposible trazar aquí siquiera un esbozo de la historia posterior de la Unión Soviética, de gran interés y dramatismo y de profundas proyecciones para la historia del siglo XX, por lo que nos limitaremos a enunciar sólo algunos hitos: la trágica guerra civil entre el Ejército Rojo y el Ejército Blanco, con intervención de potencias extranjeras, la ejecución de la familia real, el aplastamiento de la aristocracia y de los sectores vinculados al viejo zarismo y a la burguesía de las ciudades y los terratenientes feudales, la instauración de los Soviets y una nueva institucionalidad bajo la dirección del Partido Comunista como vanguardia revolucionaria, las luchas intestinas en el seno del nuevo régimen y las sangrientas purgas masivas, los traslados de poblaciones, la colectivización forzosa del campo, la industrialización y electrificación acelerada a cargo del Estado y una recuperación económica sorprendente a través de los llamados Planes Quinquenales, así como la instauración triunfal de la dictadura estalinista. De resultas de este proceso por demás cruento, se erigió un nuevo modelo de Estado, calificado como totalitario por sus enemigos y como **“socialismo real”** por sus panegiristas, que se caracterizaba por una nueva burocracia de cuadros políticos surgidos del partido único (**“aparatchits”**), el culto de la personalidad de Stalin, el abandono de los derechos individuales tachados de **“burgueses”**, y una economía planificada en forma centralizada con un Estado omnipresente a cargo de todos los engranajes de la vida económica. Este sistema económico era definido como **“socialista”** por el régimen y como **“capitalismo de Estado”** por sus disidentes de izquierda, por entender que no perseguía tanto el bienestar y autonomía de las masas trabajadoras como el engrandecimiento del propio Estado convertido en el fin último de la política de Stalin. Pero más allá de los juicios de valor que este proceso pueda merecer, y a despecho de los crímenes y atrocidades del estalinismo, la aparición, permanencia y relativo éxito de la Unión Soviética, y su capacidad de resistencia frente a la agresión bélica por parte de la Alemania nazi, pusieron en evidencia que existían otros caminos de crecimiento económico y organización social fuera de la economía liberal burguesa, y que eran viables al margen de la magnitud de sus costos en términos de conmoción y sufrimiento humano.

El orden liberal burgués se vio sacudido en 1929 por sus propias contradicciones internas. Era conocida la existencia de **“ciclos económicos”** en la economía capita-

lista, pero nunca se había manifestado hasta entonces una crisis de tal gravedad y envergadura. Con el crack bursátil de Wall Street, en una economía ya globalizada, la crisis que se inició en Estados Unidos se extendió a todo el mundo con profundas y devastadoras consecuencias. Miles de fábricas y empresas cerraron de la mañana a la noche, cundió el desempleo, se derrumbaron los valores, fortunas enteras se desvanecieron y vastos sectores de la población, antes prósperos o con perspectivas de progreso, se hundieron en la miseria. Comenzó en Estados Unidos y en otros países la llamada Gran Depresión. Frente a ella fue necesario desarrollar nuevas concepciones económicas para evitar el derrumbe completo del sistema capitalista. El hacedor de estas nuevas concepciones y su más eficaz divulgador fue el brillante economista inglés **John Maynard Keynes**. El keynesianismo propugnaba la intervención amplia del Estado en la economía, la adopción de políticas activas, la inversión y el gasto públicos, la creación de fuentes de trabajo por el Estado para combatir la desocupación, el aliento a la demanda interna para reactivar la economía paralizada, la realización de imponentes obras públicas y la promoción y fomento directos del Estado de ramas enteras de la vida económica. Estas ideas fueron la salvación frente a la Gran Depresión y el principal logro del presidente norteamericano **Franklin Delano Roosevelt**, materializadas a través de un conjunto de medidas que se bautizó “**New Deal**”.

El New Deal no tardó en convertirse en el nuevo paradigma de la economía capitalista, y en sus aspectos sociales significó una fuerte intervención del Estado corrigiendo desigualdades, integrando a la población excluida y estableciendo amplios mecanismos de asistencia y protección social. En Latinoamérica, diversos regímenes contemporáneos aplicaron políticas similares que más tarde se conocerían con el mote peyorativo de “populismo” (se las llama así cuando las aplican los países periféricos; para los países centrales nunca se utilizan estas designaciones). El peronismo, en Argentina, fue una oportuna y seductora miscelánea de elementos tomados del keynesianismo, el socialcristianismo y una versión criolla de socialismo.

Los años veinte y treinta estuvieron marcados por la aparición y arrollador ascenso de **los totalitarismos de derecha**, militaristas, nacionalistas, anticomunistas, corporativistas, irracionalistas y antiliberales: el fascismo en Italia, bajo la conducción histriónica de Mussolini, y el nazismo alemán, bajo la égida perversa y racista de Hitler. Estos regímenes pasarían a la historia como los abominables impulsores de las peores atrocidades y crímenes contra la Humanidad de que se tuviera recuerdo, y como los autores de agresiones bélicas que desembocarían en la Segunda Guerra Mundial. Comenzaron sus experimentos en España, interviniendo en la guerra civil en apoyo de los falangistas y del aspirante a dictador Francisco Franco y destruyendo la ciudad de Guernica con sus bombarderos. La anexión de Austria por Alemania, la doctrina nazi del “espacio vital”, las amenazas y balandronadas de Hitler en Europa, y finalmente la inva-

sión de Polonia, sumieron al mundo en una nueva contienda universal, que se extendió hasta el lejano Oriente y el Pacífico, donde operaban sus aliados japoneses.

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial y la derrota de las potencias del Eje quedó instalado un mundo bipolar, dominado por los Estados Unidos y la Unión Soviética. En este nuevo mundo, el constitucionalismo social tuvo carta de ciudadanía universal y se sancionaron numerosas constituciones en donde los derechos económicos, sociales y culturales recibieron consagración. Ellos fueron reconocidos, asimismo, por declaraciones y convenciones internacionales y se convirtieron en parte integrante e inexcusable de la moderna doctrina de los derechos humanos.

### **13) La internacionalización de los derechos humanos, los crímenes internacionales y los derechos de tercera generación**

El mundo de la segunda postguerra conoció **el auge del Derecho Internacional y de las organizaciones supraestatales**, que ya habían tenido una experiencia fallida, pero aleccionadora, en la constitución de la Sociedad de las Naciones durante la primera post-guerra. Ahora, **con la conformación de las Naciones Unidas a nivel global y de la Organización de los Estados Americanos en nuestro ámbito regional**, se establecieron las bases de una nueva manera de abordar las relaciones entre los Estados.

En este contexto es que se proclamaron los primeros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, ambas de 1948, fueron las **primeras tentativas de establecer consensos jurídicos y materializar mecanismos para el reconocimiento y vigencia de los derechos a escala internacional**. A partir de estas experiencias, fue desarrollándose el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, con una evolución incesante y con la sanción sucesiva de nuevos instrumentos protectores: **las convenciones de derechos humanos**, entre las que cabe citar el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica.

Más adelante volveremos a estos y otros tratados de especial importancia. A los fines del repaso general que venimos haciendo, conviene solamente dejar apuntado que **se ingresó de esta manera en una nueva etapa en la tutela de los derechos humanos**: estos dejaron de estar protegidos exclusivamente por las normas del derecho interno de los Estados, que representaban una autolimitación del poder estatal, y pasaron a recibir **una tutela superior en la que se encuentra comprometida toda la comunidad**

**de naciones.** El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se convirtió así en fuente de creación de normas tanto o más importante que las normas constitucionales internas. La incorporación de tales instrumentos a la Constitución argentina con la reforma de 1994 es una expresión y un reconocimiento de la importancia creciente de este novedoso esquema de protección, inédito en la Historia de la Humanidad.

La barbarie del nazismo y las atrocidades antihumanitarias de las grandes guerras mundiales dieron impulso a la definición y tipificación de un conjunto de **crímenes que el Derecho Internacional se propuso perseguir**: los Crímenes de Guerra, los Crímenes contra la Paz, los Delitos de Lesa Humanidad, el Genocidio. La primera experiencia de Justicia penal internacional, en este campo, fueron los tribunales militares de Nüremberg y Tokio al concluir la Segunda Guerra Mundial, experiencia reanudada en años recientes en Ruanda y en la ex Yugoslavia, hasta desembocar en la creación de la Corte de Justicia Penal Internacional por el Tratado de Roma de 1998.

Desde mediados de siglo se impusieron nuevas problemáticas específicas en el terreno de los Derechos Humanos. Una de ellas, de singular trascendencia, fue **la lucha contra todas las formas de discriminación** respecto de grupos vulnerables: la discriminación de la mujer, de las minorías étnicas, raciales, religiosas o culturales, de las minorías sexuales, de los pueblos aborígenes. Quizás el ejemplo más emblemático de discriminación, por su atroz sistematicidad, fue la segregación racial conocida como “apartheid” llevada a cabo por el régimen racista de Sudáfrica, la que se logró erradicar con éxito gracias a la lucha incansable de los pueblos afectados, con el liderazgo de **Nelson Mandela** y el Congreso Nacional Africano, acompañados por una política consecuente de las Naciones Unidas. Esta lucha por erradicar todas las formas de discriminación es uno de los capítulos esenciales en materia de derechos humanos y en pro de una igualdad efectiva.

Aparecieron, asimismo, **los llamados derechos de “incidencia colectiva”**, conocidos también como derechos de **“tercera generación”**, entre ellos el derecho a la paz, al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, los derechos de usuarios y consumidores, y fundamentalmente, con una importancia creciente, el derecho a un ambiente sano y equilibrado. Los tres primeros derechos guardan íntima relación con un proceso que tuvo lugar en el mundo de postguerra bajo la supervisión de las Naciones Unidas: **el proceso de descolonización**; esto es: el retiro de las antiguas potencias imperiales de sus dominios en Asia, África y Oceanía. Este proceso se había iniciado antes de la Segunda Guerra, y los ejemplos más notorios fueron las luchas de liberación de pueblos como la India, bajo el liderazgo de **Mahatma Ghandi** y su doctrina de resistencia pacífica y desobediencia civil, y China; pero su desarrollo universal tuvo lugar al concluir aquella contienda. Por supuesto que la “descolonización” estaba acompañada por la ins-

tauración de un imperialismo de nuevo tipo basado en el reparto del mundo por las dos superpotencias dominantes. Este **neoinperialismo** tenía mecanismos diferentes de dominación que no analizaremos aquí, pero que implicaban el ejercicio de una fiscalización e influencia permanentes –directas e indirectas- sobre los países sometidos, enmascaradas bajo el reconocimiento de independencias formales; ello, a menos que fuera indispensable la intervención militar directa, como ocurrió con Estados Unidos en Centroamérica y Vietnam o con la Unión Soviética en Hungría y Checoslovaquia. El surgimiento de **los países del Tercer Mundo** con su búsqueda de **una vía independiente de desarrollo** tuvo especial importancia en la necesidad de reafirmar tales derechos colectivos en los instrumentos internacionales, y las Naciones Unidas actuaron muchas veces, a despecho de su notoria ineficiencia, como caja de resonancia de las demandas de los pueblos oprimidos. Recientemente, con la caída de la Unión Soviética, Estados Unidos quedó erigido en la potencia dominante, en lo que se ha dado en llamar “el Imperio”, con sus nuevos aparatos de dominación ideológica y económica: el pensamiento único y la “globalización”.

En cuanto a **la problemática ambiental**, ésta pasó con rapidez de ocupar un lugar marginal en la agenda política y jurídica de los Estados a constituirse en uno de los desafíos centrales del siglo XXI, por las consecuencias sobre el destino de la Humanidad de la explotación irracional de los recursos, la superpoblación, la contaminación, el exterminio de especies, el empobrecimiento de la biodiversidad, la afectación de la capa de ozono, la tala de bosques y selvas, la desertificación y el calentamiento planetario ocasionado por la liberación incontrolada a la atmósfera de los gases de “efecto invernadero”.

Estos nuevos contenidos de la moderna doctrina de los derechos humanos, que aquí apenas enunciamos, serán desarrollados más detenidamente en los próximos capítulos. Sólo resta señalar, como síntesis del proceso, que se ha evidenciado en la conciencia jurídica, filosófica y política de la Humanidad **una constante progresión hacia el resguardo integral de la persona humana**, concebida como un todo, dotada de atributos inalienables, poseedora de una dignidad esencial que merece el reconocimiento y protección de las normas de derecho interno de los Estados y de las convenciones internacionales. **Esta “dignidad de la persona humana” se ha convertido progresivamente en el centro teórico de la actividad jurídica.** La esencia de este nuevo humanismo fue quizás definida hace ya tiempo por el gran filósofo iluminista **Emanuel Kant**, al reclamar para el hombre el reconocimiento de su cualidad de “fin en sí mismo” y la prohibición de considerarlo únicamente como un medio; pero sólo ha alcanzado consagración normativa plena en los últimos años, aunque su vigencia efectiva se encuentre muy lejos aún de ser realizada, y sólo sea hoy un noble -pero escasamente respetado- ideal.



## 14) Breve esquema de los derechos humanos

Este repaso histórico nos permitirá, al fin, intentar una sistematización de los derechos humanos, hasta donde ha llegado su reconocimiento en la actualidad, así como esbozar brevemente algunos de los principios que los rigen.

Hay distintos criterios para clasificar los derechos humanos. Adoptamos una forma expositiva basada en la génesis histórica, porque permite visualizar mejor un aspecto esencial de los mismos: su estrecha vinculación con la realidad social en la que surgen, siendo -como son- **el producto de luchas populares y no meras adquisiciones de una conciencia jurídica abstracta**. Pero también este criterio permite poner de manifiesto otra característica de los derechos humanos: **su desarrollo progresivo**, su evolución hacia nuevas formas de protección y contenidos cada vez más abarcadores. En grandes líneas, esta clasificación coincide con aquella que hace referencia a la naturaleza de los derechos reconocidos. En consecuencia, distinguiamos:

**1) Derechos de primera generación:** son los nacidos bajo la vigencia del constitucionalismo clásico, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. Exigen del Estado la abstención de interferir en su ejercicio y la obligación de tutelarlos judicialmente. Son **“individuales”** porque, como señalamos, tienen por objeto pautar las relaciones entre los individuos y el Estado. En algunos casos, procuran limitar al Estado para que no avance sobre las personas, y en otros buscan integrar al individuo -en tanto ciudadano- al poder institucional, por aplicación del principio de soberanía popular. Por la materia sobre la que recaen se los puede clasificar a su vez en: **a) derechos civiles:** corresponden a todas las personas, cualquiera sea su condición, sobre la base del principio de igualdad: derecho a la vida, a la honra, a la integridad física, a la intimidad, a profesar libremente creencias religiosas, al libre pensamiento y expresión, a peticionar ante las autoridades, a acceder a la justicia, a la identidad, al nombre, a la nacionalidad, a la libertad física y de tránsito, a la libertad de trabajo e industria, a la propiedad, a la defensa en juicio, los derechos y garantías de la persona en el proceso judicial, etc.) y **b) los derechos políticos:** corresponden a los ciudadanos con el fin de conformar los gobiernos y las decisiones públicas: derecho al sufragio, a postularse para cargos electivos y ser elegido, a acceder a la información pública, a manifestar ideas y protestar, a asociarse en partidos y organizaciones, a controlar los actos de gobierno, etc.

**2) Derechos de segunda generación:** difundidos e institucionalizados en la primera mitad del siglo XX, buscan proteger a los sectores sociales menos favorecidos o afectados por las desigualdades de hecho, para eliminar o corregir los efectos de las mismas en un sentido de equidad y justicia social. Exigen del Estado políticas activas de

protección, promoción e intervención en la vida social y económica. Son, por ejemplo, los derechos del trabajador: de huelga, de sindicalizarse, de protección frente al despido arbitrario, de una remuneración justa y equitativa, de jornadas de trabajo limitadas, de descanso y vacaciones pagos, de participación en las ganancias de la empresa, etc; los derechos de ancianos y niños; la protección de la familia; el derecho a la educación, a la salud, a una vivienda digna, a la alimentación básica, a la seguridad social, a acceder a los bienes culturales, a una identidad cultural, a la recreación, a los servicios indispensables para una vida digna, etc. Por su contenido se los clasifica también como **“derechos económicos, sociales y culturales”**.

**3) Derechos de tercera generación:** surgidos a partir de la segunda mitad del siglo XX, son **“colectivos”** en un doble sentido. Por una parte, pueden ser ejercidos no sólo para proteger intereses de los individuos afectados, sino de un conjunto de personas o de la comunidad toda; su protección puede ser demandada por personas que no necesitan acreditar una afectación directa, ya que se los presume afectados en cuanto integrantes de la comunidad local, nacional o internacional. Por otra parte, son también colectivos en el sentido de que, con frecuencia, no se puede alcanzar su realización efectiva sin un esfuerzo conjunto del Estado y de la sociedad civil, o sin la cooperación de varios Estados, o de la comunidad internacional en su conjunto. Se los llama por ello **“derechos de incidencia colectiva”**: el derecho a un ambiente sano y equilibrado, los derechos de usuarios y consumidores, el derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos.

Existen otros criterios de clasificación que sólo citamos de manera ejemplificativa. Por sus titulares, pueden ser “de sujeto activo general” (cuando se reconocen con carácter general a toda persona, como los derechos civiles) y de sujetos activos particulares (cuando se los reconoce a determinadas personas o clases de personas en situación vulnerable: aborígenes, niños, personas con capacidades diferentes). Por el tipo de reconocimiento pueden ser derechos “expresamente reconocidos” (cuando se los menciona expresamente en las normas de constituciones o tratados) o “implícitamente reconocidos” (cuando, sin aparecer mencionados, su existencia se deriva de los principios que rigen el ordenamiento jurídico). Por la posibilidad de suspenderlos en caso de emergencia institucional -por ejemplo, durante un estado de sitio- pueden ser “suspendibles (el derecho de reunión) o “no suspendibles” (el derecho a la vida).

Existe otra clasificación que hace cierta doctrina y que desde el campo de los derechos humanos debería ser rechazada: la que distingue entre derechos “operativos” y derechos “programáticos”. Los primeros rigen de manera inmediata y sin más condiciones que las establecidas por las leyes reglamentarias, y, en caso de vulneración, pueden ser reclamados ante los tribunales. En esta categoría se suele colocar a los derechos

de primera generación. En cambio, los derechos “programáticos” se dice que no son inmediatamente operativos, sino que su vigencia se obtendrá con el tiempo, en la medida en que lo permitan los recursos del Estado y el desarrollo de ciertas políticas. En esta categoría se suele incluir a muchos de los derechos económicos, sociales y culturales. Obviamente, no se trata más que de una manera de relativizar la obligatoriedad de estos últimos y limitar la posibilidad de reclamarlos judicialmente. Más adelante volveremos sobre esta idea, que desde ya no compartimos.

**Clasificar los derechos humanos** tiene sentido desde un punto de vista puramente didáctico. Si a través de estas clasificaciones pretendiéramos denotar una diferenciación jerárquica entre los distintos tipos de derechos, con el objeto de posponer o limitar la vigencia de algunos de ellos, estaríamos incurriendo en un grave error conceptual que contradice el estado actual de la conciencia jurídica.

En cuanto a las **características generales de los derechos humanos**, cabe citar palabras de las Naciones Unidas consignadas en los Principios y Plan de Acción de Viena de 1993: **“Todos los derechos humanos son universales, interdependientes e interrelacionados. La Comunidad Internacional debe tratar a los Derechos Humanos globalmente de forma justa y equitativa, en un pie de igualdad y con el mismo énfasis”**.

Vemos así, que al conjunto de los derechos humanos se les reconoce ciertas características, tales como:

**-La universalidad:** Los derechos humanos son universales porque son comunes a todos, y lo son también porque significan lo mismo para todos.

Los derechos son lo mismo para todo el género humano, decía Alberdi, *“en virtud de la unidad misma del género humano”*.

Este rasgo de los derechos humanos presenta un desafío en un mundo por demás complejo: el de **respetar la diversidad** entre individuos, y también entre culturas, creencias, tradiciones y sistemas económico-sociales. Este desafío signó indudablemente la evolución de los derechos humanos en la segunda postguerra, en la que el enfrentamiento entre países capitalistas y comunistas convirtió a los derechos humanos en arma de propaganda, descalificándose a los primeros como explotadores de las masas y a los segundos como opresores del individuo.

Hay otra manifestación de este desafío. La visión occidental racionalista, el eurocentrismo y otras deformaciones propias de la soberbia cultural de las naciones poderosas pueden a llevar a confundir como componentes de los derechos humanos a características meramente secundarias de los mismos que no son sino expresión de una

**sobrevaloración de la propia cultura.** Un buen ejemplo de este tipo de juicios de valor se advierte en la forma en que fueron recibidas por observadores extranjeros algunas discusiones de la asamblea constituyente en la Bolivia de Evo Morales, ante iniciativas tendientes a reconocer y resguardar antiguas tradiciones culturales de los pueblos andinos, como la llamada “justicia comunitaria” que se practica desde tiempos inmemoriales en comunidades aborígenes. Esta justicia comunitaria puede resultar chocante a la mentalidad jurídica occidental, que ve con malos ojos que un tribunal comunitario condene a un hombre a una pena de vergüenza pública, pero que no encuentra objetable el sistema penitenciario moderno. No pretendo aquí defender en su conjunto estas propuestas, pero lo cierto es que detrás de las descalificaciones se suele ocultar un desdén racista y un grado importante de incomprensión. **Constituye un desafío real de la doctrina de los derechos humanos el no confundir la universalidad de los principios que proclama con la imposición de pautas culturales o el menosprecio ante prácticas culturales diferentes.**

Como muestra de lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido “la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos”, por ejemplo, en cuanto al peso de las tradiciones referentes a ritos mortuorios (caso Bamaca Velásquez); y en otras oportunidades reconoció el derecho a delimitación efectiva de la propiedad comunitaria basándose en las tradiciones aborígenes (caso Comunidad Mayagna).

**-La indivisibilidad:** Que los derechos humanos son indivisibles quiere decir que cada persona es titular de los mismos en su plenitud, y que estos constituyen una totalidad no susceptible de ser fragmentada, como también lo es la persona humana.

**-La integralidad:** por la misma razón, los derechos humanos son un sistema integral, que no admite divisiones internas entre derechos ni jerarquías que impliquen, en sus consecuencias, el desconocimiento práctico de algunos de ellos.

**-La interdependencia:** este rasgo no significa otra cosa sino que, siendo los derechos humanos un todo complejo e interrelacionado, la vigencia de cada derecho depende de la vigencia del conjunto. Esto se comprende perfectamente si pensamos en algunos ejemplos evidentes. No puede haber libertad si al mismo tiempo no se garantizan aquellos derechos que aseguran la existencia física de las personas, como el derecho a alimentarse o la protección frente a la pobreza extrema. La desigualdad social pronunciada impide el goce de ciertos derechos por algunos y conduce a la inseguridad de todos. O para usar un ejemplo dado por el gran sanitarista argentino Ramón Carrillo, hablando del derecho a la salud que la medicina social debe satisfacer: “¿De qué le sirve a la medicina resolver científicamente los problemas de un individuo enfermo, si simul-

*táneamente se producen centenares de casos similares de enfermos por falta de alimentos, por viviendas antihigiénicas, o porque ganan salarios insuficientes que no les permiten subvenir debidamente a sus necesidades?”*

Obviamente, tal como ya señalamos al hablar de los valores que sustentan los distintos tipos de derechos, es inevitable que, de acuerdo a las posiciones que se adopten, se tenderá a jerarquizar unos derechos en desmedro de otros. Como los derechos son formas de proteger bienes jurídicos, no cabe duda que existen bienes que son objetivamente más importantes que otros. Esta importancia puede medirse fácilmente si pensamos en las consecuencias de la privación de un determinado bien jurídico. La vida es más importante que la propiedad, entre otras razones, porque ser privado de la vida es algo mucho más grave que ser privado de un bien patrimonial. Pero hay otros casos en que estas comparaciones no resultan tan claras. Por ejemplo: ¿es la vida más importante que la libertad o que la dignidad? Belgrano no lo creía así, y por eso decía: “la vida es nada si la libertad se pierde”. José Martí pensaba que una vida sin dignidad no merece ser vivida. ¿Y si la privación de patrimonio representa al mismo tiempo una privación de los medios indispensables para llevar una vida digna? Cuando se discute sobre cuestiones tales como la prolongación artificial de la vida por la medicina, la dignidad del enfermo adquiere especial valor, y así se ha comenzado a hablar del “derecho a una muerte digna”, el cual es reconocido en diferentes legislaciones, incluida una reciente ley que lo ha consagrado en nuestro país en la Provincia de Río Negro.

Con lo expresado, quiero denotar que indudablemente existen diferencias de valor entre los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos, pero que no es posible establecer jerarquías rígidas, generales e inmodificables, o que, por lo menos, intentar trazar tales jerarquías puede resultar peligroso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar las normas constitucionales, ha optado por reconocer igual jerarquía a todos los derechos que éstas consagran, y la interpretación que los jueces hagan de los mismos debe tender a **armonizarlos**, en la medida de lo posible, cuando existe conflicto entre ellos. En los casos particulares sometidos a juzgamiento, se deberá analizar las circunstancias concretas para determinar cuál es el derecho que prevalece. Por ejemplo, en el caso “**Ponzetti de Balbín**” (1984), en el cual una revista amarillista había publicado en tapa la foto –tomada sin autorización– del caudillo radical Ricardo Balbín mientras agonizaba en una sala de terapia intensiva, la Corte resolvió que el derecho a la intimidad prevalecía sobre el derecho a la información. Pero su decisión se refería a las circunstancias de ese caso concreto (“la presencia no autorizada y no consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa”), sin establecer ninguna regla general; es decir, sin prescribir que, en todos

los supuestos y en cualquier circunstancia concebible, el derecho a la intimidad deba ser superior al derecho a la información.

En un sentido similar se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos están obligados a respetar todos los derechos y libertades reconocidos en ella, garantizando su libre y pleno ejercicio a toda persona, lo que es una manera indirecta de decir que los Estados no pueden acordar preferencias ni distinciones para evadir la obligación que asumieron de respetarlos a todos.

Así como hay características generales de los derechos humanos, también hay principios generales que rigen su aplicación y ayudan a interpretar las normas que los contienen. Veamos:

**-Principio de efectividad:** implica que los derechos humanos deben ser efectivos, esto es: poder ser gozados y ejercidos plenamente por todos. El artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sienta este principio al proclamar que toda persona tiene derecho “a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.” Este principio rige tanto para los derechos civiles y políticos como para los económicos, sociales y culturales.

La efectividad implica que los Estados tienen la “obligación” (y no la “facultad”) de reconocer y garantizar el goce y ejercicio de los derechos, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva Nro. 7 de 1986. Es condición de efectividad de los derechos el que estos puedan ser “exigibles”, es decir que su titular pueda reclamar por vía legal o judicial (justiciabilidad) cuando ellos no se cumplen. Asimismo este principio implica reconocer el carácter de “operatividad” de los derechos, para que no queden reducidos a una mera expresión de deseos.

Todo esto tiene particular importancia en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, que dependen de políticas concretas que los promuevan y realicen, así como de la instrumentación de medidas y asignación de recursos materiales. El hecho de que no sea siempre posible satisfacer todos los derechos económicos, sociales y culturales en forma inmediata no justifica postergarlos indefinidamente ni impide la exigibilidad inmediata de, por lo menos, los derechos mínimos de subsistencia. Los Estados parte de las convenciones que los consagran (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el art. 26, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su art. 2 inc. 1) se comprometen a lograr progresivamente “la plena efectividad de los mismos” , asignando a tal efecto los recursos necesarios (la CADH dice “en la medida de los recursos disponibles”, y el PIDESC dice

“hasta el máximo de los recursos disponibles”), así como a instrumentar las medidas apropiadas, incluso legislativas.

**-Principio de Progresividad:** Significa que los derechos humanos, tanto en su reconocimiento normativo como en su protección y realización, avanzan siempre en un sentido creciente hacia la plenitud de goce y ejercicio.

Como vimos, el mismo proceso histórico de los derechos humanos tiene este carácter progresivo. Pero esta verdad histórica es también una pauta interpretativa: siempre se debe interpretar los derechos como alcanzados por una creciente protección y con un contenido cada vez más amplio y extendido. Cualquier retroceso en materia de derechos humanos, cualquier disminución de la protección legal de los mismos y de su vigencia efectiva, respecto de lo que se ha logrado en un momento dado de la evolución histórica, contradicen este principio.

**-Principio pro hómine:** Este principio significa que siempre se debe estar a favor del ser humano y sus derechos. Cuando hay diferentes normas o interpretaciones que pueden regir una determinada situación, siempre se debe hacer prevalecer aquella norma o interpretación más protectora de los derechos humanos y más extensiva en cuanto a sus alcances. Cuando se trata de restricciones o suspensiones de derechos, siempre se debe preferir la norma o interpretación menos restrictiva. Un ejemplo de este principio es el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

### **15) Obstáculos a la vigencia de los derechos humanos: la hipocresía jurídica y el cinismo de los grandes poderes.**

Si un extraterrestre quisiera hacerse una idea del estado de nuestra civilización y se le proporcionara, como único elemento de juicio, el contenido de las declaraciones de derechos humanos, no podría menos que concluir: “Estos terrícolas alcanzaron un grado avanzado de organización, encontraron la manera de resolver sus conflictos con justicia y sabiduría. La vida en la Tierra debe ser paradisiaca.” Quizás coincidiera con la ingenua definición del afamado jurista, y dijera también: “el derecho de los humanos es el orden social justo”. Pero puesto frente a la realidad humana concreta, de guerras, matanzas, exterminios masivos, atropellos de los poderosos, hambre y opresión, no tardaría en desengañarse, y se subiría precipitadamente a su nave espacial para evitar ser alcanzado por alguna de estas catástrofes.

Lo cierto es que los textos normativos de derechos humanos contienen palabras

bellas, e incluso conmovedoras, que no dejan de ser meras aspiraciones cuya realización queda lamentablemente diferida para un futuro remoto.

Decía Alberdi: **“La paz, como la libertad, como la autoridad, como la ley y toda institución humana, vive en el hombre y no en los textos escritos”**. Y lo cierto es que el respeto a los derechos humanos dista mucho todavía de “vivir en el hombre”.

El contraste entre las normas y la realidad es lo que se conoce como **“hipocresía jurídica”**. La realidad del mundo es un constante mentís a las aspiraciones contenidas en las normas.

Esta hipocresía jurídica suele provocar desaliento y escepticismo. Estamos tan lejos de haber alcanzado lo que postulan las normas que tendemos a pensar que nunca podrá realizarse, y terminamos descreyendo de las proclamaciones, de las declaraciones y de los textos como de instrumentos inútiles.

Pero incluso la hipocresía tiene un valor. Se ha dicho que la hipocresía es el homenaje que rinde el pecador a la virtud. La existencia misma de la hipocresía jurídica revela algo: que se ha logrado una conciencia sobre la forma en que deberían conducirse las relaciones humanas para que se asienten sobre bases de justicia, por más que todavía no se haya alcanzado el nivel de organización indispensable para materializarlo.

Esto no es poca cosa. Durante la mayor parte de su existencia, la Humanidad no creyó en los valores que hoy reconocemos como deseables. Produjo y defendió con tenacidad los valores opuestos: el culto al poder y a la guerra, la exaltación del fanatismo y el odio, la fuerza bruta, el desprecio de los semejantes, el hombre convertido en un medio y utilizado o descartado como tal. Es cierto que ninguno de estos antivalores, ninguno de estos males ha sido desterrado, y seguramente pasará mucho tiempo antes de que lo sean. Pero hoy existe un consenso universal en que son males y no bienes. Existe conciencia, todavía borrosa, todavía insuficiente, pero que empieza a alumbrar las tinieblas de la ignorancia humana, sobre la necesidad de construir un mundo fundado en la justicia, la libertad y la paz.

Luego veremos cuál es la utilidad práctica de las normas tutoras de derechos. Pero por lo pronto podemos ya señalar una importante utilidad moral. Revelan el consenso alcanzado sobre lo deseable, lo bueno y lo justo. El desafío, a partir de ellas, es lograr su vigencia en la práctica.

Y esta vigencia real no se alcanzará por merced o gracia alguna, sino por medio de la lucha. Ya lo decía un gran luchador latinoamericano, Augusto César Sandino: **“A la libertad no se la conquista con flores”**.



Tener las normas de nuestro lado es importante. Es más de lo que tenían aquellos que lucharon en el pasado y debieron enfrentarse, no sólo con los poderosos que los oprimían, sino también con la consagración de la opresión que hacían las normas injustas de su tiempo.

En anteriores estados de la evolución jurídica, no existía ni siquiera conciencia de que se conculcaban derechos. Hoy podemos proclamar: “se ha violado un derecho reconocido” y recibir la solidaridad de todos los que luchan y obtener la condenación moral a los violadores de derechos cuando no es posible su condenación ante los tribunales.

En Argentina se logró primero esta condenación moral para los torturadores, secuestradores y desaparecedores de la última dictadura, y luego fue posible su condenación judicial. Incluso mucho antes de que la opinión pública nacional pudiera formar-se un juicio en libertad (porque el país todavía estaba bajo el reinado del terrorismo de Estado), ya la comunidad internacional se había expresado y condenado a los genocidas.

¿Qué derechos, qué conciencia jurídica, qué solidaridades podían invocar los indios masacrados por los conquistadores españoles? Ninguno. El estado de la conciencia jurídica de entonces les era adverso, y los ideólogos del exterminio y la opresión, como Ginés de Sepúlveda, proclamaban que era legítimo y justo oprimir y exterminar a los indios. Cuando la solitaria voz de **Fray Bartolomé de las Casas** se alzó para defenderlos, fue acusado de loco, de delirante, y todavía en el siglo XIX algunos reputados intelectuales españoles sostenían la tesis de la “locura” de Fray Bartolomé.

Hoy se sigue exterminando y oprimiendo gente, pero la conciencia jurídica de la humanidad ya no está del lado de los exterminadores. Tienen que inventar muchos pretextos, muchas mentiras, para intentar justificarse.

Más que la hipocresía de las normas, lo que obstaculiza el pleno ejercicio de los derechos humanos es **el perverso cinismo de los grandes poderes**. Las superpotencias, los amos del mundo, aquellos que deberían asumir el papel ejemplar en el respeto y promoción de los derechos humanos, no han hecho más que pisotearlos cuando lo consideraron indispensable.

En Nüremberg y Tokio se condenó a los criminales de guerra alemanes y japoneses. ¿Pero en qué tribunal se condenó a Harry Truman por haber ordenado la bomba atómica? ¿En qué tribunal se condenará a Bush por el desastre humanitario de Irak?

Cuando se juzgó a los criminales de guerra, tanto los estadounidenses como los soviéticos tuvieron buen cuidado de “proteger” a aquellos que podían serles útiles: los tecnólogos y científicos de la destrucción. El general Mac Arthur celebró un acuerdo

secreto dando inmunidad a un científico japonés responsable de atrocidades increíbles para la elaboración de armas bacteriológicas. Este criminal abominable –que se hacía llamar médico y epidemiólogo– mató entre 3.000 y 8.000 campesinos chinos inoculándoles enfermedades, e incluso llegó a hacerles autopsias en vida para observar cómo actuaban las bacterias sobre los tejidos vivos. Propagó pestes arrojándolas desde aviones sobre las poblaciones chinas, y tomó nota de todo en sus prolijos cuadernos. Como pago por su libertad entregó a los norteamericanos sus “estudios” para que estos pudieran utilizarlos en sus propios programas de guerra biológica. Esta era la justicia imparcial que se administraba.

La falta de escrúpulos corre parejas con la falta de objetividad cuando se trata de evaluar el respeto a los derechos humanos e intervienen factores ideológicos o políticos distorsivos. Hoy existe consenso acerca de las atrocidades y crímenes de Stalin. Sin embargo, durante décadas Stalin fue defendido de las acusaciones por destacados intelectuales de izquierda, que revelaban, por otra parte, un gran compromiso con la defensa de los derechos cuando se trataba de violaciones cometidas en Occidente. Es claro que no hablo de los militantes comunistas que, en todo el mundo, veían de buena fe a la Unión Soviética como “el faro de la Humanidad”, sino a encumbrados pensadores que no podían ignorar ni excusar lo que hacía Stalin. Da vergüenza ajena leer hoy los textos de estos intelectuales, cómplices ideológicos de las atrocidades. Su complacencia permite valorar mucho más la valentía moral de los comunistas disidentes, que alzaron su voz sin vacilar, a despecho de ser tildados de “traidores” y de “vendidos al capitalismo”.

Un defensor de los derechos humanos tiene que estar dispuesto a muchos compromisos. El compromiso de ayudar a superar la hipocresía jurídica, el compromiso de enfrentar el cinismo de los poderosos, el compromiso de no dejarse sobornar por simpatías o afinidades ideológicas o por intereses de cualquier índole. Pero en estos compromisos, con frecuencia pesados, tiene al menos dos alicientes: el comprender que nunca su esfuerzo será en vano, y el saber que nunca estará solo. Son muchos en el mundo los que luchan por lo mismo.

## SEGUNDA PARTE: LOS DERECHOS HUMANOS EN NUESTRA HISTORIA

### 1) Las violaciones de derechos en la historia.

Estimadas compañeras y compañeros:

Luego de este rápido repaso por la evolución de los derechos humanos en el mundo, conviene que nos detengamos en nuestro país. La Constitución Nacional, como fruto de un largo proceso histórico de organización institucional, **no hace más que reflejar a grandes rasgos la evolución que venimos describiendo.** Contiene en su texto los distintos tipos de derechos –de primera, segunda y tercera generación- según se fueron incorporando a través de las décadas.

Pero como hemos hablado de la “hipocresía jurídica”, nuestro análisis no puede atenerse sólo a las normas y a lo que ellas, con palabras más o menos agradables, prescriben. Haremos aquí un repaso (a vuelo de pájaro, claro está), no sólo del proceso institucional y de las normas, sino también de **las prácticas** (lo que algunos llaman la “constitución real” de un país), y veremos, siquiera brevemente, cómo operaron las normas en la realidad, si es que operaron, o cómo fueron desconocidas por los poderes. Esto, por supuesto, con brevedad y esquematismo, ya que el tema es demasiado amplio para desarrollarlo aquí. Como síntesis, podemos decir que **la historia de los derechos humanos en la Argentina es también la historia de su violación.**

### 2) El peligro del negacionismo y la importancia de la Memoria.

Al hacer este tipo de relatos debemos ser muy cautelosos con un fenómeno lamentablemente extendido: el **negacionismo**, que no es más que una **complicidad póstuma con los crímenes del pasado, en virtud de simpatías, odios o intereses políticos presentes.** No importa cuán grotesca sea la mentira que el negacionismo proclama, pues, como enseñaba el Ministro de Propaganda de Hitler, “cuanto más grande es la mentira, más fácil será que la crean”. Los neonazis (y el trasnochado presidente de Irán) pretenden que el Holocausto de seis millones de judíos no existió y que las filmaciones, fotografías, archivos y testimonios, que también se cuentan por millones, son un invento liberal-comunista. Turquía no sólo niega el genocidio de los armenios por la revolución de los Jóvenes Turcos sino que persigue como traidores a los intelectuales turcos que admiten su existencia, incluyendo a un Premio Nobel de Literatura. La historia misma de América fue sometida a este negacionismo obcecado y criminal, que constituye una reivindicación encubierta de las atrocidades. Durante mucho tiempo España y ciertos historiadores prohispanicos han negado el genocidio indígena, y hasta el Papa

Benedicto XVI llegó a tender un manto de duda en su visita a Brasil. Con motivo del Primer Centenario, el gobierno argentino de entonces, en plan de acercamiento con la “Madre Patria”, ordenó suprimir del Himno Nacional todas las referencias que pudieran considerarse ofensivas a España, como si las relaciones amistosas pudieran fundarse en la negación “por decreto” del pasado. No faltaron historiadores que pretendieron que las Colonias hispanas no eran en realidad colonias. Se atribuyó a la malicia de Inglaterra la difusión de una “leyenda negra” contra España atribuyéndole crímenes inventados. Esta política inglesa pudo haber difundido exageraciones, pero ello no obsta a la realidad del genocidio americano. Cuando lleguemos a la historia argentina reciente, veremos que **la Memoria se ha convertido en una reivindicación fundamental de los derechos humanos**, para evitar que el negacionismo de los crímenes de la dictadura pueda preparar el campo para el regreso futuro del terrorismo de Estado.

### 3) Un homenaje a Manuel Belgrano y Mariano Moreno.

Los dos grandes defensores de la doctrina de los derechos humanos en nuestra Independencia fueron hombres que tenían muchas similitudes. Ambos fueron intelectuales, abogados, iniciadores y promotores del periodismo en el Río de la Plata, criollos y patriotas, de pensamiento revolucionario. Ambos trabajaron en común frente a las principales cuestiones políticas de su tiempo.

Manuel Belgrano fue el pionero por excelencia. Ya como funcionario del gobierno virreinal, promovió desde el Consulado la educación, la ciencia, las matemáticas (algunos lo llaman el “primer educador”), la navegación, el comercio, el trabajo, la ilustración de la mujer (algunos lo llaman “el primer feminista”), la protección de la naturaleza (algunos lo llaman “el primer ecologista”). Como militar revolucionario, dio trato digno a los prisioneros de guerra, erradicó toda barbarie por parte de las tropas a su mando, prohibió la tortura, el degüello, el duelo, el saqueo, las exacciones y ofensas a la población civil, y respetó por igual la dignidad humana de patriotas y enemigos, honrando a los muertos de ambos bandos. Aún en las peores peripecias de su campaña militar, mantuvo un humanismo ejemplar que contrastaba con las atrocidades de los ejércitos realistas. Como promotor de la educación, quería, en las escuelas por él fundadas, que se enseñara a los alumnos “los primeros rudimentos de los derechos y obligaciones del hombre en sociedad” y “un espíritu nacional, que les hiciera preferir el bien público al privado, y estimar en más la calidad de Americano que la de Extranjero”. Como político revolucionario, fue, junto a su primo Castelli, un denodado defensor de los derechos de los indígenas. Denunció la política colonial de España en América, señalando que consistía en “reducir a los hombres a la condición de bestias”. Ordenó el reparto de tierras a las comunidades aborígenes, y las defendió tanto de la explotación

de los españoles como de los abusos e incomprensión de los criollos. Los intelectuales porteños lo ridiculizaron por su postura de defensa del indio. Su propuesta de creación de una monarquía incaica fue recibida con burla y desprecio, no por la forma de gobierno sino porque, al decir de la prensa porteña, pretendía poner en el trono a “un indio de patas sucias”. Quizás el hombre más puro y sincero de la Revolución de Mayo, Belgrano fue también el más humanitario e indulgente de los jefes militares, y recibió duras críticas por su bondad con el enemigo vencido y porque, tras la batalla de Salta, “no los hizo degollar a todos”.

Mariano Moreno se distinguió por su espíritu revolucionario inquebrantable. Como abogado, periodista y político, comprendió que sólo la doctrina de los derechos humanos era compatible con la liberación de los pueblos americanos; de allí la importancia que atribuyó a la difusión del Contrato Social y las ideas de libertad. “Prefiero una libertad peligrosa a una servidumbre tranquila” solía decir para refutar a los partidarios del “orden”. La brevedad de su carrera impidió comprobar de qué manera hubiera realizado sus ideales; pero su espíritu siguió vivo mucho tiempo después de su muerte. La gloriosa Asamblea del Año XIII hizo de la evocación de Moreno una fuente de inspiración para su obra libertaria.

Siempre que hablemos de derechos humanos en Argentina, debemos recordar, como motivo de orgullo, a Belgrano y Moreno, los precursores, así como, en etapas posteriores de la historia, saldrán a nuestro encuentro, para brindarnos inspiración y guía, Juan Bautista Alberdi, Yrigoyen, Perón y Evita, Sábato y Rodolfo Walsh, las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, e innumerables luchadores anónimos, jóvenes, mujeres, obreros e intelectuales. Nuestra historia es la historia sombría de las violaciones a los derechos humanos, pero **es también la luminosa historia de quienes, en diferentes épocas, se pusieron de pie –con aciertos y errores- para defenderlos.**

#### 4) Antecedentes constitucionales:

Desde la Revolución de Mayo hasta 1853 hay una serie de antecedentes truncados o fragmentarios que son los sucesivos intentos por dar una organización al Estado naciente. Dijimos que nuestro proceso revolucionario estaba fuertemente influido por las experiencias norteamericana y francesa. Esto se ve, precisamente, en tales tentativas.

Desde 1810 se sostuvo por **la vanguardia revolucionaria (Moreno, Belgrano, Paso, Castelli** y algunos más) la necesidad de constituir una nación independiente bajo la influencia de esos modelos, si bien se tardó tres años en realizar gestos concretos hacia la independencia de hecho: Belgrano fue severamente reprendido por izar una bandera que no era la del Rey Fernando VII, y debió esperar hasta la Asamblea General

Constituyente para que su creación fuera aceptada y consagrada, junto al Himno Nacional y otros símbolos independentistas. Mariano Moreno, desde la Primera Junta, fue dando impulso a una serie de medidas igualitarias y propugnó la supresión de la rémora de las instituciones coloniales, aunque con poco éxito por la resistencia de los grupos conservadores, encabezados por Saavedra y el reaccionario cura Dean Funes.

El Estatuto Provisional de 1811 incorpora a su texto los decretos de libertad de imprenta y de seguridad individual. La **Asamblea General Constituyente**, convocada bajo la influencia directa de **los líderes de la Logia Lautaro** (San Martín, Alvear y Monteagudo) para sancionar una Constitución que, sin embargo, jamás elaboró, dictó en cambio un conjunto de disposiciones revolucionarias y protectoras de derechos que configuraron **la primera serie de antecedentes realmente notables de los derechos humanos en nuestra historia**, desde la abolición de la Inquisición y la proscripción de la tortura hasta la llamada “libertad de vientres”: audaz paso en pro de la eliminación de la esclavitud. La exclusión arbitraria de los diputados artiguistas, aunque disminuyó su representatividad, no alcanzó a empañar sus logros. El Estatuto provisional de 1815 y el Reglamento Provisional de 1817 reconocen los derechos **a la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad**.

En 1819, el timorato Congreso Constituyente—que tres años antes se había visto obligado por San Martín y Belgrano a proclamar la Independencia— da a luz **un primer ensayo de Constitución**. Este ensayo era un adefesio centralista y unitario, hecho de manera tan impolítica que produjo la reacción de los caudillos del litoral y desencadenó la anarquía, primer anticipo de una guerra civil que cubriría de sangre el país durante décadas. Sin embargo, algunas de sus normas contenían principios destinados a formar parte de una larga tradición de derechos en nuestro país: **proclamaba la soberanía del pueblo, introducía el derecho de interpelación, reconocía el derecho a la vida, la libertad, la reputación, la seguridad y la propiedad y reafirmaba el principio de igualdad ante la ley**.

En 1826, **la segunda Constitución unitaria**, bajo la inspiración de **Rivadavia**, apareció como un fugaz experimento, tan repugnante a los derechos de los pueblos del interior que no pudo sostenerse. Rivadavia era un líder controvertido: hombre progresista pero autoritario, avanzado en algunos aspectos y reaccionario en otros, amigo del ilustre Bentham y cabecilla de un grupo de intelectuales que pretendían implantar sus modelos sin contemplación por las realidades del país. Hizo una importante obra educativa (entre otras cosas, impulsó la creación de la Universidad de Buenos Aires e implementó el primer sistema más o menos consistente de educación elemental), promovió la inmigración y un reparto de tierras progresista (la fallida ley de enfiteusis), defendió la tolerancia religiosa y las instituciones civiles, pero intentó someter a las provincias a los

dictados intempestivos de un gobierno central, encargado hasta de nombrar los gobernadores, y terminó fracasando estruendosamente después de haber endeudado al país con la Baring Brothers, de haber intentado entregar a manos inglesas las minas de Famatina en La Rioja y de haber celebrado un armisticio lamentable en la guerra con el Brasil.

Conviene detenerse un momento en Rivadavia porque representa un tipo definido de político e intelectual sudamericano: el que concibe el progreso y los derechos como imitación de lo extranjero, sin reconocer a lo autóctono más que una mirada desdenosa. Con razón José Martí señalaba: “El libre importado ha sido vencido en América por el hombre natural (...) No hay batalla entre civilización y barbarie sino entre la falsa erudición y la naturaleza.”

Lo sucedieron largos años de guerra civil entre unitarios y federales, en los cuales se perdió toda contemplación por los derechos de los adversarios. Abundaron los fusilamientos (como el del gran patriota federal Dorrego a manos del unitario recalci-trante Lavalle) y crímenes políticos (asesinato de Mazza en la Legislatura bonaerense, de Facundo en Barranca Yaco, etc., etc.). Ambos bandos cometieron atrocidades increíbles. Rosas, convertido en dictador en Buenos Aires, instituyó **el primer modelo de organización represiva**: la Sociedad Popular Restauradora (o Mazorca), que se dedicaba a perseguir y eliminar opositores, y que fue quizás el más remoto antecedente de la siniestra Triple A. A favor de Rosas puede alegarse su paternalismo hacia los pobres y los gauchos, cierta convivencia con los indios y la defensa de la soberanía ante la intervención europea. Mientras Rosas aplicaba la “mano dura”, entregaba la educación al clero y liquidaba las libertades bajo un gobierno “de autoridad” (se llamaba a sí mismo el “Restaurador de las Leyes” para diferenciarse de la turba revolucionaria que había gobernado desde 1810), sus enemigos unitarios y liberales cometían traición a la Patria aliándose con potencias extranjeras para derrocarlo: Sarmiento propugnaba la ocupación por Chile del Estrecho de Magallanes, y los emigrados unitarios en Montevideo festejaban a Inglaterra y Francia en guerra contra su propio país. Poco es lo bueno que se puede decir, en relación a los derechos humanos, de este período de intolerancia y fanatismo, pues **nada es más contrario al respeto de los derechos que la intolerancia y el fanatismo**.

En medio de estas luchas enconadas, se suscribieron diversos **compromisos entre las provincias**, como el Tratado de Pilar (1820), Benegas (1820) y Cuadrilátero (1821), y el trascendental **Pacto Federal de 1831**, destinados a ser antecedentes directos del proceso constitucional argentino (son los llamados “**pactos preexistentes**” de que habla el Preámbulo). Pero la unión nacional había desaparecido formalmente y sólo se conservaba como una aspiración a futuro.

Con la caída de Rosas y el entronizamiento de Urquiza se celebra el último de estos pactos: el Acuerdo de San Nicolás de 1852, cuya principal cláusula es la convocatoria a un Congreso Constituyente en Santa Fe. Allí se sanciona, por fin, la Constitución Nacional, dando forma a la organización definitiva tantas veces pospuesta.

### 5) La Constitución de 1853 y las violaciones de derechos bajo la oligarquía.

El alma ideológica de la Constitución de 1853 fue **Juan Bautista Alberdi**, un jurista sumamente perspicaz y pragmático que, en su libro “Las Bases” –de profunda influencia sobre los constituyentes- delineó las características de nuestro sistema institucional e hizo el plan general de la Constitución sobre el molde de la experiencia norteamericana.

Más adelante examinaremos la Constitución de 1853. Baste por ahora decir que adoptaba para el gobierno la forma republicana, representativa y federal (si bien se trataba de un federalismo sumamente mitigado respecto del modelo estadounidense). El pueblo no deliberaba ni gobernaba sino por sus representantes. Se reconocía a las provincias como órganos políticos preexistentes y se garantizaba su funcionamiento autónomo sin más condiciones que respetar la organización republicana, la educación y el régimen municipal. En una primera parte denominada “**Declaraciones, Derechos y Garantías**” se regulaban los **derechos individuales**. La filosofía que los nutre es la clásica liberal. Se asigna un papel fundamental a la **libertad personal** en sus diversos aspectos, a la **propiedad privada**, a la **igualdad formal** y a la protección del individuo frente al Estado. La participación política se entendía como **el derecho a elegir y ser elegido** y se expresaba mediante el sufragio, sin reconocerse otras formas de participación.

Tales derechos, aunque receptados en la Constitución, fueron poco respetados en la práctica, empezando por la burda parodia de los derechos políticos que fueron sistemáticamente menoscabados hasta la sanción de la **Ley Sáenz Peña en 1912**. Los gobiernos posteriores a 1853 se caracterizaron por ser gobiernos de notables, en general pertenecientes a la oligarquía terrateniente, y, a pesar de sus diferencias internas, abrazaron un ideario común cuyos rasgos principales fueron: la estabilización institucional sin verdadera participación popular (los presidentes se elegían en reuniones de oligarcas como la Liga de Gobernadores), el aplastamiento de los últimos restos del antiguo caudillismo federal (son famosas las expediciones terroristas ordenadas por Mitre y aplaudidas por Sarmiento que concluyeron con la cabeza de Chacho Peñaloza clavada en una pica), el énfasis puesto en la educación por dirigentes como Sarmiento y Avellaneda como forma de crear una nueva ciudadanía, el impulso a la inmigración europea



(“gobernar es poblar”, había dicho Alberdi, y Sarmiento propugnaba el reemplazo de los gauchos —cuya sangre según él, sólo servía para “abonar la tierra”— por inmigrantes “civilizados”) y la instauración de un modelo económico agroexportador aliado a Gran Bretaña (“aristocracia con olor a bosta de vaca”, llamaba Sarmiento a los poderosos ganaderos de la oligarquía), entre otros rasgos que no vienen al caso. Se sancionaron los Códigos y leyes fundamentales (Código Civil de Vélez Sarfield, ley de capitalización de Buenos Aires, la gloriosa ley 1420 de educación, etc.) y se creó la base normativa de un sistema a la vez progresista y conservador (“orden y progreso” era el lema del General Roca). **La oligarquía reinante no tenía el menor interés en la participación popular, ni en incluir a nadie en su esquema de poder, y luchó durante décadas contra el avance democratizador de movimientos como el radicalismo.** Éste último apareció bajo el liderazgo de caudillos populares (Leandro Alem, Hipólito Yrigoyen), quienes enarbolaron las banderas de la “pureza del sufragio” frente al fraude vergonzoso de las elecciones, y la lucha “contra el Régimen”. El episodio más notable de esta gesta fue **la Revolución del Parque**, que en 1890 provocó la caída del corrupto y dispendioso gobierno de Juárez Celman.

En estos años (1865-1870), bajo la presidencia de Mitre, se estrenó la Argentina como fuerza militar, aliándose a Brasil y Uruguay en **la destrucción del Paraguay**: verdadero genocidio que liquidó a la población paraguaya masculina y hundió a ese país, hasta entonces próspero, en la miseria. **Se rompía así la tradición americanista de Belgrano, San Martín y Castelli** —cuyos ejércitos habían sido de liberación de pueblos y no de sometimiento—, y se desoían los consejos del gran Alberdi, que en su libro “**El crimen de la guerra**” había escrito el más elocuente repudio de las aventuras militares.

Otros aspectos destacados de este período fueron **la Conquista del Desierto y la represión a la clase obrera**. La primera fue un sangriento genocidio que dio a **Julio Argentino Roca** la base de su poder y su prestigio. Adoptando **un sistema político consistente en el exterminio de los indeseables en lugar de su integración**, arrasó a las poblaciones aborígenes y procedió a la repartija de las tierras “conquistadas” entre sus favoritos y amigos, extendiendo el latifundio hasta límites nunca antes vistos. **Los indios fueron masacrados junto con los últimos gauchos**, pues este era el “proceso modernizador” que se llevaba adelante a sangre y fuego. No hubo método de exterminio que no se empleara, desde los fusiles Rémington hasta la guerra bacteriológica (los hacendados regalaban a los indios ropas infectadas con viruela). En la Patagonia se pagaba el par de orejas de indios a buen precio y un célebre terrateniente invitó a una comilona a los pocos e ingenuos indios que quedaban cerca de sus tierras y los asesinó como postre. **Etnias enteras, como las de los indios fueguinos, en pocas décadas desaparecieron para siempre de la faz de la tierra.** Sin duda, la resistencia de los indios

y sus malones eran un obstáculo a la extensión de los poderes del gobierno oligárquico, y hasta puede decirse que afectaban en cierto modo la soberanía sobre extensos territorios en los que el Estado no tenía una presencia más que nominal, pero no se hizo el menor intento de integración. Todo se resolvió manu militari por el exterminio. **Esta solución “a lo Roca” tendría muchos adeptos posteriores en la historia de nuestro país**, y todavía los tiene entre quienes siguen sosteniendo que las diferencias y los conflictos sociales o los problemas de “inseguridad” se arreglan mediante bala y paredón. Los Blumberg, los Ruckauf, los Sobisch, los Macri y los “manoduristas” del presente son pequeños herederos del General Roca.

**El genocidio de los pueblos originarios fue una aberración que estaba en abierta contradicción con las más nobles tradiciones de la Revolución de Mayo.** Como ya dijimos, Castelli y Belgrano habían hecho de la defensa de los aborígenes un punto central del programa revolucionario, reivindicando la tradición incaica y el recuerdo de Tupac Amaru. Junto al lago Titicaca, Castelli proclamó, en nombre de la Revolución, la emancipación de las razas indígenas. San Martín se alió con los indios para echar a los realistas de Chile. La Declaración de la Independencia se publicó en las lenguas nativas como muestra de que también incluía a los indios. Rosas, siendo tan despótico en otros aspectos, llevó a cabo sus campañas del desierto con notable “mano blanda”: el “tirano” denunciado por Sarmiento era bastante menos inhumano con el indio que estos señores de la oligarquía. La Constitución Nacional ordenaba, no exterminarlos, sino conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo. Se ve, entonces, que **la gran hazaña de Roca chocaba abiertamente con el espíritu y la letra de todos los antecedentes argentinos.**

La represión a los obreros fue al comienzo menos importante porque eran pocos y estaban poco organizados. Venían de Europa con ideas socialistas y anarquistas, y se los persiguió bajo **la supuesta invocación de un “ser nacional”** (cuántas veces aparecerá este ser nacional en boca de los represores). Había que disciplinar a esos extranjeros revoltosos y para ello se dictó a comienzos del siglo veinte la Ley de Residencia, entre otras medidas draconianas. **La represión al movimiento obrero se fue incrementando según éste crecía en importancia y poder** y se organizaba en asociaciones sindicales como la Federación Obrera Regional Argentina (anarcosindicalista). Se crearon nuevas variantes de la Mazorca como **la Liga Patriótica Argentina** (1919, segundo antecedente de la Triple A) que tenían como finalidad romper huelgas y aplastar a los sediciosos “extranjeros” (a quienes se había invitado a radicarse en el país bajo la generosa fórmula del Preámbulo de la Constitución, que se decía dictada “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”). En vano fueron las propuestas de Justicia Social de algunos funcionarios o intelectuales del régimen, como

**Bialet Massé** y su famoso informe sobre la situación de la clase obrera. **Después de 1917 y la Revolución Rusa, cundió el pánico al comunismo**, y la represión al movimiento obrero conoció jornadas ominosas: la célebre **Semana Trágica** en Buenos Aires y las matanzas de trabajadores en la **“Patagonia Rebelde”**. La **“Década Infame”** –de 1930 en adelante– convirtió en una constante a la represión obrera y la persecución del “comunismo” (llamaban “comunismo” a cualquier idea que les molestara), y se generalizó el uso de la picana contra los desgraciados activistas que caían en poder de la policía “conservadora”.

Durante las primeras décadas del siglo veinte hubo, sin embargo, algunos movimientos populares que dejaron su huella en las instituciones. El principal fue el radicalismo yrigoyenista. **Hipólito Yrigoyen** logró, mediante un acuerdo con el inteligente Roque Sáenz Peña, la sanción de la ley que consagraba el voto masculino universal, secreto y obligatorio. En **las primeras elecciones libres de la historia**, Yrigoyen arrasó y llegó a la Presidencia de la República. Su gobierno fue **el primer gobierno popular de la Argentina**. Se destacó por un respeto nunca antes visto de las libertades públicas. A nivel internacional, sostuvo una posición digna propia de un Estado soberano: mantuvo la neutralidad argentina durante la Primera Guerra, propuso una Sociedad de las Naciones sin vencedores ni vencidos, se plantó frente al gobierno intervencionista del yanqui Teodoro Roosevelt y se opuso a las intervenciones norteamericanas en América Central. Defendió el petróleo como recurso nacional. Bajo su gobierno se sancionaron **las primeras leyes protectoras de la clase trabajadora**, como la ley de accidentes de trabajo, y se llevó a cabo la democratización de las universidades (Reforma universitaria). Lamentablemente, **estos logros se vieron oscurecidos por la represión obrera de la Semana Trágica y la Patagonia**, que se llevaron a cabo bajo su gobierno, dejándole una mancha imperecedera. La crisis global del capitalismo que se abrió con el crack de Wall Street en 1929, y se prolongó en la Gran Depresión, pondría fin a su segunda presidencia. Con su derrocamiento en 1930 por un golpe de Estado militar impulsado por la oligarquía y encabezado por el general Uriburu (fascista imitador de Mussolini, de quien no era más que una burda caricatura), **se abrió en Argentina el negro período de los gobiernos militares: dictaduras que no hicieron más que burlar una y otra vez la voluntad popular y avasallar los derechos del pueblo**.

El segundo movimiento digno de mención en esos años fue **el socialismo**. Alfredo Palacios, primer diputado socialista de América (una rara avis en el Parlamento de los oligarcas), defendió a rajatabla los derechos de los trabajadores y elaboró los primeros proyectos de leyes sociales tendientes a reconocer la dignidad del trabajador y su protección frente al capitalista explotador. Un puñado de dirigentes como Juan B. Justo, su esposa Alicia Moreau, Mario Bravo, Nicolás Repetto, etc., impulsaron estas iniciati-

vas.

Pero a partir de 1930 se cayó en la reacción más cavernaria bajo gobiernos militares que se encargaron de reprimir y desconocer el derecho al voto. El **fraude electoral** adquirió proporciones escandalosas. Una Corte Suprema vergonzante, traicionando su papel de “custodio de la Constitución”, avaló los gobiernos militares creando la llamada **“doctrina de facto”** para justificar los golpes de Estado. El vicepresidente de la República Julio Roca hijo (retoño del general genocida) viajó a Londres para ofrecer a la Argentina como **“la mejor joya de la Corona británica”**: inaudito acto de traición a la patria que se vio completado por la celebración del **Pacto Roca- Runciman**, por el cual la oligarquía, a cambio de vender sus vacas, entregó a Inglaterra el control sobre los frigoríficos, el comercio exterior, el transporte y otros aspectos centrales de la economía. Las denuncias de **Lisandro de la Torre** en el Senado –donde puso al desnudo la obra del imperialismo inglés- fueron contestadas con el cobarde asesinato, en plena Cámara alta, de su compañero Enzo Bordabehere. El crimen político se instalaba nuevamente en el país. Era la Década Infame, cantada por Discépolo en su tango “Cambalache”, y por Cátulo Castillo en “Desencuentro”.

## 6) El constitucionalismo social: la Constitución de 1949

Poco a poco se organizó una resistencia. Radicales y riogoyenistas y pensadores nacionalistas dieron origen al grupo de ideólogos conocido como **FORJA**. Intelectuales como Scalabrini Ortiz, Jauretche, Homero Manzi, sentaron las bases del pensamiento nacional y popular. Del seno mismo del régimen fueron surgiendo hombres destinados a interpretar la nueva realidad bajo otra luz. La Segunda Guerra Mundial impulsó la industrialización del país por la necesidad de sustituir importaciones. **La idea industrialista y el intervencionismo estatal en la economía** fueron ganando terreno. Se aceleró el proceso de **migración del campo a la ciudad**. Nació un **nuevo proletariado urbano**. Desde la Secretaría de Trabajo y Previsión, **Perón** tomó nota de estas realidades y comenzó a armarse una situación de poder basada en su **relación privilegiada con los crecientemente poderosos sindicatos**. **El 17 de octubre de 1945, la realidad social profunda emergió constituyendo a los trabajadores en un actor político de primera importancia**. Perón fue catapultado a la presidencia de la República en elecciones libres que ganó sin dificultad. Perón y Evita iniciaron así un nuevo período de predominio popular, cooptando a numerosos dirigentes políticos, sociales y sindicales y a intelectuales nacionalistas, socialistas, católicos e riogoyenistas que vieron en su gobierno la posibilidad de sepultar para siempre el poder de la oligarquía. **La legislación social alcanzó un punto culminante** al consagrar los derechos de la clase trabajadora –obre-

ros y peones rurales- por los cuales se había peleado sin éxito durante décadas. El papel de la mujer fue reconocido en el derecho al **voto femenino**. **La seguridad social, la protección de la niñez y de la ancianidad, la salud pública** convertida en eje bajo la inspiración del Dr. Carrillo, **la mejora en el nivel de vida de los pobres, el acceso a viviendas, vacaciones y artículos de consumo, la dignificación de los humildes** (los descamisados y grasitas de Evita, los “cabecitas negras” o el “aluvión zoológico” como los llamaba con desprecio la oligarquía) marcaron jalones insuperables en el reconocimiento de los derechos sociales. La economía se industrializó, se nacionalizaron importantes sectores, como los ferrocarriles, se creó una flota del Estado, se establecieron las bases de un desarrollo estratégico de la energía y se defendieron los recursos naturales. Era la versión criolla del “Estado de Bienestar”, el “New Deal” que había inaugurado en Estados Unidos el gran presidente Franklin Delano Roosevelt. **La expresión formal de todas estas transformaciones fue la famosa Constitución de 1949.**

Llegamos así al **segundo gran período constitucional argentino**: la incorporación del llamado “constitucionalismo social” o derechos de “segunda generación. El peronismo fue el realizador de esta etapa. **La Constitución de 1949 incorporó los derechos sociales en la más amplia medida, estableció la función social de la economía y la riqueza y prohibió la entrega al capitalismo internacional de los servicios públicos y los recursos naturales.** Su lectura todavía hoy llama la atención por lo avanzado de la normativa social que contiene. Su influencia fue **determinante para la conformación de una conciencia colectiva** que nunca pudo eliminarse completamente pese a que en las décadas siguientes se ejercieron todas las violencias para borrar estos logros.

La Constitución de 1949 fue tachada de “despótica” porque consagraba la reelección presidencial y habilitó un segundo mandato de Perón. También se impugnó la forma en que había sido convocada la Convención Constituyente. Los argumentos impugnadores eran formalistas y leguleyos, y encubrían la verdadera razón de la oposición a la nueva Carta constitucional: **el rechazo a los derechos sociales y a la protección de los recursos naturales** como patrimonio de la Nación que aquella consagraba.

Es notable que los líderes de la oposición no oligárquica como socialistas y radicales se sumaran al coro de los oligarcas. Estos últimos tenían razones positivas para oponerse, ofendidos por el reconocimiento de derechos a los pobres, a quienes siempre habían considerado como seres despreciables, buenos sólo para ser explotados. Pero lo que no se comprende, ni aún teniendo en cuenta la incidencia de las pasiones políticas del momento, es que dirigentes populares se prestaran a los manejos de los oligarcas y terminaran avalando, con su participación en la Convención del año 1957, la derogación de la Constitución de 1949. No se comprende que se dejaran cegar por el odio a Perón

al punto de no defender como se merecían las conquistas consagradas en esa Constitución.

## **7) Las dictaduras militares, la resistencia peronista, la Doctrina de Seguridad Nacional y el terrorismo de Estado.**

En 1955 se produce **la mal llamada “Revolución Libertadora”**. El gobierno de Perón había entrado en crisis, y su escaso apego a las formalidades “republicanas” dio el pretexto para que se lo tachara de “tirano” y se presentara su fecunda obra como una dictadura. Una vez más, los militares –dirigidos por **el fusilador General Aramburu**- quebrantaron el orden constitucional y derrocaron a un hombre que, a despecho de errores y autoritarismos, había sido electo con el más amplio respaldo de las mayorías. Esta nueva dictadura militar (dictadura de verdad) se distinguió por llevar a cabo los **brutales fusilamientos** del General peronista **Juan José Valle** y sus seguidores y la matanza de activistas en José León Suárez, bautizada por Rodolfo Walsh como **“Operación Masacre”**. El peronismo fue proscrito e intervenidos los sindicatos. Y la Constitución de 1949 fue **derogada por bando militar**.

En 1957 la dictadura convocó a elecciones para una **Convención Constituyente** totalmente ilegítima, no sólo por su origen y porque tenía por objeto convalidar el ilegal decreto derogatorio sino también porque había proscripción del principal partido político. La Convención fue un verdadero fiasco. Restableció la Constitución liberal de 1853 como si no hubiera habido cambios en el mundo desde entonces. Sólo se le dio un ligero tinte social con la incorporación, a propuesta del radical Crisólogo Larralde, del **“artículo catorce bis”**, el cual establecía sumariamente **algunos derechos sociales**. Este artículo configura, en nuestro actual texto constitucional, **el reflejo empalmeado del constitucionalismo social o derechos de segunda generación**.

Los años que siguieron al derrocamiento de Perón estuvieron signados por los esfuerzos de la oligarquía de gobernar el país **con exclusión de las mayorías**. Los dos únicos gobiernos constitucionales de esos años –Frondizi e Illia- fueron electos estando proscrito el peronismo y estuvieron sometidos a la constante extorsión de los militares. El pueblo se organizó bajo la forma de la llamada **“resistencia peronista”**, que tenía por objeto preservar la fuerza política del movimiento creado por Perón en un escenario de persecución, con la esperanza del retorno futuro de su líder.

Durante el gobierno de Frondizi, a través del llamado **Plan Conintes**, se introdujo en el país **la Doctrina de Seguridad Nacional**. Ésta había sido creada y desarrollada por Washington como una **herramienta ideológica en la Guerra Fría** y tenía como objeto asegurar gobiernos amigos en la lucha contra el “comunismo”, para lo cual

**los Estados Unidos se reservaban el derecho de intervenir directa o indirectamente en los países de América Latina –su “patio trasero”- por razones de seguridad hemisférica.** Siguiendo esta doctrina, derrocaron gobiernos populares tachados de izquierdistas (Jacobo Arbenz en Guatemala, Salvador Allende en Chile), sostuvieron dictaduras encarnizadas y vergonzosas (Somoza en Nicaragua, Stroessner en Paraguay, Pinochet en Chile, variadas dictaduras en Argentina) y constituyeron a las fuerzas armadas de los países latinoamericanos en **fuerzas de ocupación de sus propias naciones.** Las fuerzas armadas se suponía que eran la reserva moral frente al comunismo. Su tarea era no sólo contribuir a la defensa hemisférica como fuerzas militares, sino también **controlar a los gobiernos de sus propios países, vigilar la seguridad interior y sofocar los movimientos sociales, políticos y sindicales** que pudieran ser sospechados de simpatías “comunistas” o simplemente de poner en duda el orden existente. A estos movimientos se los llamó desde entonces **“subversivos”**. Los futuros dictadores latinoamericanos **recibían instrucción y adoctrinamiento en la Escuela de las Américas.** De allí vino Onganía y otros esbirros con todo un aparato ideológico elaborado en Estados Unidos con la finalidad de implantar regímenes pronorteamericanos en todo el continente y prevenir que pudiera repetirse la experiencia de la Revolución socialista cubana.

La Doctrina de Seguridad Nacional fue impuesta a Frondizi por la corporación militar y enseguida se estrenó dando intervención a las Fuerzas Armadas en la represión de huelgas, disturbios y levantamientos. **Se preparaba así el terreno para el desarrollo ilimitado del Terrorismo de Estado.**

Sólo entre 1963 y 1966 hubo un interregno institucional que pareció recuperar en algunos aspectos las tradiciones nacionales y populares de la Argentina. Fue **el gobierno del radical Arturo Illia.** Llevó adelante una política económica nacionalista, anuló los contratos petroleros que había firmado Frondizi con las multinacionales, contuvo la inflación y promovió con éxito el crecimiento económico. Respetó las libertades públicas y los derechos individuales. Llevó a la educación pública a un punto de gran prestigio y convirtió a la Universidad de Buenos Aires en ejemplo de desarrollo académico. Dictó una ley de medicamentos para proteger la salud de la población de la voracidad de las farmacéuticas. Liberó al país de la deuda externa. Procuró la rehabilitación política del peronismo proscripto. Pero su escasa legitimidad de origen –había sido electo por una minoría- lo condenó a una constante debilidad. En 1966 el despreciable **Onganía,** general cipayo al servicio de Estados Unidos, de ideología reconocidamente fascista (quería crear un delirante Estado corporativo), derrocó a Illia e instauró **una nueva dictadura,** secundado por los oligarcas de siempre. En un instante hizo desaparecer todas las libertades, copó la Universidad en **la “noche de los bastones largos”,** apaleó a estudiantes y obreros, estableció la censura más rígida y retrógrada, fiscalizó las costumbres y las vidas privadas con celo moralista, persiguió a los pelilargos crean-

do las “peluquerías policiales” y reprimió sin asco a la juventud. Las **burocracias sindicales traidoras** de Vandor y Alonso –que querían un “peronismo sin Perón”- lo apoyaron. **Tanta represión política dio por resultado una creciente violencia contestataria.** Fue el origen de la violencia política de los años setenta.

A fines de los sesenta, con la aparición de la **“C.G.T. de los argentinos”** y dirigentes como **Raimundo Ongaro** o **Agustín Tosco**, el movimiento obrero cobró un nuevo protagonismo buscando una alternativa al vandorismo. En 1969 se produjo una pueblada –el **“Cordobazo”**- que precipitó la caída del dictador fascista. La violencia política crecía. Vandor había sido “ajusticiado”. El general Aramburu –líder de la derecha militar liberal y alma máter de la Revolución “Libertadora”- fue secuestrado y ejecutado por la organización **“Montoneros”**, de la izquierda peronista. En **Trelew**, la dictadura militar ejecutó a un grupo de prisioneros políticos. Se ingresó en una espiral de violencia que en los años setenta conoció episodios de una crueldad increíble, como los atentados, listas negras y asesinatos de referentes de izquierda (Silvio Frondizi, Rafael Ortega Peña) llevados a cabo por la organización paraestatal **“Triple A”**, que comandaba el siniestro López Rega, mientras que desde la izquierda se respondía con la acción directa de organizaciones volcadas de lleno a la lucha armada (rama militar de Montoneros, Ejército Revolucionario del Pueblo, etc.).

En 1973 ganó las elecciones el peronista Héctor Cámpora y convocó a nuevas elecciones para asegurar el regreso triunfal de Perón de su exilio en España. El nuevo gobierno peronista apareció en escena como **la última gran tentativa del siglo veinte por retomar una política nacional y popular**, restablecer los derechos sociales y recrear un Proyecto Nacional integrador, con fuerte participación de los trabajadores en la distribución de los ingresos. La experiencia quedó interrumpida con la muerte de Perón al año siguiente. Bajo el gobierno de “Isabelita” se impuso la influencia de la derecha terrorista encabezada por López Rega y se multiplicaron **los atentados de la Triple A**. Comenzó a prepararse la instrumentación de las **políticas económicas “neoliberales”** a través de la gestión del ministro Celestino Rodrigo. La censura y al persecución ideológica a la izquierda se reforzaron. Cuando el 24 de marzo de 1976 un nuevo golpe acabó con el gobierno constitucional, el terreno estaba allanado para la instauración de **una dictadura feroz**, como nunca había existido en Argentina.

El “Proceso” encabezado por Videla, Massera y Agosti fue **la máxima encarnación del terrorismo de Estado**. Mientras se llevaba adelante la **liquidación del Estado de Bienestar** -mediante las políticas neoliberales de la “Escuela de Chicago” aplicadas por Martínez de Hoz, el aluvión de importaciones, la especulación financiera y el endeudamiento externo (“plata dulce”)-, se montó una **colosal maquinaria represiva** en la que las tres fuerzas armadas tuvieron un papel central, secundadas por las



fuerzas de seguridad también militarizadas. Basándose en un decreto del gobierno de Isabelita que ordenaba “aniquilar el accionar de la subversión”, y con la excusa de que el país estaba en guerra contra la “guerrilla apátrida”, se instauró **el exterminio masivo mediante el secuestro de personas (desaparición forzada), su tortura y detención en campos de concentración clandestinos y su asesinato mediante ejecuciones ilegales (fusilamientos, vuelos de la muerte, etc.)**. La represión se extendió a militantes políticos y sindicales, a personalidades de la cultura o referentes sociales, a cualquiera que estuviese en contra de las políticas del Estado terrorista, o que por cualquier motivo resultara sospechoso. La persecución a las ideas y la censura alcanzaron extremos increíbles por lo absurdos, prohibiéndose desde las matemáticas modernas hasta “El Principito”. La propaganda oficial recomendaba usar productos extranjeros en lugar de las creaciones de la industria nacional, tachada de ineficiente. Se propagaba el lema **“el silencio es salud”** para afianzar la autocensura. Se militarizó toda la vida social. Hubo miles de exiliados. Las bandas militares y paramilitares secuestraban, torturaban, saqueaban, se apropiaban de niños. Se secuestraba a obreros y delegados en las fábricas (represión en la Mercedes Benz), a estudiantes que reclamaban por el boleto estudiantil (**la “noche de los lápices”**), a intelectuales críticos (**Rodolfo Walsh**), a abogados que interponían hábeas corpus, a familiares de víctimas que reclamaban (**Azucena Villafior**), a religiosos comprometidos con los pobres (**las monjas francesas, los curas palotinos**), a refugiados políticos de países vecinos (el uruguayo Michelini y demás víctimas del plan de coordinación represiva de las dictaduras del Cono Sur llamado **“Plan Cóndor”**), y a todos se los masacraba sin piedad. A esto había llegado la patria de Belgrano, Moreno y la Asamblea del año XIII. **El General Roca había vuelto patrocinado por Kissinger y el Pentágono, “mejorado” con las experiencias de la Alemania nazi, de las dictaduras de Somoza y demás asesinos latinoamericanos y de las habilidades aprendidas por los represores franceses en Argelia**, que gentilmente vinieron a compartir sus experiencias con los torturadores argentinos.

## **8) Los defensores de los derechos humanos hacen frente al horror.**

Fue en esta noche terrible de la dictadura más asesina que conoció el país cuando se empezaron a organizar, muy lenta y dificultosamente, **los defensores de los derechos humanos**. Un grupo de personas muy minoritario al comienzo, en gran soledad y peligro personal, decidieron oponerse al horror. Algunos de ellos eran militantes políticos o sociales, pero los grupos más destacados, los que más impresión estaban destinados a producir y más celebridad alcanzarían eran **los grupos de familiares de víctimas: las Madres de Plaza de Mayo**, que reclamaban por la “aparición con vida” de sus hijos secuestrados, y **las Abuelas de Plaza de Mayo**, que luchaban por recuperar a los hijos

de los desaparecidos nacidos en cautiverio y entregados a familias de “apropiadores” bajo identidades falsas. Junto a ellas, aparecieron otros organismos: **la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ).** Adolfo Pérez Esquivel, dirigente de éste último, recibiría el Premio Nobel de la Paz como un reconocimiento a la lucha por los derechos humanos en Argentina. Figuras como **Hebe de Bonafini** (Madres), **Nora Cortiñas y Laura Bonaparte** (línea fundadora), **Estela de Carlotto** (Abuelas), **Emilio Mignone** (CELS), **Alfredo Bravo** (APDH), por mencionar sólo algunos entre **decenas de valientes luchadores**, pasarían a convertirse en **emblemas de la resistencia ciudadana al terrorismo de Estado**. Las rondas de los jueves en la Plaza de Mayo por parte de las Madres se convirtieron en el mejor símbolo de esta valerosa lucha, que debe servir de inspiración y orgullo a las generaciones venideras.

Nadie tiene mejor derecho que las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, con sus pañuelos blancos, a reivindicar el honroso título de herederas de la tradición iniciada por Belgrano y Moreno, y las masas populares así se lo han reconocido, entonando en sus marchas y manifestaciones el cántico de homenaje:

“Madres de la Plaza,  
el pueblo las abraza.”

Su demanda de **Verdad y Justicia**, tan arriesgada en los años de plomo, prosiguió en democracia de manera insobornable. El Presidente Kirchner no hizo otra cosa que rendirles un justo reconocimiento cuando se declaró “un hijo” de las Madres.

## 9) El Nunca Más y el Juicio a las Juntas

**El escándalo humanitario de Argentina horrorizó al mundo.** Bajo la presidencia de Jimmy Carter en Estados Unidos hubo preocupación por los extremos de la dictadura genocida, que había gozado del apoyo y solidaridad de verdugos imperiales como Henry Kissinger. En Europa los gobiernos se mostraban estupefactos al conocer la realidad de la represión de boca de los exiliados y en los informes de sus embajadas. La dictadura genocida respondía que todo era una “campaña antiargentina” y organizaba un Mundial de Fútbol y coimeaba a los equipos rivales para asegurar una “Copa” que ayudara a distraer a la población. La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** se constituyó en el país en 1979 para recabar pruebas de las barbaries cometidas y elaboró un informe lapidario de 294 páginas en el que describía un cuadro generalizado y sistemático de violaciones graves a los derechos y libertades fundamentales, advirtiendo que, incluso en situaciones de conmoción interior, los gobiernos no pueden

emplear la ejecución sumaria, la tortura, el secuestro y la denegación de justicia sin caer en terrorismo de Estado. Un relator de fútbol a sueldo de la Armada, de triste memoria, convocaba a las hinchadas a manifestarse contra la CIDH bajo el lema pseudonacionalista de **“los argentinos somos derechos y humanos”**, que bien pronto se multiplicó como calcomanía en los automóviles y las vidrieras. Las dictaduras no pueden existir sin esta cobarde complicidad de la gente asustada o inconsciente. El taxista que ponía en su taxi la consabida calcomanía de la dictadura era el anticipo de los “ciudadanos honestos” que hoy aplauden las propuestas de “mano dura” y “gatillo fácil”. Muchos ciudadanos fingían no saber nada, y proclamaban la frase autoexculpatoria **“algo habrán hecho”** y el tristemente célebre **“no te metás”**. Los periodistas y comunicadores sociales (si es que merecen ese nombre) de los medios copados por la dictadura ayudaban a la cobardía civil con su prédica incesante y su lavado de cerebros. El genocidio no fue la obra exclusiva de Videla y sus esbirros. En Argentina, como en la Alemania nazi, hubo **muchos cómplices**. La complicidad silenciosa (“el silencio es salud”) es el requisito sine qua non del terrorismo de Estado. Sólo dos excusas pueden argüirse a favor de los complacientes: el miedo inspirado por la represión generalizada y la falta de guía, producto de la eliminación sistemática de los activistas. Un general (evocando inconscientemente a Bertolt Brecht) había anunciado que primero irían por los guerrilleros, luego por los activistas y luego hasta por “los indiferentes”.

En los años ochenta, la dictadura empezó a desvencijarse. Apareció la resistencia social y sindical. Hubo las primeras manifestaciones obreras, ferozmente reprimidas. Entonces, cuando ya se caía a pedazos la dictadura terrorista (porque ni siquiera el terror puede prevalecer durante mucho tiempo), apareció la infeliz idea de iniciar una guerra para sofocar el descontento creciente bajo una ola de nacionalismo. Ya en 1979 la dictadura terrorista había estado a punto de entrar en guerra con el Chile de su hermano terrorista Pinochet por el canal de Beagle, sólo evitada por una mediación de último momento del Vaticano. Como bien enseñaba Alberdi, **dictadura militar y guerra van de la mano. Terrorismo de Estado y belicismo son hermanos gemelos**. Ahora se trataba de “recuperar **las islas Malvinas**”: vieja aspiración nacionalista del pueblo argentino. La invasión de las islas ordenada por Galtieri y sus secuaces fue una de las más locas aventuras militares de un grupo de asesinos desesperados por conservar el poder. **Después de una derrota vergonzosa, la Argentina perdió las islas y recuperó la democracia**.

El saldo del llamado “Proceso” fueron treinta mil desaparecidos, quinientos niños secuestrados y alejados de sus familias de sangre, cientos de reclutas de extracción humilde muertos en los combates de Malvinas, una deuda externa enorme, el quebranto económico, la instalación de una cultura del miedo, el abatimiento del sentido de nacionalidad y la degradación institucional más amplia jamás experimentada en décadas

y décadas de gobiernos militares. El pueblo estaba harto y horrorizado y juraba: **“Nunca más”**.

Estas dos palabras fueron, precisamente, las elegidas por la **Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP)** para presentar su informe de la barbarie del terrorismo de Estado. Presidida por el gran escritor **Ernesto Sábato** e integrada por reconocidas figuras de la cultura, los medios y los derechos humanos, la CONADEP había sido creada por el nuevo Presidente democrático **Raúl Alfonsín** (1983-1989) para abordar el problema de las consecuencias de la represión ilegal e investigar sus mecanismos y sus crímenes. **El informe Sábato puso al desnudo una realidad que todavía muchos negaban: la de que los crímenes de la dictadura no habían sido simples “excesos” en la represión sino las consecuencias inevitables de un sistema perfectamente planificado y deliberado para la eliminación de personas.** El “Nunca Más” describió en detalle, sobre la base de una investigación rigurosa, todos los mecanismos del horror, corroborados y ampliados por los juicios posteriores: los campos de concentración clandestinos (centros de detención), las sesiones de tortura, la sustracción de bebés, las desapariciones forzadas, la distribución territorial de manera de hacer aplicable el mismo plan de exterminio a todo el país, las responsabilidades jerárquicas, los “grupos de tareas” encargados de los secuestros, el latrocinio, la disposición de los miles de cadáveres en fosas comunes, entierros clandestinos y arrojamiento al mar o al Río de la Plata desde aviones militares, la cooperación de las fuerzas de seguridad (Camps en la Bonaerense), la complicidad de algunos clérigos (Monseñor Plaza, cura Von Wernich), jueces y civiles. **El “Nunca Más” constituyó un hito en la conciencia colectiva respecto del terrorismo de Estado sólo comparable al Juicio a las Juntas.**

Para comprender la importancia de este hito es necesario recordar hasta qué punto estaba impregnada la mentalidad de la gente común por el discurso ponzoñoso de años de dictadura. Era enorme el número de personas que pensaban que el accionar de la dictadura “estaba bien”, que había que “hacer algo” para acabar con los subversivos, que había habido una “guerra interna”, y que si habían caído algunos inocentes, ese era el precio a pagar en aras de la bendita “seguridad”. La difusión del “Nunca Más” y los testimonios del Juicio a las Juntas implicaron un vuelco total en la conciencia. Sólo los represores y los necios siguieron negando la realidad de los crímenes sistemáticos y del “plan infernal” montado por la dictadura.

El horror producido al profundizarse las investigaciones –el reclamo de **Verdad** se empezaba a concretar– provocó una creciente solidaridad con el otro reclamo que venía del campo de los derechos humanos: la **Justicia**. No se trataba de venganza. Ni la sociedad ni las víctimas querían venganza. Se trataba de Justicia, de sancionar crímenes horribles mediante un juicio y el adecuado derecho de defensa para los imputados. Y

este fue el **segundo capítulo en el proceso de recuperación moral de la Argentina:** un proceso que fue ejemplo en el mundo, el único en Latinoamérica, el que restituyó al país el respeto y la admiración de todas las naciones civilizadas.

En el colmo de la indignidad, los militares se habían “autoamnistiado” bajo la dictadura decadente de Bignone. La democracia anuló inmediatamente esa norma vergonzosa y despejó el camino para el enjuiciamiento de los responsables. En los procesos que se abrieron en todo el país, el horror descrito por el Nunca Más tomó rostros concretos. Los testimonios fueron tan crudos y terribles que toda la sociedad se vio conmocionada.

El **Juicio a las Juntas** (Causa Nro. 13) fue llevado a cabo por la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional Federal de Capital Federal luego de que se reformara el Código de Justicia Militar habilitando una instancia civil para juzgar a los responsables militares (ley 23049 de 1984). Antes de ello hubo un intento fallido de que las tres primeras juntas del Proceso fueran juzgadas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Abocada la Cámara y producidas las pruebas, se arriba después de cinco meses a una sentencia por la cual se condenó a cinco de los nueve acusados, aplicándose perpetua a los genocidas Videla y Massera. Al mismo tiempo, la Cámara ordenó la apertura de juicios a los responsables operativos de la represión ilegal. Es así como en 1986 se inician los juicios a los responsables de cuerpos, zonas y subzonas militares en todo el país, Operaciones Navales, Esma y Policía de Buenos Aires. Ese mismo año, la Corte Suprema de Justicia confirma la sentencia a las Juntas.

## 10) Las leyes y decretos de impunidad

Este proceso fue lamentablemente interrumpido por la debilidad de la dirigencia política. Raúl Alfonsín, que había conquistado el apoyo mayoritario con su política de Derechos Humanos y merecido un lugar de máximo honor en la historia, cedió de manera indecorosa a las presiones militares. Su primera claudicación grave fue el dictado de la ley 23.492, llamada de **“Punto Final”** a fines de 1986. Por ella se establecía un plazo de caducidad de sesenta días, luego de los cuales los represores no podían ser citados a indagatoria. Esto produjo un efecto inverso al buscado, porque el Poder Judicial no quiso aparecer como responsable de la impunidad y aceleró los procesamientos habilitando la feria judicial, con lo que llovieron las citaciones. En consecuencia, tuvo lugar el acuartelamiento de Aldo Rico y los carapintadas en Semana Santa de 1987, reclamando impunidad, y la negativa de los militares “leales” a reprimir. Alfonsín negoció una solución de compromiso que pasaría a la posteridad con su afirmación de que “la casa está en orden” y su saludo deseando “Felices Pascuas” a la multitud que durante cuatro días se había movilizado

en las plazas de todo el país para defender el gobierno democrático. Nunca un dirigente tan rodeado de prestigio perdió su poder de manera tan abrupta. A partir de ese momento, el gobierno de Alfonsín fue una sombra, y concluyó sus días en medio de una conmoción social desatada por la hiperinflación y el descrédito.

Los “carapintada”, militares que habían ejercido responsabilidades secundarias en la represión ilegal, lograron el objetivo de arrancar, con su levantamiento, concesiones gravísimas para impedir el avance de los juicios en su contra. Estas concesiones se expresaron en la ley 23.521 llamada de “**Obediencia debida**”, duro golpe a la democracia y al reclamo de Verdad y Justicia, la cual establecía una presunción de derecho de que los militares, de Coronel o su equivalente para abajo, habían actuado en la represión ilegal “cumpliendo órdenes” y que no habían podido examinar la legitimidad y validez de las mismas al cometer asesinatos, torturas, secuestros y otros actos atroces y aberrantes. Sólo quedó excluida de esta presunción la apropiación de menores y la sustitución de identidad. Tal norma oprobiosa fue declarada “constitucional” por la Corte Suprema por considerar que establecía una “causa objetiva de exclusión de la pena”. En su voto disidente, el ministro Baqué señaló que vulneraba el artículo 18 de la Constitución, que prohíbe tormentos y azotes, y la Convención contra la Tortura. Pero esta opinión, compartida por la Cámara Federal de Bahía Blanca –que declaró la inconstitucionalidad– quedó desestimada, y las leyes de impunidad terminaron limitando los enjuiciamientos a unos pocos militares de alta graduación, jefes de cuerpo y de zona.

No contentos con esto, los carapintadas reclamaron una reivindicación de la “guerra sucia”. En enero de 1988 Rico volvió a sublevarse en Monte Caseros, y a fines de ese año Seineldín produjo otro alzamiento. En enero de 1989, un grupo armado izquierdista –fogueado al parecer por operadores de la inteligencia represiva– copó el regimiento de La Tablada con el objetivo de “impedir un golpe de Estado”, lo que dio a los militares la oportunidad de reprimirlos brutalmente y presentarse como los “guardianes del orden”. Siempre estas aventuras trasnochadas terminan favoreciendo a los represores.

**El cuadro de impunidad se completó con los decretos de indulto del presidente Menem.** En 1989 indultó a los **procesados**: los militares que todavía estaban en juicio pese a las leyes de impunidad, y algunos civiles de organizaciones armadas, y clausuró los juicios pendientes. Fueron cuatro decretos: el 1002 a favor de represores como Riveros, Suárez Mason, Sasiaiñ y otros; el 1.003 para ciertos represores uruguayos, dirigentes montoneros, y hasta personas que habían estado desaparecidas, como Graciela Daleo, quien se negó aceptar el indulto; el 1.004 para los carapintadas de Semana Santa, Monte Caseros y Villa Martelli; y el 1005 para los responsables de Malvinas: Galtieri, Anaya y Lami Dozo. Una vez más, la Cámara Federal de Bahía

Blanca se pronunció por la inconstitucionalidad de tales medidas en relación a los represores. La Corte Suprema no sólo las avaló sino que, ante el planteo de Graciela Daleo de que se violaba su derecho a ser juzgada y la presunción de inocencia, resolvió que se trataba de un beneficio “irrenunciable” por ser una potestad discrecional del Poder Ejecutivo.

En diciembre de 1990, Menem prosigue con su política de “pacificación”, que lo llevó a abrazarse con el almirante Rojas –derrocador de Perón y gorila célebre- y con los Alsogaray, Aleman y demás personeros de la oligarquía, y procede a indultar a los **condenados judicialmente**: por decreto 2.741, a los integrantes de las tres primeras juntas del Proceso, Videla, Massera y compañía; por decreto 2742, a Firmenich; por decretos 2.743 al 2.746 a ciertos dirigentes peronistas con causas pendientes, a Martínez de Hoz y a Suárez Mason, por una causa no prevista en el indulto anterior, y también a presos comunes, mezclando la Biblia con el calefón. Ambas tandas de indultos dejaron sin castigo a unas 1.200 personas. El gobierno presionó a los fiscales para que no plantearan la inconstitucionalidad de los nuevos decretos y removió a los que se negaban a obedecer. Se cierra así el cuadro de impunidad total. **Menem pasará la historia, no sólo como el instrumentador de las políticas neoliberales de exclusión y desmantelamiento del Estado para su entrega al capital extranjero, sino también como el presidente democráticamente elegido que intentó consagrar la impunidad de las mayores violaciones de derechos humanos de que se tuviera memoria en estas tierras.** Si Alfonsín había hecho concesiones inaceptables por sus vacilaciones y contradicciones y por temor a ver interrumpido el incipiente proceso democrático, Menem actuó con plena convicción ideológica a favor de la impunidad. **“El indulto me lo banco yo”** fue la frase que eligió para adoptar estas medidas profundamente impopulares, a las que se oponían, según encuestas de la época, siete de cada diez personas en el caso de los ex comandantes y ocho de cada diez en el caso de Firmenich.

## 11) La Constitución de 1994.

Cabe aquí mencionar brevemente **la reforma constitucional de 1994**. Fruto del llamado **“Pacto de Olivos”** entre Menem y Alfonsín, esta reforma tenía como finalidad habilitar la reelección del primero. El radicalismo se prestó a ella especulando que podría obtener a cambio algunas concesiones institucionales. De un típico acuerdo de cúpulas surgió la convocatoria a una Convención reformadora, que sesionó en Paraná. Por su intermedio se introdujeron una serie de innovaciones en el funcionamiento de los poderes: la elección directa del presidente y los senadores, un peculiar “ballotage” en caso de no obtenerse cierto piso de votos, el jefe de gabinete, la reducción del período presidencial a cuatro años y la reelección, el tercer senador por la minoría, el Consejo

de la Magistratura para dar mayor transparencia al proceso de designación y remoción de magistrados, etc. Pero lo verdaderamente importante a los fines de este manual es la incorporación de **derechos de tercera generación** (a un ambiente sano, de usuarios y consumidores), garantías como **el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data**, mecanismos de participación popular directa y **la jerarquización constitucional de tratados y convenciones internacionales de derechos humanos**. Este último fue su principal logro en la materia.

La reforma de 1994 fue muy criticada por su origen cupular y por la creciente crisis del bipartidismo. El Pacto de Olivos tuvo como consecuencia el surgimiento del Frepaso y la búsqueda de una alternativa al co-gobierno de radicales y peronistas. Sin embargo, desde el punto de vista normativo, sirvió para actualizar una Constitución que atrasaba siglo y medio. Y al reconocer la importancia del Derecho Internacional de los derechos humanos, sentó las bases de un cambio fundamental que se expresaría –a despecho de la voluntad de sus promotores- en el fin de la impunidad.

## **12) Derogación y anulación de las leyes de impunidad, juicios por la verdad y reanudación de los juicios a represores.**

Desde los indultos, la lucha por Verdad y Justicia sólo se mantuvo viva **gracias a la obstinada y heroica lucha de las víctimas del terrorismo de Estado, sus familiares y las organizaciones de derechos humanos**. Las Abuelas de Plaza de Mayo, que habían logrado que el derecho a la identidad fuera reconocido por una Convención internacional, consiguen que Videla vuelva a la cárcel por los delitos de apropiación de menores y supresión de identidad. Asimismo, gracias al desarrollo de técnicas de identificación genética, permiten que **casi un centenar de los quinientos niños apropiados por los represores recuperen sus nombres, su historia y sus familias**. La agrupación **H.I.J.O.S.**, integrada por descendientes de los desaparecidos, populariza los **“escra-ches”** contra represores impunes **como forma de patentizar la sanción moral y social que no pudo ser traducida en condena judicial**. Varios casos son llevados en forma autónoma a la Justicia en aras de conocer el destino final de los desaparecidos y recuperar sus restos. Se avanza en la identificación de cadáveres **“NN”** con el auxilio de la antropología forense. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a través de distintos fallos que el **“deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida”**, y admite el **“derecho a la verdad”** como un derecho protegido por el sistema interamericano, incluso en aquellos casos en que por cualquier circunstancia no se pudiera arribar al juzgamiento y condena de los culpables. Este derecho, que comprende el de **“conocer integralmente” lo sucedido**, es reconocido como un **derecho colectivo**, ya que toda la



sociedad está interesada en el triunfo de la verdad ante violaciones graves a los derechos humanos. En una serie de casos (“Suárez Mason”, “Urteaga contra Estado Mayor Conjunto”, etc.) se plantea el reclamo de verdad ante la justicia. El nombrado en primer término, impulsado por Carmen Aguiar de Lapacó, llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde, tras un acuerdo con el gobierno argentino (15/11/1999), éste acepta y garantiza “el derecho a la verdad, que consiste en **el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas**”, obligación que se mantiene de manera “**imprescriptible**” hasta tanto no se obtenga la información buscada. Se crea un cuerpo especial de fiscales y el proceso es supervisado por organismos de derechos humanos. Se inician, de esta manera, los llamados “**Juicios por la Verdad**” en La Plata, Mar del Plata, Bahía Blanca, Córdoba, Mendoza y Ciudad de Buenos Aires.

A partir de las confesiones del “arrepentido” Adolfo Scilingo, que admite públicamente los “vuelos de la muerte” se había agitado nuevamente el reclamo de justicia, e incluso se abrieron causas en el extranjero contra represores argentinos: el juez español Baltasar Garzón invocó para ello el derecho internacional de derechos humanos.

En 1998, en un gesto más simbólico que efectivo, el Congreso **derogó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida** (ley 24.952). En 2003, con Kirchner en la Presidencia, se declaró por **ley 25.779** que tales normas son **insanablemente nulas y sin efecto jurídico alguno**. La nulidad de las leyes de impunidad fue confirmada por la Justicia a través de diversos fallos que consideraron a la misma avalada por las normas constitucionales y por los Tratados y convenciones internacionales.

Dos decisiones de la Corte –renovada bajo la presidencia de Kirchner– merecen recordarse. En el caso “Arancibia Clavel” (2004), ex agente de inteligencia chileno acusado de formar parte de un plan de tortura, secuestro y asesinato que incluyó la muerte del general chileno Carlos Prats y su esposa en Buenos Aires en 1974, la Corte ratificó su procesamiento porque ese delito era **de lesa humanidad** y por tanto imprescriptible. En el caso “Simón” (2005), se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final, de acuerdo a la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Barrios Altos”, que juzgó **inadmisibles la amnistía, la prescripción y toda medida que impida la investigación y sanción** de los responsables de violaciones de los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales y las desapariciones forzadas.

Todo ello, junto a **la lucha de las víctimas y la firme decisión del gobierno de Kirchner**, produjo la reanudación de las causas inconclusas, y comenzaron a dictarse sentencias condenatorias a destacados personeros de la represión ilegal. Algunos volvieron a ser privados de una libertad que nunca debían haber recuperado y otros, como

el cura Von Wernich o Etchetcolatz, pudieron finalmente ser juzgados y condenados. La reanudación de los juicios produjo pánico en los represores, quienes comenzaron a conspirar para impedir el avance de los mismos y se encolumnaron detrás de figurones como Blumberg o la ignota mujer de un militar relevado, que saltó a una efímera celebridad por agredir verbalmente al Presidente. La desaparición en 2006 de **Jorge Julio López** –testigo fundamental en la condena de Etchecolatz- se inscribe en el marco de una tentativa desesperada de los represores por frenar los juicios y atemorizar a los testigos.

El último paso en la lucha contra la impunidad ha sido **la declaración de inconstitucionalidad de los indultos a represores**. Existieron diversos proyectos de ley intentando anularlos, y fallos de jueces inferiores y Cámaras de Apelaciones en causas contra ex represores por los cuales se declaró la inconstitucionalidad de tales decretos por contravenir el Derecho Internacional. El propio presidente Kirchner, al cumplirse treinta años del golpe militar, sostuvo la necesidad de anular los indultos en el Colegio Militar, y dijo a la Corte Suprema: “Espero que proceda y a fondo”. En un recordatorio de la masacre de Margarita Belén, en 2007, volvió a reclamar “como simple ciudadano” un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Finalmente, ese mismo año, en un fallo histórico (“**Mazzeo**”), la Corte declaró inconstitucional el decreto de indulto 1002/89, en una causa seguida contra el ex general Santiago Riveros, quien tenía en su haber más de 40 procesamientos por crímenes de lesa humanidad en el país y uno en la Justicia italiana. La mayoría de la Corte –jueces Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda y Highton- consideró que el perdón presidencial resulta inaplicable a los **responsables de delitos de lesa humanidad**, más allá de si el beneficiario tiene condena firme o se encontraba procesado. “Los delitos de lesa humanidad –expresó-, por su gravedad, son contrarios no sólo a la Constitución Nacional, sino también a toda la comunidad internacional, razón por la cual la obligación que pesa sobre todos los Estados de **esclarecerlos e identificar a sus culpables** surge también de los tratados internacionales” y no puede ser desconocida por leyes ni perdones presidenciales. Lo contrario equivale a una “renuncia a la verdad” y a la “desarticulación” de los medios que permiten “**evitar la impunidad**”.

**“Argentina es el único país en el cual una Corte local ha aplicado el derecho internacional para perseguir delitos de lesa humanidad”**, comentó el jurista Ricardo Gil Lavedra, al conocerse el fallo. Y Andrés Gil Domínguez agregó: “Estamos siguiendo lo que se estableció después de la II Guerra Mundial con los juicios de Nuremberg y Tokio aprobados en Naciones Unidas”

El impacto de esta decisión recae sobre todos los beneficiados por indultos acusados o condenados por crímenes de lesa humanidad, esto es: cometidos desde el Estado o por integrantes de fuerzas de seguridad, excluyendo a miembros de organizaciones

armadas. **La Secretaría de Derechos Humanos se presentó como querellante en una causa contra Videla y Massera invocando este fallo.**

Se estima en varios centenares los militares o ex militares detenidos, sobre un total de unos mil enjuiciados por crímenes de lesa humanidad. Algunas causas ya fueron elevadas a juicio oral, y muchos de los acusados cumplen arresto domiciliario por el robo de hijos de desaparecidos, como es el caso de Videla.

### **13) Violaciones de derechos en democracia.**

La problemática de derechos humanos de la democracia abarca dos grandes grupos de cuestiones. El primero, como ya vimos, son **las consecuencias del terrorismo de Estado**, y se lo puede englobar bajo el título **“Memoria, Verdad y Justicia”**. Implica aspectos tales como la prosecución de los juzgamientos, la reparación integral, la recuperación de hijos de desaparecidos, y la preservación de la memoria histórica.

El segundo grupo son **las violaciones de derechos humanos en democracia**, o lo que algunos llaman “desafíos actuales”, queriendo significar con ello, no que las cuestiones antes citadas carezcan de actualidad (todo lo contrario, poseen una actualidad innegable porque sus consecuencias se prolongan en el presente), sino que la defensa de los derechos humanos se extiende también a otras formas de vulneración que incorporan día a día nuevas víctimas. Por ejemplo:

**1) Violaciones derivadas del modelo económico neoliberal y sus consecuencias de exclusión** (déficit en materia de alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo, integración social). Éstas dieron lugar a los primeros movimientos de resistencia popular frente al neoliberalismo impuesto por Menem y el surgimiento de las organizaciones sociales como expresión de lucha de los excluidos;

**2) Violaciones derivadas de la pervivencia de prácticas represivas en democracia** (represión policial e institucional, gatillo fácil, torturas y abusos policiales, “maldita policía”, desconocimiento de los derechos individuales en el proceso penal y en las cárceles y lugares de detención). También ellas produjeron la reacción organizativa popular, generando organismos de derechos humanos de nuevo tipo abocados a estas problemáticas específicas. De tales experiencias nos ocuparemos en la tercera parte;

**3) Violaciones de los “nuevos derechos”** de usuarios y consumidores y a un ambiente sano. Los primeros se instalaron con importancia a partir de las políticas privatistas de Menem y la concentración de los servicios públicos en monopolios, originando el auge de nuevas formas organizativas y acciones contra las empresas privatizadas. El segundo adquirió relevancia con la toma de conciencia frente a la degradación

ambiental, y será objeto de tratamiento tanto en la tercera como en la cuarta parte del libro;

**4) Violaciones derivadas de prácticas culturales insuficientemente combatidas por el Estado**, entre ellas la discriminación. Dentro de este rubro se advierten avances en materia de **género**, con la creciente participación política de la mujer (ejemplo paradigmático fue la elección presidencial de Cristina Kirchner), y con la persecución de formas concretas de opresión de género: -acoso sexual en el trabajo y violencia familiar-, mediante nuevas normativas y organismos de asistencia, sin que, empero, se haya logrado revertir el cuadro de discriminación y abuso, al punto tal que un importante porcentaje de víctimas femeninas de violencia, lesiones y homicidio siguen siendo mujeres agredidas por sus parejas o allegados. A ello se agrega **la prostitución y la trata de mujeres** por redes mafiosas con protección política o policial. Incipientes organizaciones de víctimas empiezan a demandar una respuesta a esta vergonzosa realidad, que incluye el secuestro, cautiverio, explotación y asesinato de mujeres.

En cuanto a otras modalidades discriminatorias **-la xenofobia y la discriminación por raza, religión, orientación sexual, enfermedades como el SIDA y discapacidades físicas o mentales-**, la lucha contra ellas es una tarea constante al persistir prácticas que van desde el maltrato y palizas en los boliches (caso de Martín Castelucci asesinado por patovicas) hasta el resurgimiento esporádico de expresiones de la ideología nazi. Se operaron importantes avances en materia de discriminación a portadores de HIV u homosexuales, pero en otros aspectos, como el odio y explotación a inmigrantes de países limítrofes, aborígenes y “villeros”, se mantiene incólume la cultura discriminatoria. Organismos como el **Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)** han permitido canalizar denuncias y efectuar acciones de concientización social.

Una forma eficaz de combatir la discriminación son las medidas de **“discriminación positiva o inversa”**, también llamadas **“acciones positivas”**, que tienden a una igualación paulatina de los grupos afectados mediante normas que contrarrestan de manera específica la discriminación social. El mejor ejemplo es el “cupos femeninos”, que obliga a incluir en las listas políticas y sindicales un porcentaje mínimo de candidatas mujeres. Este sistema tiene una importancia fundamental a la hora de asegurar una participación femenina creciente y destruir prejuicios y hábitos nocivos. La Constitución reconoce las acciones positivas en los artículos 37 y 75 inciso 23.

Dentro del cuadro de violaciones graves a los derechos humanos en democracia se cuentan la reducción a servidumbre de inmigrantes ilegales, el tráfico de niños y la marginalización y despojo de los aborígenes.

El desamparo de la niñez y adolescencia, los chicos de la calle, desnutridos o privados de asistencia, las falencias del sistema educativo, la pedofilia, la prostitución y el trabajo infantiles, y las relaciones familiares desarticuladas constituyen fuentes de violaciones permanentes a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Esta multiplicidad de temas requiere un tratamiento pormenorizado que escapa a las posibilidades de este Manual. Baste la reseña para dar una idea de la larga lista de temas a abordar desde una óptica integral de los derechos humanos. Ellos constituyen el desafío de las organizaciones de derechos humanos tradicionales y de las de nuevo tipo surgidas para problemáticas específicas, como la violencia institucional, los derechos del niño y el adolescente, minorías sexuales, discapacitados y pueblos originarios.

#### **14) El gobierno de Kirchner y los Derechos Humanos como política de Estado.**

Cabe consignar siquiera unas palabras sobre el gobierno de Néstor Kirchner. Fue la primera vez en la historia argentina que **los Derechos Humanos se convirtieron en punto central de la política estatal.**

No pretendo significar que su presidencia no haya tenido deudas. Hacia el final de la misma todavía ocurrían hechos injustificables: la desnutrición de aborígenes en el Chaco o el déficit en la distribución de la riqueza. Sin embargo, errará considerablemente quien espere de un gobierno la solución a todos los problemas, máxime cuando los que debió enfrentar al asumir su cargo eran tan vastos e imperiosos.

Kirchner afirmó que no llegaba a la Casa Rosada para dejar los ideales en la puerta. Y lo cierto es que cumplió en una medida incluso más amplia de lo esperable, teniendo en cuenta la larga lista de defraudaciones a la expectativa popular que había signado la historia argentina.

**Kirchner hizo de los Derechos Humanos una política de Estado.** Lejos de renegar de su pasado militante, dejó en claro desde un comienzo que se identificaba con la juventud de los setenta, con sus aciertos y errores. Y gobernó con el firme propósito de **no ceder ni transigir en cuestiones fundamentales.** Gracias a Kirchner quedó restablecida la confianza en el sistema democrático. Basta recordar el profundo descreimiento popular y el discurso antipolítico que predominaba antes de su asunción para comprender hasta qué punto introdujo un cambio cultural.

Recuperó algo más importante que la confianza en la política: la **autonconfianza del pueblo**, el sentido de comunidad y nacionalidad, el orgullo nacional que había sido sistemáticamente atacado por los personeros de la sumisión. Antes de Kirchner era frecuente oír hablar de la Argentina como de una condena impuesta a sus habitantes; los

símbolos nacionales eran objeto de menosprecio; el país estaba moralmente de rodillas (**“el enemigo parece más grande si se lo mira de rodillas”, decía San Martín**), y las ideas autoflagelatorias eran comunes, llegando incluso a afirmarse, por algún trasnochado, que “la única salida era Ezeiza”, o que la economía debía ser manejada por “una comisión de expertos extranjeros”, según propuso un funesto gurú de Wall Street. Kirchner rompió con el pensamiento único impuesto por Washington, el imposibilismo y el pesimismo. Al trabajar sobre la autoestima del pueblo, dio bases morales a un **renacer de la conciencia nacional**.

Su política exterior latinoamericanista impulsó al **MERCOSUR** y la **alianza estratégica** con el Brasil de Lula, la Venezuela de Chávez y la Bolivia de Evo Morales. Dejó a un lado la vergonzosa doctrina menemista de las “relaciones carnales” con Estados Unidos y demostró que era posible plantarse con firmeza frente a la superpotencia. Se opuso al ALCA y a los tratados bilaterales de libre comercio y sostuvo la conformación de un bloque latinoamericano en lo económico y en lo político. Esto parecía una utopía en el continente de las dictaduras antinacionales y las oligarquías cipayas.

La firme negociación con el Fondo Monetario Internacional y con los acreedores privados restableció la capacidad de decisión en materia económica, **requisito del ejercicio real del derecho a la autodeterminación de los pueblos**. El FMI dejó de ser un factor decisivo a la hora de adoptar medidas económicas y financieras.

La recuperación de la economía que siguió a tales decisiones permitió reducir la pobreza y la indigencia en forma notable, así como la plaga del desempleo. **Los derechos sociales y la integración de los excluidos volvieron a ser posibles**.

Kirchner recibió a las Madres de Plaza de Mayo y se abrazó con ellas. Anuló las leyes de impunidad. Recuperó la Justicia al conformar una nueva Corte Suprema independiente. Promovió la lucha por Verdad y Justicia y propició la reanudación de los juicios contra los represores.

Se fue ganando la estimación de los luchadores por los derechos humanos con una serie de gestos que no por simbólicos dejaban de tener importancia. Ordenó retirar los retratos de los dictadores que se exhibían en el Colegio Militar como un desafío a la democracia. Subordinó a las fuerzas armadas. Recuperó la ESMA para la memoria histórica. Permanecerán para siempre en mi recuerdo los momentos en que me paseé, junto a miles de personas, por las salas y los patios de la tenebrosa ESMA. El pueblo tomaba posesión de ese lugar infernal en donde tanta gente sufrió y encontró la muerte. Vi los rostros de los antiguos torturados, conmovidos hasta las lágrimas, los de los hijos de desaparecidos, los de las Madres. Recién entonces sentí que empezaba a hacerse realidad el Nunca Más. Los defensores de derechos humanos, que habíamos trabajado siempre

enfrentados al Estado, nos sentimos por primera vez integrados y respaldados por éste.

Kirchner no reprimió a piqueteros, manifestantes o huelguistas. Respetó el derecho de petición y las libertades democráticas. Otorgó reparaciones a las víctimas de variados atropellos y redignificó a los jubilados.

Sólo el caso irresuelto de Jorge Julio López, que revela imprevisión, quedó como una mancha. Pero ello no desmerece los logros de un gobierno que ha valido a Kirchner, con toda justicia, ser reconocido como **el presidente defensor de los Derechos Humanos por excelencia.**

## PARTE TERCERA

### DERECHOS INDIVIDUALES Y CONSTITUCIÓN. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS. DELITOS Y PENAS

#### 1) La Constitución recoge las tres generaciones de derechos.

Estimadas compañeras y compañeros:

Una buena manera de profundizar el análisis de los derechos humanos es pasar revista a la forma en que están recepcionados en nuestra Constitución, la que, como dijimos, consagra de diversa manera **las tres generaciones de derechos**.

En esta parte nos ocuparemos de algunas consideraciones generales relativas a los derechos tal como los trata la Constitución, y más específicamente, de los **derechos individuales consagrados en 1853**. Dentro de ellos, dedicaremos especial atención, por la importancia de las vulneraciones que han ocurrido en Argentina, y por las que todavía algunos desean ver reimplantadas a través de las campañas de “mano dura”, a los **derechos y garantías del individuo en el proceso penal**, a algunos aspectos del derecho penal, a la ejecución de las penas, las ejecuciones extrajudiciales, la prisión, la tortura y la pena de muerte.

#### 2) La Constitución es un sistema armónico de libertad, igualdad y dignidad para garantizar el respeto a los derechos humanos.

Se ha dicho que la Constitución representa un esquema de ordenada libertad. Podemos sostener, con mayor precisión, que sus valores implícitos son los de **libertad, igualdad y dignidad de la persona humana**. Estos valores sirven no sólo como explicación de las normas sino también como **pauta interpretativa**.

Desde el punto de vista de la organización de los poderes, se inspira en el modelo norteamericano de sistema representativo, federal, presidencialista, con división neta de poderes, un poder judicial independiente y el clásico sistema de frenos y contrapesos que crearon los constituyentes norteamericanos. Ello favorece el respeto a los derechos humanos en la medida en que toda limitación de poder lo hace. Pero no nos vamos a ocupar aquí del diseño de los poderes, sino de las normas directamente vinculadas con los derechos humanos.

Conviene hacer dos aclaraciones iniciales, comunes a todos los derechos. La primera es un principio interpretativo, expresado de manera insuperable en **el artículo**



**treinta y tres:** *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*. Normas como la antedicha son frecuentes en el ámbito de los derechos humanos. Pactos y convenciones internacionales cuentan con cláusulas similares. Se refirma con ellas que toda declaración o tabla de derechos es **meramente enunciativa y no taxativa**. ¿Para qué? Para que nadie se confunda y entienda que algún derecho no rige por el mero hecho de no haber sido mencionado. Pero además, esta norma es consecuencia de la teoría contractualista, según la cual los hombres conforman Estados renunciando a pequeñas porciones de su libertad pero conservando todo aquello que no han delegado expresamente. Esto quiere decir que lo que debe estar mencionado de manera expresa son los poderes delegados por el pueblo, no los derechos. Los derechos se presumen. Las libertades son preexistentes, y siguen en vigor siempre que no haya habido renuncia o limitación expresa. O dicho de otro modo: en caso de duda, se debe estar por la vigencia de una determinada libertad o derecho.

### **3) Derechos expresos e implícitos. El principio de reserva como reafirmación tajante de nuestra libertad.**

Ello nos conduce a una primera conclusión: hay dos tipos de derechos constitucionales, los expresamente reconocidos en una norma y aquellos que, sin haber sido proclamados, son consecuencia de la filosofía política y jurídica adoptada por la Constitución. Estos últimos se llaman **“derechos implícitos”**.

Por ejemplo: en ningún artículo la Constitución de 1853 habla del derecho a la vida, a la integridad física y a la honra. Se trata de tres derechos fundamentales del ser humano, y el primero de ellos es quizás el más importante, ya que es la base de todos los demás. Sin embargo, el que la Constitución no los mencione no quiere decir que no los reconozca. Por el contrario, **los da por sobreentendidos**.

Una consecuencia de este criterio es el llamado **“principio de reserva”**, que aparece consagrado en **el artículo diecinueve**: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

La primera parte del artículo es una protección frente a la intromisión de la ley en la vida privada. La vida privada de cada uno es, efectivamente, un ámbito que cada uno ha reservado para sí, y las consideraciones de índole moral particular quedan fuera

de discusión, ya que *el Estado no tiene por qué meterse en los pecados particulares de los hombres*, sino sólo en aquellas acciones que trascienden lo privado y perjudican a la sociedad o a “un tercero”. Como se ve, la Constitución rechaza la tentación paternalista “moralizante” tan común en los viejos Estados, particularmente en los de ideología religiosa o “confesionales”, y defiende la libertad. Esto se relaciona con aquello que sostenía Pericles en su famosa Oración Fúnebre: que los atenienses respetaban la vida privada de sus vecinos y dejaban que cada cual siguiera su propio camino para ser feliz.

En la segunda parte del artículo se establece otro principio interpretativo que en el mundo del derecho se resume en la máxima **“lo que no está prohibido está permitido”**. A primera vista se trata de una verdad de Perogrullo, de una tautología: decir que algo no está prohibido es lo mismo que decir que está permitido. Sin embargo, no es ninguna perogrullada, sino otra reafirmación tajante del principio de libertad. Como todo individuo se reserva su libertad en la parte no cedida al Estado, toda prohibición o restricción debe ser expresa. Pero esto quiere decir, además, que mientras no haya una ley que ordene realizar alguna acción o la prohíba, ninguna autoridad puede arrogarse la facultad de ordenarla o prohibirla por su propia iniciativa. *Quien manda o prohíbe es la ley, no las personas*, aunque estén revestidas de autoridad.

Nos hemos acostumbrado a vivir en libertad gracias a las últimas décadas de democracia, y todo esto nos parece evidente. Y sin embargo, el respeto al artículo diecinueve ha sido la excepción y no la regla en nuestra historia. Tomemos un ejemplo. En tiempos de Onganía había costumbres tales como las “peluquerías policiales”: cualquier agente se arrogaba la facultad de “pelar” a cualquier joven pelilargo que cayera en sus manos. También en los años sesenta adquirió celebridad un Jefe de Policía (Margaride) que allanaba albergues transitorios y comunicaba sus hallazgos a los cónyuges de las personas sorprendidas en adulterio. Hubo épocas en que estaba prohibido conducir automóviles en malla de baño y los bañistas tenían que cambiarse en la playa. Tales prácticas lesionaban la libertad personal de una manera intolerable. Pero la gente estaba acostumbrada a vivir bajo el autoritarismo, y éste se multiplicaba en abierta violación de la Constitución sin que a nadie le llamara la atención. En años más recientes, cuando yo estudiaba, los profesores se encarnizaban conmigo por no usar saco y corbata; todavía hoy hay quienes pretenden dictar la forma en que deben vestirse o conducir su vida sexual otras personas; o que desconocen el derecho de un paciente a rehusar un tratamiento médico. Se trata de pequeñas interferencias en la esfera de autonomía de los individuos, que podrán parecer menos graves que otras violaciones de derechos; pero quienes deseen saber lo que sucede cuando el Estado interfiere con la privacidad deberían ver el film alemán “La vida de los otros”, que relata el espionaje doméstico llevado a cabo por la Stassi o policía secreta de la Alemania del Este. Se comienza por el pelo o

la corbata y se termina invadiendo las alcobas y los pensamientos, como pronosticaba Orwell con el “Gran Hermano” de su novela antiutópica “1984”.

En el conocido fallo **“Bazterrica”** (1986), la Corte Suprema de Justicia hizo una encendida defensa del derecho a la privacidad al declarar inconstitucional la penalización de la tenencia de droga para consumo personal. Esta doctrina fue luego abandonada por la Corte menemista. Pero lo que nos interesa aquí no es el consumo personal en sí sino algunos conceptos del fallo Bazterrica referentes al artículo 19 y la prohibición del interferir con las conductas privadas, la que, en opinión de la Corte, **“responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos elijan”** (voto mayoritario). En su voto individual, el ministro Petracchi destacó además que “el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial **para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen.**” Y más adelante agregó: “Nuestro país está resurgiendo de cincuenta años de vaivenes políticos durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia (...) Esa sucesión de períodos autoritarios se caracterizó por **la proliferación de prohibiciones como único recurso para el control de las relaciones sociales.** Así, por razones de la misma índole, podían castigarse no sólo la tenencia de una cantidad de droga correspondiente al consumo personal, sino también la circulación de ciertos libros y publicaciones, el acceso a la exhibición de ciertas vistas cinematográficas, el uso de faldas cortas o pelos largos, y toda una amplia ristra de prohibiciones que determinaron, al cabo, que nadie tuviera muy en claro en qué consistía, de existir, el marco de su libertad individual (...) No menos perentorio y esencial que combatir la proliferación de drogas (...) resulta afianzar la concepción ya consagrada en nuestra Carta Magna según la cual el Estado no puede ni debe imponer ideales de vida a los individuos (...) **Deberemos comprender y encarnar la idea de que es posible encarar los problemas que se nos presenten sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual si queremos prevenir eficazmente el riesgo de echar por tierra a nuestro sistema institucional cada vez que nuestros problemas como sociedad se tornen críticos”.**

#### **4)La reglamentación de los derechos.**

Cabe mencionar otro aspecto común a los derechos que se encuentra en dos artículos: el **catorce y el veintiocho**. El primero enumera una serie de derechos de que gozan los habitantes “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”. Ello quiere

decir que los derechos pueden ser “reglamentados”, que las leyes pueden establecer la forma y las condiciones en que se ejercen. Esta es una facultad indispensable de cualquier orden jurídico-político. Ahora bien: tal facultad “reglamentaria” o poder de policía –como también se lo llama- conoce un límite. Lo fija el artículo veintiocho, que dice así: **“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”**. ¿Cuándo las leyes alteran los derechos y garantías que reglamentan? Cuando fijan límites a esos derechos que los convierten en imposibles o irrisorios o que afectan su misma esencia. Toda reglamentación o limitación de un derecho, para no ser inconstitucional, tiene que cumplir con una pauta: la razonabilidad. Cualquier reglamentación que va más allá de lo “razonable” es violatoria de la Constitución.

¿Esto quiere decir que si una ley no reglamenta un derecho el mismo no puede ser ejercido? De ninguna manera. El derecho es plenamente vigente aunque las autoridades no lo hayan reglamentado. La mora de las autoridades no puede perjudicar a los titulares del derecho. No faltan juristas que no acuerdan con tal interpretación, pero, al ser la más favorable a la vigencia de los derechos, debe ser preferida.

## 5) Breve repaso de las normas constitucionales.

Dicho esto, pasemos a examinar las normas. Empecemos por el famoso **Preámbulo**, que data de 1853. En él se dice que el Congreso General Constituyente dicta la Constitución con una serie de objetivos, algunos de ellos relacionados con los problemas históricos de desunión y guerra civil (constituir la unión nacional, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común), y otros más específicamente vinculados con los derechos humanos, como el propósito de **“afianzar la justicia”** (tomemos nota en relación a las “leyes de impunidad”), **“promover el bienestar general”** (tomemos nota para cuando hablemos de los derechos sociales) y **“asegurar los beneficios de la libertad”**. Tales objetivos se persiguen para las generaciones presentes y futuras “y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”: fórmula de hospitalidad propia del ideario favorable a la inmigración extranjera, pero además indicadora del **principio de igualdad**.

El **artículo cinco** reconoce a cada provincia la facultad de dictarse su propia Constitución, pero al hacerlo deberá respetar el sistema republicano y los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, así como asegurar “su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”, constituyéndose el gobierno federal en el garante del goce y ejercicio de tales instituciones (garantía federal). En la práctica, algunas provincias sancionaron constituciones más avanzadas en

cuanto al reconocimiento de derechos y la consagración de canales de participación popular y formas de democracia directa o semidirecta. Esto es así porque la Constitución se limita a fijar estándares mínimos.

El **artículo ocho** equipara en derechos a todos los habitantes de las distintas provincias y es otra manifestación del principio de igualdad.

El célebre **artículo catorce** establece los siguientes derechos individuales: *“de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”*. Tales derechos, y los enunciados en los otros artículos, se reconocen a todos los habitantes, no sólo a los ciudadanos (principio de igualdad). El **artículo veinte** expresamente dispone, por si quedara alguna duda, que los extranjeros, sin condición alguna, gozan de los mismos derechos civiles (no políticos) que los nacionales, y no podrán ser obligados a adoptar la ciudadanía ni a pagar contribuciones extraordinarias. Aún creyeron los constituyentes que esto no era suficiente y redactaron otro artículo, el **veinticinco**, por el cual obligan al Gobierno Federal a promover la inmigración con la mayor amplitud y resguardo de los extranjeros. Tales normas, propias de un país de inmigración, se resintieron en su vigencia por la aplicación de leyes como la de Residencia y por los prejuicios xenófobos que todavía persisten, sobre todo en relación a los inmigrantes de países limítrofes, que son objetos de la discriminación más grosera. De allí que sea necesario refrescar en las memorias estos principios generosos de nuestra Constitución.

Cabe hacer una breve referencia a dos de los derechos del artículo catorce, por su particular importancia. El primero es el de **“publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”**. Obviamente, este derecho fue rara vez respetado, ya que la censura era una institución de la Argentina autoritaria. La prohibición de censura “previa” no significa, desde luego, que se puede publicar cualquier cosa “sin consecuencias”. Pero las consecuencias (por ejemplo, consecuencias civiles o penales de haber difamado a alguien) dan lugar a una responsabilidad “posterior” (una pena o una indemnización al agraviado). Lo que no se puede es “censurar” antes. En materia de prensa, la Constitución, siguiendo los antecedentes honrosos de la Revolución de Mayo, prefiere **los riesgos de un exceso de libertad a los del autoritarismo**. Este derecho es particularmente importante para los constituyentes de 1853, y por eso le dedican otro artículo, **el treinta y dos**, que prohíbe al Congreso dictar leyes *“que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”*. ¿Por qué es tan importante la libertad de prensa? Porque no sólo es un derecho individual sino un instrumento político que hace al sistema de gobierno elegido. No puede existir república eficaz sin liber-

tad de prensa, de allí que se esté protegiendo **a la vez un derecho individual y una institución pública: la prensa libre.**

La libertad de prensa ha sido reafirmada constantemente por la Corte Suprema de Justicia de los períodos democráticos. En un fallo reciente se consideró inconstitucional y violatoria de este artículo la actitud adoptada por el gobierno de Neuquen de retirar la propaganda oficial a un diario como represalia por haber criticado a las autoridades provinciales. La Corte decidió que ello implicaba un condicionamiento inaceptable de la libertad de prensa.

El segundo derecho que creemos necesario resaltar es el de enseñar y aprender. También siguiendo una honrosa tradición iniciada por Belgrano y desenvuelta por Rivadavia, la educación fue considerada un aspecto esencial del sistema adoptado. Con posterioridad a 1853, los dos presidentes educadores, Sarmiento y Avellaneda, hicieron de la educación pública una herramienta fundamental de igualación social (el lema de Sarmiento era “educar al soberano”); tradición continuada por Yrigoyen y la reforma universitaria, por los primeros gobiernos de Perón, que abrieron la enseñanza terciaria a los hijos de los obreros, y por el gobierno de Illia. La educación es considerada un derecho de segunda generación, y forma parte de lo que se conoce como “derechos económicos, sociales y culturales”. Pionera en la materia, Argentina incorporó la educación a su Constitución de 1853, adelantándose a la corriente internacional.

El principio de **“igualdad”** se encuentra expresado en varios artículos, el más importante de los cuales es el **dieciseis**, que conserva ecos del célebre decreto de supresión de títulos y honores de Mariano Moreno: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”* Se trata de la famosa igualdad “formal”, propia de las constituciones clásicas.

Otra honrosa tradición argentina, que proviene de la Asamblea del Año XIII, aparece reflejada en el artículo **quince**, que **prohíbe la esclavitud**, declara libres a los pocos esclavos que aún existían en 1853, caracteriza como crimen **“todo contrato de compra y venta de personas”** y dispone que *“los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.”* Se debe tener presente que al tiempo de sancionarse la Constitución existía aún la esclavitud en numerosos países, entre ellos Estados Unidos, y en una potencia limítrofe: el Brasil. Este artículo no es sólo una reliquia histórica de tiempos ya superados. Hoy en día persisten dos formas de esclavitud en abierto desafío a esta norma: la **reducción a servidumbre**, de la cual hemos tenido ejemplos recientes en el caso de los trabajadores

clandestinos de origen boliviano, y la **“trata de mujeres”**. Dos lacras que no hemos conseguido desterrar pese a las severas sanciones que las penalizan.

El **artículo diecisiete**, típico de las constituciones burguesas, está dedicado al **derecho de propiedad**, a la que declara inviolable; nadie puede ser privado de ella sino “en virtud de sentencia fundada en ley”; de la misma manera queda prohibida la confiscación y las requisiciones y servicios personales que imponían los ejércitos durante la guerra civil. El Estado puede expropiar, pero sólo por causa de **utilidad pública** y mediando una ley que así lo califique y una indemnización. Se protege asimismo la propiedad intelectual de los autores de obras, inventos o descubrimientos. Este artículo ha sido muy utilizado como protección de los **“derechos adquiridos”**. Se llaman así aquellos derechos patrimoniales que fueron reconocidos a una persona, de los cuales no puede ser privada arbitrariamente.

En el **artículo dieciocho** se establecen las garantías y derechos de las personas frente a un proceso y se fijan los principios del régimen penitenciario. Como tales temas son de fundamental importancia, recibirán un tratamiento aparte. Aquí sólo diremos que el artículo dieciocho es uno de los más trascendentes, porque es **el principal protector de nuestra libertad frente al poder punitivo del Estado**.

Otros artículos del texto de 1853 se refieren a cuestiones políticas que afectan a los derechos. El **veintidos** es un refuerzo del sistema representativo y establece que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”, calificando de “sediciosos” a quienes se arroguen los derechos del pueblo. Este principio, afectado por la llamada “crisis de representación”, se encuentra **atenuado por la reforma de 1994**, que introduce algunas instituciones de democracia participativa como la iniciativa o la consulta popular, en que el pueblo actúa por sí mismo y no por sus representantes, como veremos.

El **artículo veintitres** prevé situaciones de **“emergencia institucional”** que pongan en peligro a la Constitución o al gobierno: la conmoción interior o el ataque exterior. Frente a ellas, crea el **“estado de sitio”**, el cual autoriza a “suspender” las garantías constitucionales. Como hemos vivido frecuentes situaciones de estado de sitio en nuestra historia, es necesario remarcar que en su mayor parte se ha hecho un **ejercicio abusivo e ilegítimo de esta facultad**. La suspensión de las garantías, según este artículo, es limitada y excepcional; es “suspensión” y no “derogación”; afecta únicamente al territorio “donde exista la perturbación del orden” y por un tiempo limitado; se prohíbe expresamente al Presidente condenar o aplicar penas y sólo se lo faculta para arresar o trasladar a las personas, dando a éstas el derecho de optar por salir del país. Nada de ello se respetó en la práctica. No sólo se aplicó penas gravísimas a las personas dete-

nidas durante un estado de sitio sino que se desconoció la opción de salir del país, y en determinadas circunstancias se decretó la “ley marcial”, ordenando prisiones y fusilamientos. Bajo el cobijo de la “ley marcial” fue que se llevó a cabo la “Operación Masacre” y los fusilamientos de la “Revolución Libertadora”. Todo ello ha sido una grosera violación de la Constitución. La última tentativa de implantar el estado de sitio fue bajo el gobierno de De la Rúa, en los sucesos de diciembre de 2001 que terminaron con su renuncia: tentativa desesperada que fue desafiada por la población, aunque costó la vida a una treintena de personas.

El artículo veinticuatro impone al Congreso la obligación de reformar toda la legislación colonial (cosa que hizo con la sanción de los diversos Códigos) y establecer el **“juicio por jurados”** (cosa que nunca hizo hasta el presente, por el evidente prejuicio de legisladores y autoridades respecto de la capacidad de los ciudadanos para actuar como jurados y la renuencia a democratizar cualquier forma de poder). El artículo veintisiete fija como principio de la política exterior la paz, amistad y comercio con las potencias extranjeras, siguiendo el tradicional **ideario alberdiano de pacifismo**. El artículo **treinta** establece la posibilidad de reforma de la Constitución “en el todo o en cualquiera de sus partes”, mediante declaración de necesidad por el voto de dos tercios de los miembros del Congreso, y el **treinta y uno** fija la jerarquía de las normas declarando que la Constitución, las leyes nacionales y los tratados internacionales son la “ley suprema de la Nación”; ambos artículos sostienen el ya explicado principio de supremacía constitucional.

Un párrafo especial merece el artículo **veintinueve**. En él se prohíbe otorgar al Poder Ejecutivo nacional o provincial **“facultades extraordinarias”** o la **“suma del poder público”**. Esta norma intentaba desterrar para siempre la práctica que había consagrado Rosas y es una **salvaguarda de la división de poderes**, porque impide que el Ejecutivo asuma funciones propias de los otros poderes del Estado. Pero además es una **salvaguarda de los derechos individuales**, porque prohíbe otorgar sumisiones o supremacías **“por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna”**. Fulmina a tales actos con una **“nulidad insanable”**, y a quienes los formulen consientan o ejecuten con la tacha de **“infames traidores a la patria”**. Una vez más huelga decir que este artículo fue **olímpicamente burlado** por todos los gobiernos “de facto” o dictaduras militares, que se arrogaron en los hechos facultades extraordinarias y sujetaron la vida, fortunas y honor de las personas a su arbitrio despótico, con el beneplácito de la Corte Suprema de Justicia, la cual creó la “doctrina de facto” para justificarlos, incurriendo así en traición a la patria. A tal punto resultó inoperante esta norma que los constituyentes de 1994 se vieron obligados a introducir un nuevo artículo, el **treinta y seis**, por el cual se estableció que la Constitución



“mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”, actos a los que se declara “insanablemente nulos” sancionándose además a sus autores con la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos y la imposibilidad de indulto o conmutación de pena y declarándose “imprescriptibles” tales delitos, así como atentatorio del sistema democrático al “grave delito doloso contra el Estado” que conlleve enriquecimiento. En este mismo artículo se consagra expresamente el **“derecho de resistencia a la opresión”**, por el cual cualquier persona queda facultada para levantarse en armas contra los gobiernos de facto. De esta manera se intentó “corregir” lo que parecía ser insuficiencia del artículo veintinueve para defender el orden constitucional, insuficiencia que sólo fue tal por la cobarde complicidad de quienes tenían a su cargo velar por la vigencia de la Constitución y no hicieron más que traicionarla en el espíritu y en la letra, desde el golpe de 1930 hasta el feroz terrorismo de Estado de 1976-83.

## 6) Reivindicación de la Constitución de 1853.

La Constitución de 1853 fue tachada con frecuencia de arcaica y de superada, lo cual es cierto en cuanto no contemplaba otros derechos. Pero también es cierto que, aún con sus limitaciones propias de la época en que fue sancionada, **protegía lo bastante los derechos como para obligar a los gobiernos autoritarios a desconocerla en la práctica.** Nada habla mejor de esta “vieja” Constitución que la circunstancia de **que ninguna de las gravísimas violaciones a los derechos humanos acaecidas en Argentina a lo largo de su historia –exterminios, fusilamientos, torturas, desapariciones forzosas, centros clandestinos de detención, encarcelamientos arbitrarios– habría sido posible si ella hubiera estado siempre en vigor.** Tan mala, entonces, no sería. *Se la pisoteó, precisamente, porque era bastante buena a pesar de todo: porque impedía de manera bastante eficaz el atropello, la arbitrariedad y la prepotencia.*

## 7) Un debate permanentemente actualizado: “¿Derechos humanos versus seguridad?”

Con esta pregunta como título publiqué hace años un artículo en la prensa para rebatir las afirmaciones de Mario “Chorizo” Rodríguez, célebre comisario de la policía de “gatillo fácil”, en tiempos del gobernador Duhalde, del Jefe de Policía Pedro Klodzyc y del apogeo de la **“maldita policía”**.

Sostenía ese funcionario policial, públicamente, que había que terminar con los reclamos por el respeto de los derechos humanos si se quería seguridad en la Provincia.

Contraponía los derechos humanos de los delincuentes a los derechos de la gente decente. Intentaba presentar a los abogados de derechos humanos como partidarios de la delincuencia y el desorden. Pretendía para la policía “las manos libres” para hacer lo que quisiera. Tal argumentación implica habitualmente una defensa encubierta del abuso policial, los tormentos y las ejecuciones por “gatillo fácil”.

Mi respuesta de entonces fue, palabras más, palabras menos, la misma que se sostiene en este manual. **La antítesis seguridad-derechos humanos es falsa y maliciosa.** No es posible brindar seguridad a la ciudadanía amenazada por el delito si no se respetan los derechos de todos. El costo de no respetar los derechos individuales es el establecimiento de una inseguridad generalizada, provocada por el propio accionar policial ilegal, que hace que nadie pueda estar seguro de no ser condenado injustamente por procesos fabricados o abatido en las calles por un “error” policial, mientras que los delincuentes verdaderos gozan de la impunidad que les da la protección de la mafia policial con la que tienen negocios. **No se defiende la ley violando la ley, ni se combaten los crímenes cometiéndolos. El camino de la ilegalidad emprendido por las fuerzas de seguridad, so pretexto de reducir el delito, sólo conduce a más violencia y más crímenes.**

En aquella época, los abogados de derechos humanos estábamos muy ocupados en defender a las víctimas del “gatillo fácil”, de las torturas, las detenciones arbitrarias y otros abusos policiales.

La práctica del “gatillo fácil” había saltado a la conciencia pública con el llamado “**caso Budge**”, (en que tres chicos de barrio fueron fusilados por policías que ya tenían en su haber numerosos homicidios), aunque se profundizó años después bajo la gobernación de Duhalde. Uno de los abogados de las víctimas de Budge, el Dr. **León Zimmerman**, fue el principal activista contra el auge de esta forma de represión ilegal. Durante un breve pero instructivo tiempo tuve el privilegio de trabajar con Zimmerman y con redes de jóvenes de las barriadas populares que intentaban organizarse solidariamente para defenderse por la vía legal de los fusilamientos policiales y las detenciones arbitrarias.

La “maldita policía” no era sólo el resultado de una mentalidad autoritaria de la Policía Bonaerense, imbuida del espíritu represivo de la dictadura militar y de las enseñanzas criminales del general Camps, su jefe en los “años de plomo” y organizador de innumerables secuestros y desapariciones forzadas de personas. Era también el fruto de una actitud tolerante de los poderes públicos en democracia, y de una suerte de **carta blanca para la represión** como forma de asegurar el mantenimiento del **control social**. No es casual que para el tiempo en que florecía el “gatillo fácil” se encontraran en pleno

desarrollo **las políticas neoliberales de Menem**, de quien Duhalde era uno de los principales sostenes desde el poderoso Partido Justicialista de la Provincia de Buenos Aires. Con el desguace del Estado, el desmantelamiento de las redes solidarias, la profundización de la exclusión social, el crecimiento del desempleo a índices de dos dígitos y el narcotráfico, **el control social sobre los pobres**, cuyos desbordes se temían, se hacía más y más indispensable para las autoridades. Junto con el clientelismo de los punteros políticos y los intendentes del Conurbano, la Policía Bonaerense se convirtió en una herramienta fundamental de control social, para tener a los pobres contenidos, reprimidos y obedientes, y ejerció su cometido con toda la amplitud que le permitía la carta blanca de las autoridades políticas. Muchos comisarios eran no sólo agentes de control social sino también **recaudadores en las “cajas negras”** del negocio del narcotráfico, los desarmaderos de vehículos, la prostitución, el juego clandestino y otros negocios sucios convertidos en fuente de financiamiento ilegal. En tal estado de cosas era inevitable que se conformara una mafia policial envalentonada por la impunidad y se cometieran todo tipo de crímenes y abusos.

La metodología del “gatillo fácil” consistía en la ejecución sumaria de sospechosos o indeseables y la simulación posterior de enfrentamientos armados. Cuando la Policía mataba a alguien no tardaban en aparecer las armas plantadas para simular el enfrentamiento. Otros casos también frecuentes eran los enfrentamientos reales en que la Policía, haciendo un uso irresponsable y criminal de su poder de fuego, terminaba matando inocentes: recuérdese el caso **“Dalí”**, en que murió por balas policiales el poeta Sergio Schiavini. Me tocó defender a la madre de uno de estos inocentes en su reclamo de justicia. Se trataba del menor Jesús del Rosario Martínez Monzón, que fue muerto por una bala policial mientras miraba televisión en su dormitorio, en una casilla de Claypole. Tenía nueve años. Su hermanito de siete años resultó también herido, aunque sobrevivió.

Estos crímenes ocurrían por decenas. Las autoridades políticas miraban para otro lado, y los jueces y fiscales, siempre atentos a las versiones policiales, demostraban escasa sensibilidad, salvo honrosas excepciones.

Junto al gatillo fácil estaban las **detenciones arbitrarias de jóvenes**, las “razzias” que llevaba a cabo la policía para llenar estadísticas de detenidos, en las cuales resultaban privados de su libertad miles de jóvenes y adolescentes, con la excusa de la “averiguación de antecedentes” o por imputación falaz de infracciones a la ley de Faltas, sin más motivo que la **“portación de cara”** (la tipología buscada era la de personas que rondaran los veinte años, de piel oscura y extracción humilde). Los abogados de derechos humanos presentamos cientos de hábeas corpus y excarcelaciones para obligar a la liberación de estos jóvenes, cuya integridad física corría verdadero peligro como conse-

cuencia de las palizas policiales. El peligro era a tal punto real que algunos perecieron por tormentos y otros en extraños incendios, como el de la Comisaría de Canning. En una razzia llevada a cabo por la Comisaría de Ezeiza, caso en el que también me tocó intervenir, se sacó a los jóvenes de un baile y se los hizo caminar de rodillas una cuadra mientras los policías amenazaban con gatillarles; gracias a la eficaz acción de un magistrado, el Dr. Van Schilt, logramos la inmediata intervención de la Comisaría y la suspensión de su jefe. Pero sólo excepcionalmente se alcanzaban estos resultados.

El escándalo creciente de la “maldita policía”, la participación de personal policial en crímenes resonantes como el caso Cabezas, la movilización de las víctimas en marchas de protesta y la difusión de estos casos por los medios (movilización y difusión que impulsábamos desde las redes de derechos humanos como mecanismo de presión), obligó finalmente a las autoridades a intentar cambios. Pero debieron transcurrir muchos años antes de que se iniciara una verdadera reforma policial. Eso sólo ocurrió con la llegada al Ministerio de Seguridad de **León Arslanian**, hombre del campo del derecho que había sido uno de los jueces encargados de juzgar a las Juntas militares. La reforma policial tuvo avances y retrocesos. El principal retroceso fue la gobernación de Ruckauf con su prédica de la mano dura. Pero luego, bajo la gobernación de Felipe Solá, Arslanián regresó al Ministerio de Seguridad y la reforma cobró nuevo impulso. No es este el lugar para explicar las políticas llevadas a cabo para terminar con la “maldita policía” por Arslanián. Baste decir que su Ministerio fue el primer intento serio y sistemático por profesionalizar a la fuerza, instruirla en el respeto de los derechos humanos, reasignar recursos materiales y humanos, purgar a los represores y dar participación a la comunidad en mecanismos tales como los foros de seguridad y las policías comunales descentralizadas. Aunque se está lejos de haber alcanzado los objetivos buscados, el cambio de actitud por parte del Estado bonaerense (que pasó de encubrir a reconocer la crisis policial, afrontarla e intentar dar respuesta a las víctimas) fue notable.

La argumentación planteada por el comisario “Chorizo” Rodríguez no era nueva ni se agotó entonces. Por el contrario, forma parte del **arsenal ideológico de la derecha represiva**. Hasta tal punto está arraigada que cuando ocurrió en 2007 el asesinato de tres policías en un centro de comunicaciones policial algunos familiares intentaron politizarlo acusando a las Madres de Plaza de Mayo por no defender los “derechos humanos de los policías”.

Desde los medios de comunicación en manos de la derecha autoritaria se hace una prédica constante contra los derechos humanos que consagró la Constitución de 1853. A tal fin, se sensibiliza a la opinión pública mediante una muestra incesante de crímenes, de manera de infundir terror. Bien sabe la derecha autoritaria que **el miedo es la condición fundamental para la instauración de la mano dura**. Se utiliza un proble-

ma real de inseguridad, que es fruto de la aplicación por más de una década de recetas neoliberales, pero se lo distorsiona presentándolo como un estallido de perversidad criminal, ocultando sus causas sociales, y se proponen soluciones mágicas e inmediatas consistentes en aumentar los niveles de represión; niveles de represión que tienen obviamente un destinatario de clase: los pobres, los habitantes de las villas, los jóvenes de las barriadas. Paralelamente, se elevan voces de queja por la “impunidad de los delincuentes”, que “entran por una puerta y salen por la otra”, y porque no existen suficientes encarcelamientos para mantener a la delincuencia a raya. Se reclama una y otra vez “el aumento de las penas” y la pena de muerte, se acusa a la Justicia de ineficiencia y se hace la apología indirecta de las ejecuciones sumarias y la justicia por mano propia.

Esta prédica conoció momentos de gran auge y también de declinación. Pese a todo el miedo que se ha intentado sembrar, en las elecciones del 2007 los candidatos de la mano dura recibieron un duro castigo por el electorado y sus porcentajes de votos fueron raquíticos, lo que revela un cambio notable en la conciencia ciudadana, que ha empezado a comprender que la mano dura no es la panacea de la inseguridad, y que la seguridad pública real no se resuelve con mágicas fórmulas represivas sino con **una política criminal seria, sistemática y de respuestas múltiples**, que contemple la prevención del delito tanto como su represión, la erradicación de las causas sociales que lo producen (entre ellas la exclusión social y el desempleo), la educación, la contención de la juventud marginalizada y de los sectores de recluta delictiva, la lucha real y efectiva contra los núcleos duros de criminalidad, y especialmente contra aquellos delitos que tienen un efecto multiplicador por su capacidad de generación de nuevos delitos conexos, como el narcotráfico.

No obstante, la experiencia recogida en innumerables conferencias y charlas de formación que me tocó organizar o brindar me ha demostrado que el discurso represivo tiene todavía un considerable arraigo social. Buena parte de ese arraigo, derivado de la propaganda represiva, se ve facilitada por el desconocimiento de la gente común de los principios que informan la criminología, el derecho penal y procesal penal, la naturaleza real del régimen penitenciario y otras cuestiones conexas. En esta parte del manual intentaremos aclarar –no agotar– algunos de sus aspectos.

## **8) Qué son las penas, su justificación y por qué no pueden resolver por sí solas la delincuencia social.**

Las penas son mecanismos que se utilizan desde los albores de la humanidad para desalentar las conductas consideradas indeseables. Se basan históricamente en el principio muy simple de premios y castigos, la oposición placer-dolor como elementos

condicionantes de la conducta humana. En las sociedades primitivas, los tabúes –prohibiciones rígidas de determinadas conductas que tenían un origen sobrenatural, religioso o supersticioso- hacían las veces de penas. Pero no tenían la finalidad moral de castigar un hecho culpable, ni la social de impedir su reiteración futura, sino la función mágica de restablecer el orden cósmico alterado por la infracción. La violación de los tabúes (incluso involuntaria) se sancionaba muchas veces con la muerte.

En las tribus primitivas regía el principio de la venganza privada, a veces a cargo de los particulares ofendidos por el delito, a veces a cargo de la tribu en su conjunto. Con la aparición de los Estados, éstos asumieron sobre sí la función de venganza y gradualmente la retiraron del poder de los particulares. El derecho penal se convirtió en la venganza pública de las ofensas. Hasta el día de hoy se utiliza la expresión “**vindicta pública**” para referirse a la acción penal que ejercen los fiscales.

En una etapa más avanzada, la civilización mesopotámica sancionó el Código Hammurabi. La base de este sistema, que volveremos a mencionar más adelante, era **retributiva**. Se le infligía al ofensor un mal equivalente al que había ocasionado.

Con el andar del tiempo el derecho penal evolucionó hasta convertirse en una **técnica social para encauzar las conductas**, para desalentar las consideradas perjudiciales y –en los Estados absolutistas- para hacer valer la autoridad del Soberano.

La pena consiste históricamente en la privación de un bien (la libertad, la vida, el patrimonio), y más generalmente, en **la imposición por la fuerza de un sufrimiento**. El repertorio de penas anterior a la Ilustración es monstruoso, ya que el ingenio humano se muestra especialmente fecundo en inventar métodos para hacer sufrir. Lapidaciones, tormentos, azotes, el potro, el apedreamiento, la vergüenza pública, el hambre, las quemaduras, el descuartizamiento, la amputación de miembros, la castración, el “pozo y el péndulo” del cuento de Poe, fueron sólo algunas de las penas empleadas. Con la Ilustración, y gracias a la prédica de los filósofos iluministas, entre ellos el gran jurista **Beccaría**, se empezó a proscribir de los países civilizados la mayor parte de las penas monstruosas e inhumanas, a las que se tendió a considerar inútiles y contra-productivas.

En forma paralela a este movimiento de **humanización del derecho penal**, se produjeron las tentativas de los filósofos por explicar la justificación moral de infligir sufrimientos deliberadamente por parte del Estado. Las teorías que se esbozaron fueron principalmente dos:

a) **el retribucionismo**, cuyo portavoz más destacado fue el filósofo **Emanuel Kant**, sostiene que hay que sancionar al que ha delinquido, no porque esto sea útil, sino como una forma de realizar la Justicia. Se le retribuye con un mal el mal que ha ocasionado.

nado porque así lo demanda la Justicia, como un imperativo categórico. Incluso, sostenía Kant, si la sociedad se disolviera, o sobreviniera el fin del mundo, habría que ejecutar a los delincuentes que esperan el patíbulo, porque no hacerlo ofendería la Justicia. La Justicia debe satisfacerse “aunque el pueblo perezca”.

**b) el utilitarismo**, desarrollado por **Jeremías Bentham** y otros pensadores del siglo diecinueve, sostiene que el Estado tiene la facultad de ocasionar sufrimiento al que ha delinquido, no para remediar el mal creando otro mal, sino para promover por ese medio la felicidad general. El infligir una pena **sólo se justifica cuando éste es el único modo eficaz y necesario de disuadir a las personas de cometer delitos**, y siempre que el mal ocasionado al penado sea inferior a los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara.

En el derecho penal moderno ha prevalecido notoriamente la segunda tesis. **La finalidad de la pena es desalentar las conductas delictivas, disuadir a los posibles delincuentes con la amenaza de un mal y reeducarlos cuando, una vez cometido el hecho, se les aplica la pena correspondiente.** Nuestra Constitución lo recoge al sostener que las cárceles “**son para seguridad y no para castigo**” (art.18). Por supuesto, este criterio no excluye totalmente la tesis retributiva, porque, entre otras cosas, exige que el castigado sea realmente el autor del delito, que sea culpable, es decir, que haya merecido la sanción penal, y ésta última se graduará de acuerdo a la gravedad de su conducta, para satisfacer la exigencia de justicia.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿cumple la pena la función que se le confía? ¿Es el efecto disuasivo de la ley penal el mecanismo idóneo para desalentar los delitos de cualquier clase?

En general se puede decir que no se ha encontrado hasta hoy otro medio. Sin embargo, hay casos en que este mecanismo no produce el efecto disuasor buscado. No lo produce cuando el impulso de delinquir es demasiado poderoso, como en el caso de los psicópatas perversos (asesinos seriales, violadores compulsivos, etc.), cuya personalidad es refractaria a cualquier forma de disuasión. Y no lo produce en los llamados “**delitos sociales**”, cuando los condicionamientos impuestos por la situación social son tan fuertes que la respuesta penal resulta ineficaz para desalentar ciertos delitos.

No es este el lugar de ocuparnos de los psicópatas, cuya sanción responde más a la necesidad de impedirles que sigan cometiendo delitos que a desalentar a futuros psicópatas. Veamos qué pasa con estos delitos “sociales”. ¿Se los puede combatir solamente mediante penas, o mediante el aumento de las penas si el condicionante social que los impulsa es demasiado fuerte?

Delitos sociales son aquellos que se cometen de resultas de la exclusión social y la privación de medios de subsistencia. Por lo general son delitos contra la propiedad, aunque pueden ir acompañados de otras manifestaciones de violencia. Desde antiguo se han alzado voces críticas a la exclusiva respuesta penal frente a estos delitos. **Con ello no se pretende afirmar que no deban ser sancionados, sino que el sólo mecanismo del castigo no conduce a eliminarlos.** La argumentación más antigua que conozco en este sentido es la de **Santo Tomás Moro** en su libro **“Utopía”**. En él describe la situación de las masas campesinas expulsadas de los campos de Inglaterra por el cambio operado en la agricultura tradicional en el Renacimiento. Por millares, estos campesinos desarraigados se terminaron asentando en la ciudad de Londres, en villas miserias espantosas, donde se arracimaban sin conseguir trabajo ni recibir ningún tipo de asistencia. Ello produjo, naturalmente, un incremento espectacular de los delitos contra la propiedad. La respuesta de las autoridades fue sancionar con la horca tales delitos, incluso leves. Durante décadas se ahorcó a infinidad de criminales de este tipo. Se ahorcaba a niños, a personas desesperadas, a padres de familia que robaban para darles de comer a sus hijos. Y sin embargo los delitos no disminuyeron. Y no podían disminuir, sostenía Santo Tomás Moro, porque las circunstancias sociales eran tales que a esas personas no les quedaba otra salida fuera de delinquir.

Y aquí regresamos a la idea expuesta más arriba. La respuesta penal frente a la inseguridad derivada de situaciones de exclusión no siempre es suficiente, no siempre es eficaz, y no basta con aumentar las penas o con aplicar las más graves penas concebibles. Todo ese discurso represivo ha sido rebatido hace siglos por Tomás Moro, lo que no impide que se lo continúe sosteniendo.

En toda sociedad existen dos tipos fundamentales de delincuencia: la delincuencia de génesis netamente social, que aumenta o disminuye según aumente o disminuya la exclusión social, y la delincuencia estructural. Esta última existe también en las sociedades más inclusivas y está conformada por delinquentes profesionales más o menos organizados, por sujetos antisociales y por quienes han hecho una opción por la vida delictiva. Es difícil de erradicar, pero resulta más o menos controlable. En cambio, el primer tipo de delincuencia puede erradicarse mediante la paulatina inclusión de los sectores marginalizados. Pero ello no se logra de manera mágica. Ello requiere procesos de integración, políticas inclusivas, modificación de cuadros socioeconómicos, educación y contención social y la restauración de una cultura del trabajo en las sociedades que la perdieron.

Tomemos el ejemplo argentino. A comienzos de la década del setenta había una política de pleno empleo y la participación del asalariado en la distribución del ingreso oscilaba el cincuenta por ciento del PBI. Regía aún el Estado de Bienestar. En tales con-



diciones la violencia delictiva era algo raro. Existía violencia política, producto del autoritarismo de décadas, pero la delincuencia común no era particularmente grande y resultaba controlable. La dictadura militar, con Martínez de Hoz, comenzó el arrasamiento del Estado de Bienestar, y la obra fue llevada a su punto culminante por las políticas neoliberales de Menem, fiscalizadas y recomendadas por el Fondo Monetario Internacional. La riqueza se concentró en pocas manos, la marginalidad se extendió y el desempleo creció en forma abrumadora. El mantenimiento de estas políticas por más de diez años hizo que se desvaneciera en vastos sectores la cultura del trabajo, que los padres desempleados perdieran autoridad sobre sus hijos y que los jóvenes pobres no tuvieran perspectivas de incorporarse al mercado laboral o estudiar. Estos se convirtieron en el mercado cautivo del narcotráfico, con la difusión de la cocaína y el “paco”. Durante años me sorprendió el fenómeno de que militantes sociales comprometidos, a quienes conocía de la lucha social, vinieran a consultarme por delitos cometidos por sus hijos a causa de la droga. Nueve de cada diez casos penales que ingresaron a mi estudio en los últimos tiempos eran de jóvenes pobres, adictos y carentes de educación y contención social.

Por esta razón es que la sola y exclusiva sanción penal no puede erradicar la delincuencia de tipo social, la que seguirá reproduciéndose en tanto permanezcan las condiciones que la generan. Limitarse a la sanción penal no es otra cosa que **criminalizar la pobreza**, mientras se eluden hipócritamente los medios de reducirla.

Los propagandistas de la mano dura rechazan esta verdad sociológica pretendiendo que la pobreza no es sinónimo de delincuencia y argumentando que “hay muchos pobres que no son delincuentes”. Justamente ellos son quienes criminalizan a los pobres y los persiguen. La génesis del delito se relaciona no tanto con la pobreza en sí misma como con la marginación, y sobre todo con la existencia de grandes desigualdades sociales, de un abismo entre los dos extremos de la escala social.

Recientemente se han incorporado nuevos argumentos manoduristas a través de los medios. Se sabe desde hace tiempo, y se ha corroborado por estudios de economistas, que los índices delictivos no disminuyen en paralelo al desempleo, sino en forma más lenta. De allí deducen los manoduristas que la tesis sociológica es “falsa” y que hay que reprimir. Se trata de un nuevo sofisma. Si bien la cultura del trabajo puede destruirse con rapidez, no se restablece instantáneamente, sino a través de un proceso paulatino que permita desarticular la cultura de la ilicitud, con sus hábitos y redes establecidas. Pero, en tanto la inclusión avance, el delito retrocederá.

Sentado ello, conviene ahora examinar otras cuestiones. ¿Cuáles son los principios que rigen el derecho penal, qué finalidad persiguen y a qué filosofía responden?

¿Qué significación tienen en él los derechos individuales? También será oportuno tocar otros temas, como el régimen penitenciario y la situación de las cárceles, y los argumentos que se esgrimen alrededor de la tortura y la pena de muerte.

## 9) Los derechos del individuo en el proceso penal

Dijimos, al examinar la Constitución, que su **artículo dieciocho** es uno de los principales tutores de nuestra libertad individual. También decidimos postergar el estudio de ese artículo para tratarlo en forma conjunta con otras cuestiones penales. Ha llegado, pues, el momento de volver a él para comprender cuál es el sistema que nos rige y dejar de lado algunas discusiones que sólo se fundan en el desconocimiento –a veces malicioso– de las pautas constitucionales.

¿Qué es eso tan importante que establece este artículo? Se trata, entre otras cosas, de una serie de principios rectores sobre los derechos que asisten a una persona en el proceso penal. Para comprenderlos es necesario comprender también la filosofía que los nutre.

El principal de estos derechos (que se extiende también a otras esferas del derecho y a todos los procesos en general) es el de **defensa en juicio**. ¿Y por qué es tan importante que lo llamamos “tutor de nuestra libertad”? Porque históricamente han sido los enjuiciamientos de distinta índole la forma más extendida y brutal de tiranía. Beccaría solía ejemplificarlo diciendo que las arbitrariedades e injusticias de los magistrados del Antiguo Régimen hacían que los hombres estuvieran sometidos a innumerables “pequeños tiranos” con poder prácticamente ilimitado sobre sus personas y bienes. Cada juez, cada tribunal, cada fiscal, eran tiranos del hombre común, guiados por propósitos muchas veces inconfesables (quedarse con sus fortunas, obtener coimas, sacar del medio a algún marido molesto, etc.; recuérdese la oda “Contra un juez avaro”, de Fray Luis de León). Ello se veía agravado porque las magistraturas eran compradas y vendidas como forma de recaudación de la Corona, y los magistrados se consideraban dueños de hacer lo que quisieran con su poder así adquirido. Esto pasaba en tiempos de una profunda ignorancia, en la Europa todavía entenebrecida por el feudalismo, pero también ha ocurrido en otros lugares y épocas. Los jueces de campaña en nuestro país eran todopoderosos frente al pobre; de allí la conocida sentencia del “Viejo Vizcacha en el Martín Fierro: “hacete amigo del juez, no le des de qué quejarse”. Aún hoy, vemos que los principios que establece el artículo 18 son escasamente respetados en la práctica, y su vulneración trae aparejadas gravísimas consecuencias para las personas que la sufren.

En la célebre novela de **Franz Kafka**, “**El proceso**”, se cuenta la historia de un hombre que un día se entera de que está siendo sometido a juzgamiento. Comienza

así su larga peregrinación por los tribunales, solicitando audiencias, mendigando simpatías, buscando puertas donde llamar. Nunca se le informa de qué hecho se le acusa, nunca puede dar explicaciones ni ofrecer pruebas de su inocencia. Toda la novela es una larga pesadilla que sólo concluye cuando un día, sin aviso previo ni apelación posible, el hombre es arrestado y ejecutado en cumplimiento de una sentencia de la que ni siquiera se le brindó información alguna.

Esta tortuosa ficción de Kafka no hace más que mostrar, con exageración artística, lo que ha sido una perseverante y lamentable realidad. La historia abunda en ejemplos de personas ejecutadas o encarceladas sin proceso, o en virtud de procesos secretos, o procesos públicos que no eran más que farsas, en los que las sentencias estaban dictadas de antes de iniciarse las actuaciones, cuyos jueces carecían de imparcialidad o habían sido designados especialmente para condenar al reo, en donde no había posibilidad de asistencia legal ni de ofrecimiento de prueba alguna, y en donde buena parte de la acusación se basaba en confesiones obtenidas bajo torturas insostenibles. Esta práctica ha sido más bien la regla en la Historia de la Humanidad, y sólo en los últimos siglos se ha evolucionado penosamente hacia los actuales principios de derecho penal y procesal penal que tienen como objeto proteger y salvaguardar la defensa en juicio.

En el film “Conciencias muertas”, antiguo western de gran dramatismo, un grupo de hombres armados toma la justicia en sus manos y ahorca a unos vaqueros acusados de cuatrismo y asesinato sin otra prueba que la posesión de las vacas supuestamente robadas, y que en realidad estos habían adquirido legítimamente. Los supuestos “justicieros” no hicieron otra cosa que aplicar la extendida práctica de la “ley de Lynch”, es decir, el **linchamiento** popular. Estas ejecuciones de la masa indignada produjeron la muerte de miles de personas, muchas de ellas inocentes, o cuando menos sin culpabilidad demostrada. Estados Unidos, en el Oeste y en el Sur, ha hecho gala de una gran predilección por esta forma de “justicia”, sobre todo cuando el acusado pertenecía a una minoría racial. Pero ella se ha aplicado también en otros lugares y épocas con invariable adhesión. Hoy mismo no faltan entusiastas de la “justicia rápida” o de la “justicia por mano propia” que, impacientes por la lentitud e ineficiencia de los procesos legales, desearían ver reimplantada la “ley de Lynch”.

**Ejemplos recientes y locales del ajusticiamiento expeditivo fueron las desapariciones forzadas de personas o los casos de “gatillo fácil”, diferentes en sus connotaciones pero equiparables como formas de eliminación de indeseables sin proceso legal.**

Los juicios de la Inquisición contra los herejes, el martirio de Santa Juana de Arco, la quema de brujas por católicos y protestantes, los juicios por “alta traición” en que se eliminaba a personajes políticamente molestos en las viejas monarquías, las deca-

pitaciones ordenadas por cuerpos políticos o tribunales populares en el curso de la Revolución Francesa, son otros tantos casos en los que se administró “justicia” mediante procedimientos amañados que sólo tenían como objeto darle apariencia de legalidad a una decisión ya tomada, y en donde las posibilidades del reo de defenderse eran nulas.

**Frente a estos abusos constantes fue que se desarrollaron los mecanismos y garantías del moderno proceso penal:** garantías prácticas, que recogen experiencias de siglos tendientes a asegurar al acusado **la posibilidad de defenderse en condiciones de paridad** y de avanzar hacia el esclarecimiento de **la verdad material** como base de la administración de justicia.

**En los antiguos sistemas penales, el objetivo predominante no era la verdad sino el castigo.** Este constituía una finalidad política frente a la que debían ceder las consideraciones restantes. La justificación del Estado absolutista era el aseguramiento de la paz social. Cometido un crimen, la razón de ser misma del Estado quedaba comprometida; de allí que se considerara a los crímenes como **“ofensas al Soberano”**. No castigarlos era una confesión de impotencia. Por tanto, todo el objeto hacia el que tendía el proceso penal era la aplicación del castigo; hallar al verdadero culpable era un asunto secundario. La posibilidad de que fuera castigado un inocente no era algo que importara demasiado. El que se condenara a inocentes ocasionalmente, constituía un “costo aceptable” frente a la necesidad política de mostrar a la población el ejercicio del poder soberano castigando a alguien que pudiera pasar por culpable. Si se cometía alguna injusticia, ya Dios en el otro mundo se encargaría de repararla, y los sufrimientos padecidos por el inocente se imputarían en su cuenta corriente celestial como expiaciones anticipadas de sus pecados.

Como la sociedad ha perdido la fe en las reparaciones ultraterrenas de las injusticias mundanas, los hombres del presente preferimos razonablemente no ser condenados en forma injusta. Los Estados modernos, con la creciente importancia de los derechos individuales, sobre todo en los regímenes constitucionales y democráticos, **no pueden ya invocar razones de Estado** para condenar a las personas. **No se considera ya un “costo aceptable” el enviar a la cárcel o a la muerte a una persona cuya culpabilidad no está probada sólo para salvaguardar la majestad del Estado.** Se requiere hoy que exista una culpabilidad demostrada más allá de toda duda razonable.

La clave, pues, de los procesos penales modernos, inspirados en una filosofía liberal que protege al individuo, es la de instrumentar garantías **tendientes a minimizar los riesgos de condenar a un inocente.** Dicho en otras palabras: **el objetivo del proceso penal moderno no es tanto arribar al castigo cuanto preservar al inocente de una condenación injusta.** En aras de la protección del inocente es que se ha invertido el

esquema de costos. **El hecho de que las deficiencias probatorias o investigativas impliquen que algunos culpables puedan quedar sin castigo se considera un “costo aceptable” a fin de evitar el escándalo de que personas inocentes puedan resultar condenadas.**

Si no se comprende este cambio en la filosofía penal a partir de la Ilustración no se podrá entender por qué motivo se han instituido las garantías del proceso penal. De hecho, quienes desde posiciones de “mano dura” y de vindicta se plantan en una crítica implacable al moderno proceso penal como demasiado blando y permisivo frente al delito, o demasiado formalista, y alzan sus voces iracundas cuando no se arriba a la resolución de un caso mediante una condena, lo hacen olvidando u ocultando la finalidad para la cual han sido instituidas dichas garantías: **la protección del inocente.** La indignación que produce un crimen no puede llevarnos nunca al extremo de reclamar castigos a como dé lugar, pues de esa manera estaríamos abriendo la puerta a la posibilidad de una condena injusta, con lo cual no sólo no se satisface la búsqueda de justicia sino que el verdadero culpable habrá garantizado su impunidad.

Lo dicho podrá parecer una obviedad, pero es necesario recordarlo, porque el discurso represivo frente al delito lleva a olvidar frecuentemente esta obviedad. La Constitución, recogiendo la filosofía de defensa de los derechos individuales, ha hecho una **clara opción a favor de la protección de la inocencia como valor fundamental y en contra del castigo dispuesto para contentar a la majestad del Estado o a los furores de las masas o de la opinión pública.**

Entiéndase bien: lo expuesto no significa defender la ineficiencia judicial. Es deber de la Justicia imponer las sanciones legales a los culpables, pero para ello habrá de esforzarse en realizar una labor investigativa adecuada, respetando las garantías y derechos de los acusados. **Si la incompetencia de los funcionarios encargados de probar la culpabilidad hace que algún culpable quede libre, ello no es un argumento contra el proceso legal, sino una falla de quienes tienen a su cargo llevarlo adelante.** La solución a la ineficiencia no es suprimir las formalidades del proceso legal, sino mejorar la administración de justicia, hacerla más penetrante, más científica en sus métodos, más rigurosa en sus investigaciones, y sobre todo más rápida. Si por pereza o falta de idoneidad no logra obtener legalmente las pruebas que permitan condenar a alguien, no podrá tomar el atajo de inventarlas, armarlas o prepararlas por vías ilegales. **Los procedimientos llevados a cabo de esta última manera son nulos, y si al declararse su nulidad en el caso concreto un culpable puede quedar sin castigo, ello es preferible a convalidarlos y permitir que en otros casos se pueda condenar por medios ilegítimos a un inocente.**

Por último, es de señalar que las garantías del proceso penal no fueron instituidas como trampas legales que favorecen al delincuente astuto y a sus abogados leguleyos (aunque ocasionalmente puedan resultar beneficiados) sino como **mecanismos de prevención que nos benefician a todos**. Nadie está libre de ser acusado injustamente y de que le armen pruebas o procesos infundados. En consecuencia, **todos tenemos interés** en que ello no ocurra, o en que las posibilidades de su ocurrencia estén reducidas al mínimo. Si una sola persona puede ser condenada burlando estas garantías, entonces nadie está libre de serlo también en el futuro.

El primero de los principios que hacen al derecho de defensa en el proceso penal es **la presunción de inocencia**, popularmente conocida bajo el axioma: “nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario”. Esto significa que toda persona, aún el sospechoso de un delito, debe ser considerada inocente ante la ley hasta el momento en que se haya demostrado más allá de toda duda razonable su culpabilidad en un proceso en el que ha tenido posibilidad real de defenderse y haya recaído en su contra sentencia condenatoria firme. Incluso un condenado en primera instancia goza todavía de la presunción de inocencia, aunque atenuada, mientras no se haya dictado en la instancia de apelación un fallo que confirme su condena.

Por aplicación de la presunción de inocencia se ha desarrollado otro principio que se conoce con el latinazo “**in dubio pro reo**”, es decir: en caso de duda, debe estar-se a favor del reo. Las condenas deben basarse en valoraciones razonablemente seguras de los hechos que se imputan. No se puede condenar “por las dudas”. Por supuesto que rara vez se arriba a certezas absolutas, pero cuando las dudas son razonables se debe absolver al acusado.

Esta presunción de inocencia tiene una consecuencia procesal fundamental en relación a la “**carga de la prueba**”. En el derecho civil, cada parte tiene la obligación de probar los hechos que invoca como base de su derecho. En el derecho penal el imputado de un delito no tiene que probar nada. Es la parte acusadora —el fiscal, los querellantes y los particulares damnificados— quienes tienen a su cargo la prueba, y deben probar varias cosas: que hubo un hecho, que el mismo constituye delito y que ha sido el acusado el autor penalmente responsable.

Pero si bien el acusado no tiene la obligación de probar su inocencia, en algunos casos puede tener interés en aportar pruebas que refuten las pruebas en que se funda la acusación. Puede tener interés en hablar ante los jueces y ser escuchado por ellos, en controlar las medidas probatorias que produce el fiscal, en repreguntar a los testigos para demostrar que mienten o se contradicen, en pedir la opinión de expertos o peritos acerca de las pruebas científicas en su contra, en sostener la veracidad de sus coartadas, o en

acreditar que, aún cuando pudo haber cometido el hecho, lo hizo bajo el imperio de circunstancias eximentes de responsabilidad o atenuantes de la misma, por ejemplo, que actuó en defensa propia o en estado de necesidad, o bajo los efectos de una intoxicación o enfermedad mental que le impedía comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones. De allí que deba estar en condiciones de **emplear todos los medios legales disponibles para defenderse en condiciones de igualdad con quienes lo acusan**, y que al hacerlo pueda contar con la asistencia de un abogado de su confianza o, en el caso de no poder pagarlo, provisto por el Estado a ese fin. Esto es lo que se conoce como **“derecho de defensa en juicio”**: derecho que la Constitución, en su artículo dieciocho, declara **“inviolable”**.

Si por cualquier motivo se ha privado al acusado del ejercicio del derecho de defensa, los actos cumplidos en violación del mismo son nulos, y aún todo el proceso puede ser declarado nulo, pues se ha violado una garantía fundamental. La Corte Suprema de Justicia ha llegado a declarar de oficio la nulidad de procedimientos en los que se violó la defensa en juicio.

Obviamente, para poder defenderse adecuadamente una persona, **es necesario que sepa de qué se la acusa, y cuáles son los elementos en su contra**. Debe poder acceder libremente al proceso. No puede, como el personaje de Kafka, ser sometida a un proceso secreto. Y como forma de dar mayor garantía a los actos procesales, el proceso no sólo debe ser accesible para el acusado: tiene que ser **público**. Este principio cede temporariamente por razones de seguridad y eficacia en la investigación: por ejemplo, cuando para asegurar los resultados de una investigación penal se mantiene la misma bajo secreto, o para resguardar la seguridad de los testigos se hace reserva de su identidad. Pero ello sólo puede ser por un tiempo limitado. El secreto de la investigación debe levantarse en un plazo breve y la reserva de identidad de los testigos se termina cuando son citados a declarar en la audiencia de debate.

Además de tener libre acceso al expediente, el reo debe poder comunicarse libremente con su defensor. Tales comunicaciones no pueden ser interferidas ni restringidas. La incomunicación del detenido que prevén algunos códigos de procedimiento por razones de seguridad procesal (por ejemplo, para que no pueda advertir a sus cómplices) cesa inmediatamente al tomársele declaración indagatoria.

El artículo 18 establece otros requisitos para que una persona pueda ser “penada”. Lo dice en su primer párrafo: **“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”**.

¿Qué significa esto? En primer lugar, es el llamado **principio de legalidad**. Nadie puede ser sujeto a pena si la acción que se le atribuye no ha sido previamente

declarada delito por una ley y sancionada con una pena precisamente establecida. No se puede condenar mediante una ley posterior al hecho. En los anales jurídicos argentinos se recuerda un caso del siglo XIX que ejemplifica este principio. Una banda de delincuentes extorsionadores exhumó un cadáver del cementerio en horas de la noche para pedir rescate a sus familiares. Se los conocía como los “caballeros de la noche” Fueron atrapados y llevados a juicio, pero no se los pudo condenar porque en las leyes penales de entonces la sustracción de cadáveres no estaba definida como delito. Su actividad era moralmente repudiable, pero, al no existir ley que la condenara, debió quedar impune. El Congreso se apuró a sancionar una ley que subsanara la laguna, pero sólo podía aplicarse a casos posteriores, no a los “Caballeros de la Noche”.

La razón de ello es que, para condenar a alguien, es necesario que haya actuado a sabiendas en contra de las previsiones de la ley vigente. Si la ley no previó su acción calificándola de delito y estableciendo una pena para ella, entonces su conducta no puede ser sancionada. Lo que no está prohibido está permitido.

Esto implica otra exigencia que se conoce como “**tipo penal**”. El “tipo” es la definición de una conducta como delito que hace la ley. Se trata de una acción que debe estar **clara e inconfundiblemente definida**. Por ejemplo, el homicidio: “el que matare a otro”. Producido este hecho, corresponde su sanción. El “tipo” debe ser “cerrado”, es decir, preciso. Se llama “tipos abiertos” a aquellos delitos que la ley define de manera imprecisa, en los que pueden ser incluidas muchas acciones diferentes. Los tipos abiertos son puertas abiertas a la arbitrariedad, afectan el derecho de defensa en juicio y el principio de ley penal previa y por tanto son inconstitucionales. Las conductas consideradas delitos tienen que estar “tipificadas” de manera muy precisa. Ello es aplicable a las agravantes y a los delitos “calificados”. Si alguien mata a otro es homicidio simple, pero si la víctima estaba atada y no se podía defender o si fue sorprendida a traición, se trata de un homicidio “calificado”, es decir, agravado por el estado de indefensión o la alevosía. Pero para que se lo pueda considerar “calificado”, previamente debe estar establecido en la ley penal que matar a una persona indefensa o atacada a traición tiene una pena más grave.

Del mismo modo, la ley debe prever una pena precisa. No puede dejar la pena a la discreción de los magistrados. Pero como existen en la práctica multiplicidad de circunstancias que rodean a los delitos, se considera aceptable que se deje un margen para que los jueces puedan graduar las sanciones de acuerdo a la gravedad de las conductas y las circunstancias que las rodean. Por ellos las penas suelen tener un mínimo y un máximo entre los cuales los jueces deben decidir. Pero ello debe estar previsto en la ley penal. **No se puede aplicar una pena que la ley no ha previsto.**

Lo expuesto más arriba se traduce habitualmente en otra frase jurídica: el



**“carácter irretroactivo de la ley penal”**. Las leyes penales no se aplican para actos anteriores sino siempre para actos posteriores. Hay una excepción a este principio: **la ley penal más benigna**. Cuando, con posterioridad a un hecho, la legislación cambia y ese hecho deja de ser considerado delito, rige la nueva ley y el autor del hecho, aunque lo haya cometido bajo el imperio de la ley anterior, queda libre de acusación y pena. De la misma manera, si una ley posterior establece una pena más benigna, será esta la que se aplique y no la que preveía la ley anterior. Si el criterio en la evaluación y castigo de los delitos ha cambiado en la sociedad, no se puede castigar a nadie sobre la base de criterios anteriores, que ya han dejado de tener vigencia.

El derecho penal moderno, sobre todo a partir de Beccaría, exige que las penas sean **“proporcionadas”** a la gravedad de los hechos. De allí que los hechos considerados por la sociedad como más graves deban tener una pena mayor. El sistema de penas se adecua a una jerarquía de acuerdo a los bienes jurídicos que las leyes penales protegen. Un delito contra el bien jurídico llamado vida es más grave que un delito contra el bien jurídico llamado propiedad, y en consecuencia, la pena ha de ser mayor. El ejercicio del poder de castigar por parte del Estado está sometido al principio de razonabilidad.

La ley penal argentina prevé cuatro tipos de penas: la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. La Constitución prohíbe la pena de muerte por causas políticas, y la legislación argentina ha desterrado la pena de muerte para delitos comunes. De la misma manera han sido abolidos por el artículo 18 **los tormentos y los azotes**, penas degradantes y vergonzosas. Aunque los medios de comunicación hablen con frecuencia de “cadena perpetua”, no existe en nuestra legislación el encadenamiento, y las penas privativas de libertad deben cumplirse en condiciones de respeto a la dignidad humana.

Volviendo al comienzo del artículo 18, éste habla no sólo de ley penal previa, sino de proceso previo. Nadie puede ser condenado sin proceso previo. Es el llamado **“debido proceso”**. Importa la obligación, ya señalada anteriormente, de proveer al reo todas los instrumentos necesarios para su defensa, y la vigencia del principio de igualdad ante la ley, de manera que nadie pueda ser juzgado más severamente o con menos garantías por el hecho de pertenecer a un determinado grupo étnico, social, político o religioso.

Forma parte del debido proceso **el derecho a ser juzgado por jueces imparciales**. Para asegurar el cumplimiento de este derecho es que la Constitución prohíbe que persona alguna pueda ser juzgada por **“comisiones especiales” o jueces ad hoc**, designados para su caso particular. De allí que los jueces que lo juzguen tengan que haber sido nombrados por imperio de una ley anterior al hecho de la causa (**jueces naturales**), sin

que se lo pueda sacar de su jurisdicción en momento alguno, y las normas que rigen el proceso deban ser también generales y no un reglamento dictado para su caso particular.

El Pacto de San José de Costa Rica establece además, como exigencia del debido proceso, **la existencia de una segunda instancia** adonde el condenado pueda apelar para pedir la revisión de su caso.

El tiempo en el proceso tiene también importancia. En primer lugar, debe haber tiempo para que el imputado pueda preparar su defensa. En segundo lugar, el tiempo que insuma un proceso debe ser razonable, sobre todo si el acusado se encuentra sometido a prisión preventiva, tal como establece el Pacto de San José de Costa Rica. No puede extenderse innecesariamente porque ello equivale a denegación de Justicia. Los procesos interminables son una violación de derechos.

Para que nadie esté sujeto a una acción penal indefinida la ley establece la prescripción de los delitos. Si el Estado no ejerce la acción penal durante cierto tiempo, los delitos prescriben y no pueden seguir siendo perseguidos. Una excepción a este principio son los delitos de lesa humanidad y otros especialmente graves de Derecho Penal Internacional, que se consideran “imprescriptibles”.

De la misma manera que una persona no puede estar amenazada indefinidamente por la acción penal, existe un principio que prohíbe juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho. Producido el juzgamiento, se alcanza la llamada “**cosa juzgada**” penal, de tal manera que quien resulta absuelto no podrá ser enjuiciado nuevamente aunque aparezcan nuevas pruebas incriminatorias por el mismo hecho. Este principio tiene un límite. No existe “cosa juzgada” cuando aparece nueva evidencia posterior de la inocencia del imputado. En tal caso, la condena puede ser revisada en cualquier momento.

Junto a las garantías procesales, existen las que emanan de la filosofía implícita en el derecho penal moderno. Éste tiene como base la **responsabilidad individual**. Tomemos, para ejemplificarlo, la primera ley penal que conoció la Humanidad: el Código Hamurabbi. En él se instituyó la idea de “proporcionalidad” entre el hecho y la pena. Era una proporcionalidad muy rudimentaria y se expresaba en la famosa frase (luego adoptada por el Antiguo Testamento) “ojo por ojo, diente por diente”. Implicaba que el autor de un daño debía recibir un daño equivalente al ocasionado. Si un arquitecto construía una casa deficiente y esta se desmoronaba ocasionando la muerte del hijo del propietario, se lo castigaba con la muerte de su propio hijo. Desde luego, el hijo del arquitecto no tenía relación alguna con el hecho, pero el Código Hammurabbi no discernía aún la responsabilidad individual. En el derecho penal moderno se juzga y se condena al individuo, y la pena que se le impone se agota en su persona, y no puede exten-

derse, por ejemplo, a su familia.

En segundo lugar, el Código Hammurabbi no había podido elaborar todavía una noción de culpabilidad. Se castigaba incluso cuando el autor del hecho no tenía culpabilidad individual alguna. Podía suceder que hubiera ocasionado un daño por accidente: se lo sancionaba de cualquier manera, porque su responsabilidad era objetiva. El moderno derecho penal no acepta la responsabilidad objetiva. Parte de la base de que el individuo sólo es punible cuando ha actuado, y cuando lo ha hecho con libertad. Ello significa que no se castigará a quien no tenía intención de cometer el hecho que cometió: por ejemplo, cuando actuó por error o ignorancia de hecho no imputable, o movido por una fuerza física irresistible, o en estado de locura que le impedía comprender lo que hacía y que esto era delito. Si actuó para defenderse, podrá invocar legítima defensa; si actuó para evitar un mal mayor e inminente, podrá invocar estado de necesidad. Según el delito, se requerirá de su ánimo una determinada intención. Los delitos dolosos, como el homicidio simple, requieren la intención de provocar el resultado, es decir la muerte. Para los delitos culposos, como las lesiones culposas, bastará con que haya incurrido en negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos. Pero no se puede castigar sin que exista una conducta culpable, por comisión (cuando es un acto positivo) o por omisión (cuando es una ausencia de acción).

Que el castigo deba fundarse en la conducta significa que no puede fundarse en otras consideraciones. No se puede castigar a alguien porque responde, por ejemplo, a una tipología social, racial o cultural que se supone denotativa de peligrosidad. Lombroso, un célebre criminalista italiano, después de estudiar a los presos italianos, llegó a la conclusión de que había “criminales natos”, y que se los podía identificar por las medidas de sus cráneos, la posición de sus orejas, etc. Tal teoría, lindante con el racismo, cayó en descrédito. Sin embargo, todavía hoy existen lombrosistas inconscientes que aspiran a que se penalice la portación de cara, como vimos al hablar del abuso policial.

La responsabilidad penal individual implica asimismo que es necesario que exista un resultado externo de la acción. No se puede castigar los pensamientos (el sólo deseo de matar a alguien), ni los delitos imposibles (por ejemplo, dispararle a un cadáver creyendo que está vivo), ni los delitos de que el autor se ha arrepentido en el momento en que pensaba cometerlos. Cuando se intenta cometer un delito y no se logra consumarlo por razones ajenas a la voluntad del sujeto, esta acción, que se conoce como “tentativa”, es punible y se la castiga con una pena disminuida. Pero ello es así porque la acción había salido ya del ámbito interno del sujeto (su intención de delinquir) y comenzado a ejecutarse. Si sólo hubiera quedado en la intención no podría castigarse.

Entre las medidas de prueba del proceso penal reviste particular importancia la

confesión. En el procedimiento antiguo esta era la prueba por excelencia, e incluso eximía de mayores investigaciones. Era un atajo inmejorable para los magistrados incompetentes, y por eso se apelaba a la tortura para obtener confesiones. Nuestra Constitución no admite que se llegue al castigo de esa manera, y sienta como base de la sanción penal la búsqueda de la verdad material. Como las confesiones pueden ser falsas o forzadas, su valor no es absoluto y no libera de investigar los hechos realmente ocurridos. Y sobre todo, la Constitución quiere que se destierre la tortura, la extorsión o los apremios de cualquier naturaleza para obtener confesiones, de allí que establezca como principio que **“nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”**. El reo puede negarse a declarar, sin que ello implique presunción alguna en su contra, y si ha confesado bajo presión, ese medio probatorio es nulo.

La protección de la libertad física encuentra recepción en esta misma norma, cuando dispone que nadie podrá ser arrestado “sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Fuera de este caso, toda detención es arbitraria e ilegal, y puede interponerse contra ella la acción de hábeas corpus, que veremos más adelante.

La Constitución protege asimismo la privacidad de las personas, declarando inviolables sus domicilios, así como sus papeles privados y correspondencia, y todo lo que a ella se asimile: por ejemplo, las conversaciones telefónicas o los mensajes de correo electrónico. Sólo se puede allanar domicilios o secuestrar correspondencia o intervenir comunicaciones privadas mediando orden judicial en los casos en que determina la ley. Y estos casos son contados, requieren que existan motivos fundados de sospecha y deben interpretarse con criterio restrictivo. Al ordenarse un allanamiento, se deberá cumplimentar ciertos resguardos mínimos que prevé la ley. Por ejemplo, deberá efectivizarse en determinadas condiciones –horario diurno, presencia de testigos, posibilidad de contralor, prevención del “plantado” de elementos inculpativos por el personal interviniente, etc.- Cuando no se ha cumplido estos requisitos, la información obtenida o el material secuestrado no pueden ser usados como prueba y el procedimiento es nulo.

Comprobada la culpabilidad del acusado y dictada sentencia condenatoria, se ingresa en el ámbito de la ejecución penal, que se rige por el **reconocimiento de la dignidad humana del penado**, con independencia del crimen que haya cometido. De ello se ocupa la última parte del artículo 18, así como algunas pautas internacionales, entre las que cabe destacar las **“Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos”** de las Naciones Unidas, recogidas por la ley nacional 24.660. Pero todo ello será objeto de tratamiento particularizado en capítulos posteriores.

Como complemento de la norma constitucional, cabe mencionar, por su espe-

cial importancia, las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en algunos de sus artículos regulan en forma concordante o complementaria los principios que deben regir en el juzgamiento penal de las personas.

## 10) Derechos de las víctimas.

Vimos hasta aquí los derechos que asisten a las personas acusadas de delitos. Estos derechos no protegen sólo al inocente, sino también al culpable, por aberrantes y monstruosos que sean los hechos que haya cometido. Esto muchas veces indigna a la gente común, que desearía ver castigados a tales individuos de manera especialmente severa. Sin embargo, nunca puede aplicarse una severidad mayor que la que la propia ley prevé.

Ahora bien: si incluso los culpables están amparados por tales derechos, **¿qué sucede con las personas que han sido víctimas de delitos?** Para el Derecho Penal clásico, tales personas estaban suficientemente protegidas por la ley penal y por el ejercicio de la acción penal por parte de los representantes del Estado. Sin embargo, hace ya tiempo que se ha comprobado que **dicha protección genérica no es suficiente**. De hecho, incluso en el Derecho Penal clásico se reconocía a las víctimas la facultad de intervenir en los procesos como querellantes o como particulares damnificados. Hoy se reconoce a las víctimas (y a su familiares, en caso de que hubieran muerto o estuvieran imposibilitadas) una participación creciente como una de las partes del proceso penal. La tendencia es a acordar una equiparación de las víctimas con las otras partes procesales, para que también puedan controlar la prueba, ofrecer medidas, participar en las audiencias, aportar elementos tendientes a demostrar la culpabilidad de los acusados, solicitar penas o calificaciones legales, y recurrir de las sentencias ante un tribunal superior cuando no se ha satisfecho su demanda de justicia, o aún acudir ante los organismos internacionales cuando se ha vulnerado su derecho de ser oídas o de peticionar y obtener satisfacción por los crímenes padecidos.

Este derecho es claro cuando han sido el Estado o sus agentes los autores de los delitos sufridos por el particular. A tal efecto se han dictado leyes especiales de reparación de las víctimas del terrorismo de Estado. Pero también existe cuando se trata de delitos comunes cuya investigación y sanción el Estado no ha provisto adecuadamente.

Junto al derecho a obtener satisfacción penal con la sanción de los autores, está el derecho de las víctimas a ser indemnizadas por éstos, y con ese fin pueden presentarse tanto en el proceso penal como en un juicio civil por daños y perjuicios.

Una adecuada protección de la víctima debe ir más allá, incluso, de su participación en juicio. De hecho, se supone que su condición de víctima es consecuencia de un déficit en la labor del Estado de garantizar el orden y prevenir los delitos. Por tanto, en la actualidad el derecho de las víctimas comprende el de recibir asistencia de parte del Estado para hacer frente a las secuelas del ilícito sufrido. Se han organizado, desde la esfera estatal, en los últimos años, centros de asistencia a las víctimas, con el fin de asesorarlas en la búsqueda de justicia y brindarles atención médica y psicológica. En el caso de las víctimas de ciertos delitos especialmente lesivos para la integridad física y psíquica de las personas –como ser aquellos que tienen como sujetos pasivos a los menores, o los delitos sexuales- este derecho de asistencia a cargo del Estado ha dado lugar a la puesta en funcionamiento de organismos especializados y la capacitación de profesionales.

## 11) El mundo de las cárceles

Dijimos que nos ocuparíamos de las penas. Vamos a comenzar por la pena privativa de libertad, junto a los problemas a ella vinculados: **el mundo de las cárceles y la reinserción social del penado.**

En la actualidad damos por sentado que la prisión es la pena por antonomasia. “Penado”, precisamente, es como llamamos al preso. La cárcel es “la reina de las penas” del mundo occidental.

Sin embargo, la preeminencia de la privación de libertad como sanción penal data de hace poco tiempo. Ya hemos visto la multiplicidad de penas que los hombres inventaron a través de los siglos. **Michel Foucault**, en el gran ensayo clásico “**Vigilar y Castigar**”, describe la evolución de las penas desde la Edad Moderna hasta el presente. Las penas atroces, comunes en el Antiguo Régimen, **tenían como objeto al cuerpo**. Se suplicaba a los condenados, se los hacía sufrir “en la carne”. En un horroroso cuento de **Franz Kafka** llamado “**En la colonia penal**”, se relata una de estas penas atroces llevada al colmo de lo absurdo e inhumano: una máquina graba con agujas en el cuerpo del condenado el crimen que éste ha cometido, hasta matarlo. Obviamente se trata de una ficción, pero el principio de la pena que describe Kafka es el que regía la penalidad del suplicio: **inscribir en el propio cuerpo del castigado su castigo**. La pena tenía que ser atroz porque lo que se intentaba destruir mediante ella era la ofensa que el criminal había cometido, no contra la víctima o la sociedad, sino contra la autoridad del Soberano. **La pena tenía un fin político y era demostrar, en el cuerpo de cada condenado, la fuerza arrolladora de la autoridad real**. Era una forma de educar en el miedo, y por eso las penas tenían que reunir dos requisitos: 1) ser atroces, horripilantes;

2) ser públicas. De nada habría servido lo primero sin lo segundo. Se penaba atrocemente para dar una lección. Esta lección no era al condenado, sino al conjunto de la sociedad, que veía, en la ejecución, a la autoridad real en todo su (macabro) esplendor. De allí los espectáculos horribles que se montaban alrededor de estas ejecuciones.

Con el movimiento de reforma penal originado durante el iluminismo, y especialmente con el triunfo de las doctrinas humanitarias del gran jurista milanés Cesare Beccaría, **tales penas cayeron en el más absoluto descrédito**. ¿Para qué servían esas penas atroces? Para convertir a los delincuentes en mártires de cuyo lado se ponía la multitud horrorizada. Eran penas caprichosas, incontrolables, que variaban según la calidad de las personas, el arbitrio del magistrado o la zona geográfica dentro de un mismo país. Eran “irracionales”, como le gustaba llamarlas al iluminismo, cultor de la “diosa Razón”. Había que reemplazarlas.

Césare Beccaría abogó por algunos principios que hoy están ampliamente aceptados. Entre ellos, **la abolición de las penas inhumanas**. Otro principio era el de “**proporcionalidad**” entre el delito y la sanción; para ello debía existir una forma de graduarlas. Esto se relacionaba con una idea propia de la época: la “**racionalidad**”. Las penas tenían que ser “racionales”. Y, por supuesto, había que “**simplificar**” el sistema penal, hacerlo comprensible y previsible, y **quitar arbitrariedad** a los magistrados para que debieran atenerse a márgenes estrechos al castigar.

Con lo dicho se comprenderá que la pena de prisión cumple con algunos de los requisitos buscados por esta nueva mentalidad penal. En efecto, es una pena que puede intervenir sobre el penado sin tocar, en principio, su cuerpo. **Ya no se imprime el castigo en la carne, sino, como dice Foucault, en “el alma” del condenado**. La pena de prisión moderna, al menos en teoría, no va acompañada de suplicio. **Se priva de la libertad y se alzan rejas y murallas, pero no para supliciar al condenado, sino para someterlo a un “tratamiento”**. Este “tratamiento” es la llamada “**técnica penitenciaria**”. ¿En qué consiste? En someter al delincuente a la disciplina. Se intenta “**corregir**” en el alma del penado su rebeldía hacia las normas sociales. Y esto, se supone, se logrará mediante una rígida y omnipresente “disciplina”, que no tiene como finalidad mortificar sino “**reeducar**”. Todo esto, insistimos, es la teoría: teoría que fue forjándose desde fines del siglo XVIII y que tuvo en el siglo XIX sus experiencias clásicas, en la creación de una serie de “**modelos penitenciarios**”.

Por supuesto que la idea de “castigo”, de “retribución” nunca estuvo del todo ausente. Hubo establecimientos penitenciarios de orientación religiosa, que basaban parte de su “tratamiento” en obligar al reo a tomar conciencia de su delito, a expiar su pecado (“penitencia” es lo que hace el pecador arrepentido). Pero como estamos hablando en términos generales, no nos detendremos en todas las peculiaridades y variantes del

régimen penitenciario moderno.

Otra ventaja de la prisión a la luz de las doctrinas modernas era su carácter de **“humana”**. Obviamente, podía considerarse “humana” en relación al repertorio de penas infames que la habían precedido, del mismo modo que se consideró “humana” la guillotina, que mataba limpiamente y sin dolor. Y al igual que ésta, se trataba de una pena más o menos igualitaria. (Al menos -una vez más lo aclaramos- en teoría, porque la instancia de ejecución tiene tanta desigualdad como la propia sociedad: y si no, consúltese a los presos privilegiados que cumplen condenas en celdas VIP).

La tercera ventaja era que podía considerarse una pena **“racional”**. Es decir, que podía ser fundamentada y explicada desde la razón y no desde la venganza o la autoridad.

La cuarta ventaja es que podía considerarse “útil” (lo que no es sino otro aspecto de la racionalidad). **El fin teórico al que tendía no era el castigo por el castigo mismo: era la seguridad de la sociedad y la “reeducación” del condenado.** Ejemplo de este concepto es el artículo 18 de la Constitución en cuanto prescribe que *“las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo”*. También podía ser útil en otro sentido, cuando se la combinaba con el **“trabajo forzado”**. El trabajo forzado se fundaba en los principios de la mentalidad industrial, según la cual no podía admitirse la existencia de “vagos” u ociosos. Si había gente cumpliendo penas, era justo que se la obligara a trabajar para pagar su propia subsistencia. En algunos informes penitenciarios franceses e ingleses de la primera mitad del siglo XIX, se mencionan críticas a la “situación privilegiada” en que se encontraban los penados respecto del obrero libre, que tenía que trabajar como un burro en las fábricas, y se sostenía que las estadías en prisión, en vez de sanciones, parecían premios. Por otra parte, el trabajo era una forma de disciplinar. De allí que el trabajo forzado se utilizara con frecuencia como parte del tratamiento penitenciario. En la actualidad, se encuentra abolido. El trabajo se concibe hoy como un derecho del reo y una técnica voluntaria de resocialización, no como pena agravada.

La quinta ventaja es que era una pena **“graduable”**. Con ello se satisfacía la exigencia de proporcionalidad de Beccaría. La graduación consiste en el tiempo. La gravedad de los delitos se mide por el tiempo de condena. Esto es un método sencillo y racional de proporcionalidad. También se puede graduar la forma de aplicación de la pena, haciéndola más o menos rigurosa de acuerdo a las necesidades del “tratamiento” penitenciario. Los jueces y la autoridad penitenciaria pueden introducir variantes tales como el aislamiento o las celdas de castigo para los delincuentes contumaces, y también premios, como regímenes más suaves, salidas laborales, libertades condicionales y



beneficios para aquellos que muestran someterse al régimen disciplinario.

Por todas estas ventajas es que la prisión y el sistema penitenciario se convirtieron en la “estrella” del sistema penal. Los gobiernos liberales y los pensadores progresistas se mostraban orgullosos de haber encontrado **una forma de sancionar sin incurrir en atrocidades, de castigar sin sentir que castigaban sino que “educaban”, de aislar de la sociedad a las “manzanas podridas” sin tener que apelar al derramamiento de sangre.**

Hay aún otra ventaja, llamémosla “psicológica”, que tienen las cárceles: son **ocultas**, están fuera de la vista. Es una ventaja que comparten con los loqueros. Son lugares de aislamiento, que sacan de circulación a los elementos desagradables, a las cosas que no queremos ver. Resulta tranquilizador no tener que enterarse de lo que ocurre en las cárceles, al igual que en los loqueros. Sólo toman estado público con algún hecho resonante: una rebelión, un motín o una matanza. Fuera de ello, son perfectamente **silenciosas, invisibles**. La sociedad puede hacer como si no existieran.

Hemos hablado hasta aquí “en teoría”. Porque pronto la realidad puso en evidencia que las bondades teóricas de la prisión no funcionaban como se había pensado. Y junto a los propagandistas del nuevo régimen penal aparecieron enseguida las voces críticas, como también señala Foucault al recopilar distintos informes de prisiones francesas del siglo XIX. Pronto se vio que, más que “escuelas penitenciarias”, las cárceles eran **escuelas del delito, fábricas de delincentes**. El que entraba como delincuente primerizo salía convertido en profesional. En la convivencia penitenciaria se trenzaban las alianzas y los pactos creadores de bandas y mafias futuras.

Lo cierto es que la cárcel **nunca ha logrado cumplir la función rehabilitadora para la cual se suponía que había sido creada**. Pronto se empezó a observar que la cárcel no disminuía el delito, como lo mostraban a las altas tasas de reincidencia. ¿Cuál era, entonces la función que cumplía? En el mejor de los casos, **la función de las cárceles ha sido doble: simbólica, como demostración del poder del Estado, y pragmática, como mecanismo de control social**. La primera función se comprende sin explicarla. ¿Pero qué queremos decir cuando hablamos de “control social”? Si la cárcel no “reeduca” eficazmente al delincuente, si su función no es “eliminar” la delincuencia, ¿qué es, entonces, lo que hace? Lo que hace es **crear un tipo especial de delincuencia**: una delincuencia “controlada”, “institucionalizada”. Esto puede parecer contradictorio, y sin embargo es real. El sistema penitenciario fue consciente desde un comienzo de su limitada eficacia rehabilitadora, pero en cambio demostró una gran eficacia para convertir a la delincuencia informe (y por lo tanto “peligrosa” para la continuidad misma del sistema) en una delincuencia “domesticada”, “modelada”, identificable, perseguible y

controlable dentro y fuera del ámbito penitenciario. En lugar de ser una delincuencia “antisistema”, se la convirtió en una delincuencia “funcional” al sistema, dispuesta a capitular y negociar en todo momento con las “fuerzas del orden”, dispuesta a circunscribir sus actividades a los márgenes tolerados por el sistema, pagando de diversas maneras el “**impuesto a la ilicitud**” en la forma de coimas, mano de obra disponible para las fuerzas de choque represivas, comisión de delitos “tolerables” por cuenta y orden de las autoridades policiales o penitenciarias, y, en fin, convirtiéndose en “informante”, proveyendo una red de “delatores sociales”, actuando como “órgano informal” del control social. ¿Del control social sobre quién? Sobre los sectores populares, desde luego.

¿Queremos significar con esto que la función rehabilitadora no se puede cumplir jamás? No, por cierto. Ha habido experiencias en que se logró la rehabilitación. En las charlas sobre cárceles que organizamos desde el Foro Nacional de Derechos Humanos y Acción Humanitaria hemos convocado con frecuencia a personas que pudieron testimoniar sobre algunas de estas experiencias exitosas: ex reclusos que lograron rehabilitarse mediante sistemas especiales, algunos de ellos llevados a cabo por comunidades religiosas. Laura Bonaparte, Madre de Plaza de Mayo, nos relató en cierta oportunidad cómo, en tiempos en que su padre era juez del Superior Tribunal de Justicia en la Provincia de Entre Ríos, habían logrado las autoridades hacer funcionar una cárcel modelo, de tipo granja, en donde se impartía una reeducación tan efectiva que no hubo sino contados casos de reincidencia entre los liberados. Rafael Bielsa nos relató una experiencia piloto de rehabilitación con acceso a estudios y talleres de oficios que se llevó a cabo cuando era funcionario del Ministerio de Justicia, logrando reducir en forma sustancial los niveles de reincidencia. Existen en la historia penitenciaria numerosos ejemplos semejantes. **¿Por qué, entonces, tales modelos no se aplican en forma general? ¿Por qué no funcionan de manera más amplia?**

Quizás la respuesta sea política: **quizás no haya el suficiente interés político en lograr cárceles reeducadoras**. Quizás sea más fácil y cómodo dejar las cosas como están: asegurar una delincuencia “controlable” y “disponible”, hacer que las cárceles sean meros “depósitos de presos”, permitir que prevalezca la idea no confesada de “castigo” en vez de la proclamada y nunca cumplida idea de “rehabilitación”. Después de todo las cárceles concebidas de este modo quizás no sirvan para reeducar al delincuente, pero sirven para amedrentar a los pobres. Porque, en efecto, ¿cuál es el origen predominante de la población carcelaria, en Argentina y en casi todo el mundo? El pobre-río, las minorías étnicas, los sectores sometidos. **La cárcel no elimina los delincuentes, pero ofrece una manera más o menos eficaz de tener a los pobres controlados.**

Esta función de “control social” que ejercen las cárceles a la perfección es la

que nos da la pauta de **la relación existente entre régimen carcelario y naturaleza de los gobiernos**. Es una relación relativamente constante. Cuando existen gobiernos populares, la situación en las cárceles tiende a aliviarse y mejorar, las experiencias rehabilitadoras tienden a imponerse y el sistema penitenciario adquiere un cariz considerablemente menos opresivo. **Gobierno popular implica reforma carcelaria**. ¿O no ocurrió así bajo los primeros gobiernos peronistas, cuando se intentó modificar la situación de las cárceles y se cerró –en 1947– el infame presidio de Ushuaia? Y a la inversa, siempre que existen gobiernos no populares o reaccionarios, la situación en las cárceles empeora, aumenta la arbitrariedad y el avasallamiento de derechos, se abandonan las experiencias rehabilitadoras como inútiles, costosas o ilusorias y recrudece la idea de “castigo”.

Las cárceles han llegado a encarnar en distintos momentos históricos el rostro más cruel de un sistema de dominación. Como su “materia prima” es el pobrerrío, éste sabe muy bien de qué se trata todo el asunto. **No es casual que el primer objetivo de la Revolución Francesa, el emblema del Antiguo Régimen, la cara visible de toda la opresión de la monarquía podrida y sus satélites de la nobleza y el clero haya sido, precisamente, una cárcel: la Bastilla**. La toma de la Bastilla pasó a la historia como el momento emblemático de la Revolución Francesa. Tomar la Bastilla era, justamente, destruir el máximo exponente de la represión contra el pueblo. **Cuando el pueblo irrumpió en la Bastilla, ingresó en el sancta sanctorum de la represión**. Después de eso, guillotinar al rey era sólo cuestión de tiempo.

De la relación entre cárcel y gobierno popular podemos regresar a la relación que ya analizamos entre delito y exclusión. Hay una anécdota que la ejemplifica de manera proverbial. Se cuenta que en una oportunidad el penitenciarista Roberto Pettinatto le dijo a Perón, en tono de broma: “General, cada vez entran menos presos. Si seguimos así, se me van a vaciar las cárceles”. Perón le respondió, con admirable perspicacia: **“No se preocupe, Pettinatto. Eso es porque funciona la Justicia Social”**. Con la síntesis magistral que lo caracterizaba, **Perón expuso aquí la idea central del problema de la generación social del delito**. Las cárceles –depósitos de excluidos– “se vacían” cuando opera la Justicia Social. Con ella disminuye la **delincuencia ocasional** generada por la exclusión, y **decrecen los incentivos para que esa delincuencia ocasional se convierta en permanente**. Habiendo menos pobrerrío hay menos huéspedes potenciales de las cárceles. Los atenienses lo sabían muy bien y por eso pregonaban hace dos mil quinientos años: **“hagamos más escuelas para tener que hacer menos cárceles”**. En efecto, la educación integradora contribuye, como herramienta de Justicia Social, a disminuir la delincuencia. La reducción drástica de la escolaridad real (es decir, las escuelas como escuelas y no como simples comedores) que produjo la instalación de los modelos neoliberales en Latino América, trajo aparejada la paradoja de que **el pri-**

**mer contacto en la vida de muchos marginados con el Estado ha sido la cárcel. Conocieron al Estado recién cuando fueron presos. La fachada del Estado, para ellos, ha sido un establecimiento penitenciario.**

¿Qué hace la cárcel real (y no los modelos teóricos) en la vida de la gente? Ya que no la reeduca sino excepcionalmente, veamos qué es lo que sí hace, además de “profesionalizar” delincuentes. Los mantiene en una ociosidad perversa. Los hace clientes del mercado interno de drogas y psicotrópicos. Les enseña el arte de la delación y de la vejación mutua. Les saca lo que puede mediante el sistema de corrupción penitenciaria, en el que se compran y venden los privilegios, la permanencia en determinados pabellones, los traslados, las calificaciones para la libertad condicional. Los acostumbra a la simulación ladina y a agachar la cabeza frente al poderoso y pisotear al débil (si es que no lo aprendieron cuando estaban libres). Rompe el sentimiento de solidaridad y, cuando va acompañada de vejámenes, aumenta el resentimiento antisocial y el deseo de venganza. Los presos son muertos en vida: con razón Dostoieski, que estuvo preso, llamaba a la cárcel la “Casa de los Muertos”, y el argot carcelario ha bautizado a sus habitantes como “tumberos”.

**Las cárceles son el último reducto del autoritarismo:** son islas, museos vivientes de la represión de la última dictadura militar. Las instituciones se democratizaron las fuerzas armadas se profesionalizaron, las policías fueron reformadas, pero el servicio penitenciario permanece con escasos cambios reales, como un nicho, como un bastión represivo. **Lo ayuda a permanecer así su propia invisibilidad.** Esto parece contradecir lo afirmado anteriormente de la relación entre cárceles y gobiernos populares. Pero democracia no equivale automáticamente a “gobierno popular”, y menos en las democracias dependientes de Latinoamérica, en que gobiernos elegidos democráticamente gobernaron para las oligarquías y las multinacionales. La transición democrática tiene asignaturas pendientes y la cárcel es una de ellas. **La irrupción del neoliberalismo ha implicado que las cárceles ampliaran su función represiva mediante la criminalización encubierta de la pobreza y el conflicto social que ese modelo económico excluyente trae aparejada.**

¿Y qué hacen las cárceles con las familias de los presos? Los hogares quedan sin su jefe, las mujeres y los hijos sin su sostén económico. Aquellas comienzan a vagar de cárcel en cárcel procurando aliviar las penurias del detenido y arrimarle los elementos indispensables que aquel (en general egoísta y quejoso) sin cesar les reclama, desde cigarrillos hasta artículos personales. Tienen que mantener a sus hijos y al preso, y con frecuencia se prostituyen. **Con la pena del penado resulta penada toda la familia.** Los hijos crecen sin padre pero con resentimiento: son delincuentes en potencia.

¿Y qué pasa cuando el preso recobra la libertad? Es una persona **estigmatiza-**

**da.** Con frecuencia no consigue empleo aunque lo busque. Desde la sociedad “honesta” se levantan nuevas murallas, nuevas rejas. Muchos empleadores reclaman certificados de antecedentes (y la ley lo permite aunque sean contrarios a la Constitución), con lo cual esos puestos de trabajo quedan fuera de su alcance. Y no faltan quienes pretenden –ocurrió hace poco en un pueblo de Córdoba- establecer normas que obliguen a los liberados a informar su condición de tales ante todo el vecindario, aumentando su estigmatización. Los sistemas institucionales que tienen como finalidad ayudar a la reinserción social –como el Patronato de Liberados- no son más que una farsa. Consecuencia: no hay reinserción social, no hay trabajo y no hay forma de mantenerse sino por medio del delito, **nefasto círculo vicioso**.

Entramos así a otra cuestión trascendental: **¿el ser humano es rehabilitable?** ¿El que cometió un delito y fue penado merece una nueva oportunidad? ¿O los delitos se pagan de por vida? A primera vista cualquiera contestaría a favor de la rehabilitación. Pero lo cierto es que es una respuesta hipócrita, porque **la sociedad parece no creer realmente en la rehabilitación social de los ex convictos**. Si alguna vez delinquieron, pesa sobre ellos una eterna sospecha. El que cayó parece que nunca podrá levantarse.

Recordemos una novela de Víctor Hugo: “*Los Miserables*”. Jean Valjean, condenado por robar una panadería (delito social por antonomasia es el robo de un pan), debió purgar dos décadas en presidio. Liberado, vaga de ciudad en ciudad sin conseguir trabajo y ni siquiera alojamiento. Lo echan de las posadas al enterarse de que lleva la infame “papeleta”, la cual debe presentar en cada destacamento policial por donde pase. Sólo un buen cristiano –el obispo Bienvenido- le da albergue en su casa. Valjean, acostumbrado a la ingratitud y convertido en una bestia por obra de los malos tratos, recompensa el gesto de buena voluntad robando a su huésped el ajuar de plata. Cuando la policía lo atrapa, monseñor Bienvenido (quien no ha olvidado que Cristo se rodeaba de prostitutas y publicanos y fue crucificado junto a dos ladrones) encubre al criminal diciendo que le había regalado los objetos de plata, y agrega al botín dos candelabros valiosos. Valjean, profundamente impresionado por este acto de bondad –el único de que había tenido experiencia en su vida adulta- se regenera. Convertido en una persona de bien, pasará el resto de su vida escondiéndose del inspector Javert, inhumano representante del orden. No importa cuánto bien haga Valjean en su nueva vida: el inspector Javert lo seguirá persiguiendo.

Este folletín de Víctor Hugo plantea de manera insuperable el dilema de la rehabilitación social. La caridad cristiana, encarnada en monseñor Bienvenido, se abstiene de juzgar y hace el bien porque cree en la capacidad del hombre de regenerarse. La autoridad inhumana e inflexible, encarnada en Javert, no admite la regeneración. Para Javert un ex convicto es y será siempre un enemigo, haga lo que haga el resto de su vida.

## **Nuestra sociedad, lamentablemente, se parece más a Javert que a monseñor Bienvenido.**

Pero volvamos a las cárceles. Un discurso demagógico habitual consiste en sostener que hay mucha delincuencia, no porque haya factores sociales que la impulsan sino porque “no hay suficientes cárceles”, porque “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra”. Es fácil hablar así, pues las víctimas de la inseguridad odian lógicamente a los delincuentes y las víctimas potenciales están aterrorizadas. Y además, **es más sencillo construir cárceles que proporcionar Justicia Social y disminuir las desigualdades**. Como los destinatarios de las cárceles son los pobres, los “cabecitas negras”, los “villeros”, es también agradable para la clase media eliminar a todos estos indeseables que habitan las periferias urbanas. Con este discurso simplista y falso se ganaron muchos votos. Ahora bien: **¿cómo ha funcionado esta demagogia autoritaria en Argentina?** ¿Ha tenido consecuencias en el sistema penal? Sí. Lamentablemente las ha tenido.

Este discurso que reniega de la Justicia y de los procedimientos, que detesta como obstáculos a las garantías individuales y que quiere llevar a los delincuentes al paredón o la cárcel de manera sumaria, ha producido o alentado dos fenómenos: **el gatillo fácil**, que ya vimos, y **la legislación manodurista**. Vamos a ocuparnos de las consecuencias de esta última en la situación carcelaria.

Se pueden citar dos ejemplos de este discurso demagógico: el gobernador bonaerense fugitivo Ruckauf y el falso ingeniero Blumberg. Ruckauf hizo campaña a la gobernación de Buenos Aires con el lema “hay que meterles bala a los delincuentes”. Tremenda irresponsabilidad, porque precisamente la Provincia de Buenos Aires era la que mayor cantidad de casos de gatillo fácil registraba desde el regreso de la democracia y la que permanentemente aparecía citada por este problema en los informes internacionales de derechos humanos sobre la Argentina. Pero las consecuencias de tal discurso se manifestaron en una serie de cambios legislativos. Las **sucesivas y mamarrachas reformas del Código Procesal Penal** (al que se tachaba de ineficiente y garantista) produjeron la introducción de **un mecanismo de “pena anticipada”**. Como los procesos penales tardan en llegar a sentencia y las investigaciones son tan malas que los crímenes quedan muchas veces impunes, se eligió **“castigar anticipadamente” sin tener que esperar a una sentencia que declare culpable al imputado**. ¿Cómo se logró esto? **Generalizando la prisión preventiva**.

La prisión preventiva es una medida cautelar que se adopta para impedir que una persona acusada de un delito se fugue o entorpezca la investigación. Se trata de una medida excepcional, que sólo se debe aplicar **en último recurso**, ya que consiste en encarcelar a una persona que todavía no ha sido condenada y que, por tanto, **goza de la**

**presunción de inocencia.** Sólo debería regir en casos de delitos muy graves que hacen presumir que el detenido buscará eludir la acción de la Justicia debido a la pena en expectativa, o cuando existe peligro de que altere o perjudique pruebas. ¿Cuál fue la solución Ruckauf? ¿Qué fue lo que hizo Ruckauf antes de escaparse de la gobernación? En vez de buscar una Justicia más rápida y eficaz, que llegara más pronto a sentencias que rompieran la sensación de impunidad, convirtió a la prisión preventiva en “pena anticipada”. Prohibió por ley a los jueces otorgar excarcelaciones o exenciones de prisión en una cantidad inconcebible de delitos hasta entonces excarcelables y **mandó al grueso de los procesados a la cárcel.**

Es claro que personalizamos en Ruckauf una política que fue acompañada por numerosos legisladores e iniciada por el gobierno anterior. Los jueces se inclinaron ante la presión política y social y avalaron sumisamente esta reforma. **El resultado fue que las cárceles bonaerenses se saturaron de presos en pocos años.** Llegaron a exhibir **índices de superpoblación superiores al treinta por ciento.** Los presos estaban **hacinados, en pésimas condiciones de vida y sanitarias. Ninguna experiencia resocializadora era posible.** Y lo que es peor: **las tres cuartas partes de los presos eran individuos sin condena.** Gente que para la Constitución y la ley era inocente, que aún no había sido juzgada y que estaba encarcelada por obra de una legislación demagógica e inconstitucional, dictada para satisfacer promesas electorales mentirosas.

Tener un treinta por ciento de superpoblación en las cárceles y entre un setenta y un ochenta por ciento de presos procesados y no condenados (muchos de los cuales eran posteriormente absueltos y resultaban así víctimas de una grave injusticia) ¿mejoró en algo la inseguridad? Por cierto que no. **El delito no disminuyó por haber aumentado el número de presos.** Continuó creciendo. Sólo empezó a disminuir en la Provincia de Buenos Aires (muy lentamente, es cierto) con la generalización de los subsidios por desempleo, la recuperación económica y la creación de puestos de trabajo bajo el gobierno de Kirchner.

Ahora bien, hay una característica que tiene el discurso autoritario: cuando fracasan sus recetas, dirá que ello fue porque no se aplicaron en la medida suficiente. Si la mano dura no reduce la delincuencia, argumentarán que es porque no fue suficientemente dura. Así, la culpa de su fracaso será siempre de esos “enemigos de la sociedad y del orden” a quienes ellos llaman “garantistas”.

Entonces aparece Blumberg, el falso ingeniero que durante los últimos años ha marcado la política criminal de la Argentina, erigido en fiscal de los jueces “ineficientes” y vigilador de los legisladores “cobardes”. Apoyado en la simpatía que despertó su condición de víctima de un delito atroz, encarnó el reclamo social por una mayor seguridad. Cada tanto aparecen en la sociedad argentina, endiosados por los medios de

comunicación en manos de la derecha autoritaria, personajes simbólicos de este tipo. Hace unos años, asumió estatura simbólica el ingeniero Santos, individuo que saltó a la fama y la popularidad por haber matado a unos ladrones, y en torno al cual el periodista procesista Bernardo Neustadt montó un show propagandístico a favor de la mano dura y la justicia por mano propia.

Blumberg, asesorado por gente vinculada a Ruckauf y a los militares, convocó marchas multitudinarias y llevó adelante propuestas de reforma legislativa. Algunas de estas propuestas pueden considerarse opinables. Otras no eran más que nuevas variantes de las recetas manoduristas y contribuyeron, como las reformas de Ruckauf, a incrementar el uso de la prisión preventiva como pena anticipada: por ejemplo, el aumento de penalidades a ciertos delitos para impedir que fueran excarcelables.

La situación de las cárceles ha empeorado en grado alarmante a raíz de las tendencias descritas, que además generaban una presión social considerable sobre los magistrados, quienes preferían -para no verse envueltos en pedidos de juicio político o en escarches mediáticos- mandar y mandar gente a la cárcel. Dos provincias se han distinguido por el pésimo estado de sus cárceles: Buenos Aires y Mendoza. (Las dos provincias distinguidas también por los más resonantes casos de gatillo fácil. Ambos fenómenos, ya dijimos, responden a la misma mentalidad). En los últimos años fueron frecuentes las huelgas de hambre, los motines, las tomas de rehenes y las masacres, debido al estado de superpoblación. Baste recordar como ejemplo la cárcel de Magdalena, donde se produjo un incidente que acabó con la vida de 33 detenidos, la mayoría de los cuales no tenían condena, o el caso más reciente de los muertos en una hiperpoblada cárcel de Santiago del Estero. Las comisarías estaban abarrotadas de presos esperando traslados. Los enfermos recibían mala atención y los menores eran muchas veces encarcelados en calabozos vecinos a los adultos, en abierta violación de todas las normas vigentes. Estos hechos fueron denunciados una y otra vez, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado argentino por no cumplir con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y con la Convención que proscribe la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Pero bajo la presidencia de Kirchner se produce un hecho auspicioso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación es renovada. Se van la mayor parte de los jueces neoliberales e ingresan juristas de alto prestigio, entre ellos, el famoso penalista Raúl Zaffaroni. El nombramiento de Zaffaroni fue muy resistido por toda la derecha, que no se cansó de desparramar acusaciones en su contra, pero era tal el prestigio de que gozaba y tan firme la decisión del Gobierno de sostenerlo que la campaña en su contra fue ineficaz.



En una causa de importancia histórica, la Corte Suprema se ocupó de la situación de las cárceles bonaerenses. Se trataba de un hábeas corpus colectivo iniciado por el Centro de Estudios Legales y Sociales a favor de los presos bonaerenses. Se lo conoció como **causa “Verbitzsky”**, por el apellido del presidente del CELS que suscribía el hábeas corpus. La Corte convocó a los máximos responsables políticos del Estado Provincial y recabó informes. Se realizaron diversas audiencias para procurar soluciones. Y finalmente se dictó un fallo ejemplar, aunque con voto dividido, en el que se recomendó la realización de una serie de reformas legislativas, administrativas y judiciales. Esta decisión de la Corte motivó un nuevo cambio de la legislación procesal, a fin de adecuar las normas en materia de excarcelaciones y prisión preventiva a los estándares internacionales en la materia. Se barrió así de un plumazo la legislación represiva de la era Ruckauf y se restableció el principio de que la prisión preventiva debe ser una “ultima ratio” sólo justificada por razones de peligro procesal. Algunos jueces en sus votos denunciaron la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada y recomendaron a los magistrados bonaerenses y a los poderes públicos no abusar de esta figura, así como reemplazar en lo posible la prisión preventiva por medidas alternativas o morigeradoras de la coerción (prisión domiciliaria, libertad bajo reglas de conducta, cumplimiento de tratamientos contra las adicciones, etc.). Se señaló que Argentina era uno de los países con más alta tasa de prisionización del continente y que esta tasa no guardaba proporción con el aumento real del número de delitos. Se obligó a las autoridades provinciales a hacer cesar la detención de menores y enfermos en las comisarías. Se recomendó el cumplimiento de las reglas internacionales para el tratamiento de reclusos y se reafirmó el principio de libertad en el proceso penal. Algunos considerandos de este pronunciamiento histórico merecen leerse con atención por su carácter de ejemplares.

Desde los derechos humanos podemos sostener algunas conclusiones generales: 1) La legislación de mano dura no resuelve el problema de la generación social de los delitos. Combatir la inseguridad desde una tesitura exclusivamente represiva es ignorar la realidad y atenerse a la demagogia fácil que hace pie en el miedo para conquistar respaldo político. Una verdadera política criminal requiere adoptar un enfoque múltiple y estudiar y combatir las causas reales del delito. Ello implica políticas de inclusión social efectiva, de contención de sectores en riesgo (como los jóvenes y adolescentes de las barriadas populares) y de prevención. La aplicación de la pena como herramienta de disuasión debe ser sólo uno de los aspectos de la política criminal, no el único ni el más importante. 2) Si bien es cierto que la teoría penitenciaria constituyó un avance en materia de punición, en la práctica no se ha logrado sino excepcionalmente el cumplimiento de las metas resocializadoras que se fijaban como postulado doctrinario. Las cárceles funcionan como simples depósitos de indeseables. Para que cumplan con la finalidad

reeducadora asignada, es necesaria una reforma integral del régimen penitenciario que constituye una deuda pendiente de la democracia argentina. Esta reforma debe incluir no sólo mecanismos eficaces de tratamiento rehabilitador sino también medidas tendientes a aliviar la situación de las familias de los penados y un proceso de reinserción social de los liberados que haga posible su recuperación como personas útiles. 3) La prisión preventiva no debe volver a ser una “pena anticipada”. Se debe aplicar en última instancia y en casos de verdadero peligro procesal. El principio debe ser la conservación de la libertad del procesado, salvo peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio. Esto que establecen las leyes debe ser respetado por los jueces y no desnaturalizado en la práctica tribunalicia. En los casos que lo admitan, se debe preferir medidas alternativas o morigeradoras de la prisión preventiva, que faciliten la reinserción social. 4) Los penados no son muertos vivos. Son personas con derechos, aún cuando hayan cometido delitos. **El principal de estos derechos es a no ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes.** También es esencial no olvidar su derecho a intentar rehabilitarse.

Quizás cuando se cumplan las prescripciones de nuestra Constitución en materia carcelaria, las cárceles dejarán de ser lugares infames en cuyas fachadas parece inscrita la sentencia que Dante atribuye a la puerta del Infierno: “quien entre aquí, deje afuera toda esperanza”.

## 12) La tortura

Hay otro 24 de marzo en la historia argentina, que no es el de 1976, y que no es una jornada ominosa. Me refiero al **24 de marzo de 1813**, fecha en que la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata abolió **el Tribunal de la Inquisición**. Este fue el primer paso para la prohibición, el 21 de mayo “del **detestable uso de los tormentos** adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán **inutilizados** en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo, **los instrumentos destinados a ese efecto**”.

Era una medida liberadora. La Colonia había hecho uso habitual de la tortura, los cepos, los azotes, la rueda y otros instrumentos cavernarios, herencia de la Inquisición española. Cuando el infame traidor Martín de Álzaga fue colgado en la Plaza Mayor por orden de Rivadavia, un francés se acercó a besar la horca en señal de agradecimiento por la muerte de ese odioso caudillo, que años antes lo había torturado y azotado sin piedad, como a tantos otros desgraciados.

Es claro que esta magnífica norma de la gloriosa Asamblea nunca se respetó.

Los tormentos siguieron aplicándose invariablemente. El cepo gozó de sus períodos de renacimiento, lo mismo que los azotes vergonzantes. La estaqueada era un frecuente correctivo para los reclutas, y más si eran gauchos y pobres, como relata el Martín Fierro (se llegó a utilizar la estaqueada de soldados en el año 1982, durante la guerra de Malvinas). En las aldeas de campaña, los comisarios hacían coser a los díscolos dentro de una bolsa de cuero húmedo y los ponían a secar al sol: cuando el cuero se encoge puede llegar a causar la muerte. El ingenio humano es inagotable a la hora de inventar nuevos métodos de causar dolor. Argentina tiene el horrible privilegio de haber sido el país donde se inventó la picana eléctrica, aplicando a los hombres un instrumento que había sido pensado para arriar vacas. Si daba resultado con éstas, ¿por qué no con los hombres? En la década de 1930, la famosa Década Infame, la picana se convirtió en el método policial por excelencia (llevado a cabo por el hijo de Lugones en calidad de Jefe de Policía: ¡el hijo de un poeta convertido en torturador!), para castigar a los obreros revoltosos y a los anarcosindicalistas, y también para arrancar confesiones a los sospechosos de delitos. Es una trágica ironía que 163 años después de la Asamblea del año XIII, otro 24 de marzo, se haya reimplantado la tortura en proporciones inauditas. Bajo la dictadura militar, la picana fue reina y señora de los centros de detención ilegal. Acompañada de otros métodos, como el submarino –sofocación bajo el agua- y el submarino seco –sofocación mediante una bolsa en la cabeza-, la picana se convirtió en una práctica cotidiana. Las sesiones de tortura eran fiscalizadas por médicos –sí es que se les puede dar ese nombre- para asegurar que el torturado no muriera antes de haber proporcionado la información que se buscaba. Los genitales eran la región preferida para el picaneo. Las prisioneras, además, tenían el castigo adicional de ser violadas por sus torturadores. Estos procedimientos sobrevivieron en democracia. Las Comisarías bonaerenses (las de la “mejor policía del mundo”) fueron escenario de incontables sesiones de tortura contra presos y detenidos. Hasta el presente siguen produciéndose episodios de torturas, palizas y apremios ilegales en comisarías, pese a que se encuentran rigurosamente perseguidos y el Estado ha adoptado una política de no tolerancia ni encubrimiento. En años recientes se han producido varias condenas de policías por tormentos seguidos de muerte, crimen que hoy tiene la más severa penalidad en nuestras leyes. Hasta tal punto es difícil desterrar estas prácticas atroces.

Aún cuando parezca increíble, **la tortura sigue teniendo partidarios**. No me refiero a los sádicos que las aplican sino a ciertos ideólogos de la tortura como método de obtener información. Tales ideólogos siempre han existido en estas tierras, pero a partir del atentado a las torres gemelas florecieron también en los Estados Unidos. Quiero decir que florecieron públicamente, porque en secreto también allá los hubo siempre, alimentando la batería de herramientas con que se ha manejado la CIA en la guerra fría. Ahora han salido a dar la cara para proponer una cierta legitimación de la tortura frente

al terrorismo y defenderse del escándalo desatado por la tortura de prisioneros en Irak y Guantánamo: escándalo que incluso mereció la denuncia de el ex presidente Carter, célebre defensor de los derechos humanos.

Plantean dilemas hipotéticos: “si un terrorista puso una bomba que amenaza a doscientas personas, ¿se puede o no se puede torturarlo para que revele la forma de desactivar el artefacto? Si su mujer y sus hijos estuvieran entre esas personas, usted, que es tan humanitario, ¿estaría de acuerdo o no con que se torture al terrorista?” Intentan de este modo poner entre la espada y la pared al sentido común, obligarlo a elegir entre la defensa de un principio humanitario y la vida de los seres queridos. Pero sus argumentos no son más que una fachada del sadismo. Intentan plantear como norma de la sociedad un “estado de necesidad” desesperante. (Las legislaciones prevén la exculpación de los delitos cometidos por “estado de necesidad”, es decir, para evitar un mal mayor e inminente; pero ello sólo configura situaciones de excepción y de ninguna manera implica la reivindicación de los delitos cometidos bajo estado de necesidad). Intentan convertir el estado de necesidad en estado permanente, la excepción en regla y la desesperación en norma de conducta de las sociedades civilizadas. Argumentos como el que acabo de exponer han sido utilizados con gran frecuencia por los defensores de la tortura. Pero la experiencia histórica ha demostrado que allí donde se abre, siquiera excepcionalmente, la puerta a la tortura, esta no hará sino avanzar. Cada vez habrá más situaciones a las que se considerará como pasibles de ser solucionadas mediante tortura. Cada vez se tornarán más crueles e inhumanos los métodos, y pronto no bastará golpear cabezas con una guía telefónica o impedir a los prisioneros conciliar el sueño o ponerles música a todo volumen y a toda hora; pronto se admitirá los métodos más drásticos, más lesivos, hasta dejar reducida la dignidad humana a un guiñapo.

La tortura, la mortificación de los cuerpos, se ha utilizado históricamente de dos maneras: como pena y como modo de lograr la confesión. Cuando las leyes y los tratados proscriben la tortura abarcan ambos usos. Nos referimos a la tortura como pena cuando hablamos de las penas en general y del derecho a castigar. Ahora sólo nos ocuparemos del segundo uso.

La tortura para obtener la confesión tuvo gran desarrollo en la Edad Media y de allí pasó al mundo moderno. Existía en la Edad Media una serie de instituciones procesales que tenían como finalidad suplir las deficiencias de los métodos de averiguación de la verdad. Entre ellas estaban las ordalías y el juicio de Dios. La idea era dejar a la decisión de Dios si alguien tenía o no la razón cuando no se había logrado reunir pruebas suficientes. Un duelo no es otra cosa que dejar librada a Dios (y a la habilidad de los duelistas) la decisión sobre la razón en un litigio que compromete el honor. Para saber si alguien era inocente o culpable, se apelaba a los mismos principios en casos de duda.

Por ejemplo, Victor Hugo relata en “El jorobado de Notre Dame” cómo se determinó la culpabilidad de una gitana, vendándole los ojos y poniendo ante ella dos armas blancas. Si elegía la que había sido utilizada en el crimen, era porque Dios había guiado su mano y la había delatado. Siendo una cuestión de Estado borrar la ofensa del delito con un castigo a como diera lugar, la tortura para arrancar confesiones era un paso inevitable. Esta medida procesal se hallaba reforzada por las creencias religiosas y las prácticas de tribunales como la Inquisición. Los jueces de la Inquisición creían que mediante la tortura no sólo alcanzaban la verdad sino que trabajaban por la salvación del alma del reo acusado de herejía. Como la confesión es una condición indispensable para alcanzar el perdón en la religión católica, creían que obtener confesiones mediante tortura era un “mal menor”, ya que el cuerpo valía poco, y en cambio el alma y la vida eterna eran lo único importante. Por supuesto que las confesiones no salvaban al cuerpo de la hoguera o la cárcel, pero en cambio le abrían al alma la posibilidad del perdón y la salvación en la otra vida. La tortura, en el peor de los casos, era un mero anticipo de las llamas eternas. De los tribunales religiosos a los tribunales comunes, se seguía un mismo género de razonamientos; el elemento religioso de la expiación por el dolor seguía presente, así como el “juicio de Dios”. El hecho de que alguien confesara ante el sufrimiento era señal de que Dios no estaba de su lado.

Estas ideas monstruosas tienen todavía partidarios encubiertos. Son los que creen que es más importante castigar al culpable que preservar de un castigo injusto al inocente. Son los que se impacientan ante la lentitud e inseguridad de los procedimientos judiciales y se encolerizan cuando los métodos admitidos por la ley para averiguar la verdad no dan resultado. Si la tortura, los apremios, los aprietes, contribuyen a esclarecer delitos, entonces los consideran aceptables. Después de todo, estos métodos no recaen sobre cualquier ciudadano. Recaen sobre el poverrío, sobre sospechosos que, si no cometieron el hecho que se investiga, cometieron algún otro (el viejo y conocido “algo habrán hecho”). Y si son inocentes, aprenderán a tener miedo y bajar la cabeza, lo cual se cree una actitud deseable.

Como abogado de los padres de Marela —una niña de diez años violada y asesinada por un criminal serial—, me ha tocado tomar conocimiento de un caso ilustrativo de la “eficacia” de estos métodos. El asesino, el “nene” Sánchez, fue señalado por los padres de Marela como sospechoso desde el primer día, pero la policía no se preocupó por buscar pruebas. Buscar pruebas da mucho trabajo. En cambio, lo que hicieron fue detener al “nene” y a un hermano suyo, llevarlos a la Comisaría y someterlos durante una noche entera a una sucesión de palizas. El “nene” no confesó; ergo, era inocente. A partir de entonces, dejaron de investigarlo. Debieron transcurrir cuatro meses y morir otra nena a manos del brutal violador para que el crimen de Marela fuera resuelto.

Tomemos otro ejemplo. Un pobre diablo en San Luis fue acusado de asesinar a

su novia. El cadáver no apareció, pero la chica fue dada por muerta. No había pruebas, sólo sospechas. Lo torturaron, lo apalearon, le arrancaron las muelas con pedazos de botellas. El sospechoso terminó confesando. Fue juzgado y condenado. Pasó varios años en prisión y perdió la salud. Un día alguien encontró de casualidad a la supuesta víctima. Se había ido a vivir en pareja con otro hombre a una localidad de Mendoza. La película española “El crimen de Cuenca”, de Pilar Miró, se basa en un caso real de connotaciones semejantes.

Estos ejemplos ilustran que la tortura no sólo es un método aberrante e inhumano. Es también un método **perversamente ineficiente** en cuanto a alcanzar la verdad material. Permite, por un lado, la impunidad del culpable que tiene la fortaleza suficiente para aguantar el dolor, y facilita, por otro lado, la condena del inocente obligado a confesar para evitar un sufrimiento insoportable.

Desde el punto de vista de las normas, la proscripción de la tortura en nuestro país no sólo está contemplada en la Constitución Nacional. Existe también una Declaración de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes y una Convención Internacional sobre la misma materia que Argentina ha suscripto.

### 13) La pena de muerte.

En el mundo subsisten diferentes tipos de penas. La mutilación se sigue practicando en algunos países musulmanes, en que, por ejemplo, se castiga a ciertos ladrones con la amputación de una mano. La lapidación de la mujer adúltera se encuentra prevista en algunas legislaciones terriblemente atrasadas, y cada tanto nos llegan informes de Amnesty Internacional sobre mujeres condenadas a este castigo horroroso, que tiene la triple tacha de ser inhumano, de castigar acciones privadas y de recaer discriminatoriamente sobre uno de los sexos. Persisten, en alguna medida, prácticas de suplicio sobre el cuerpo. Y hay otras penas, propias de algunas comunidades generalmente pequeñas o rurales, que residen principalmente en la vergüenza pública recaída sobre el infractor. Pero en los países occidentales estas prácticas han sido en general abolidas. Las penas subsistentes suelen ser patrimoniales (como las multas), privativas de la libertad (como la prisión o la reclusión) y en algunos casos persiste la pena de muerte. Desde una perspectiva de los derechos humanos, interesa analizar esta última.

En países como el nuestro, en que la pena de muerte para delitos comunes ha sido eliminada (al menos como pena legal), oímos con frecuencia comentarios nostálgicos. En general, ello ocurre, o bien cuando hay una ola de crímenes, o bien cuando un crimen especialmente abominable sacude a la opinión pública, o bien cuando se monta

alguna campaña social de mano dura. Tales comentarios no provienen sólo de personas comunes que actúan por impulso o emoción y no reflexionan demasiado sobre lo que dicen; también los hemos oído con frecuencia en boca de comunicadores sociales y de dirigentes políticos, los cuales, se supone, deberían emitir tales opiniones con un mínimo de responsabilidad. Ya recordamos a Ruckauf y su propuesta de “meter bala” (pena de muerte extrajudicial). Tampoco el ex presidente Menem se ha privado de propugnar, en dichos públicos, el restablecimiento de la pena de muerte “para los narcotraficantes”. Es de notar que bajo su gobierno hubo un fuerte crecimiento del narcotráfico, y, sin embargo, no parecieron haberse empleado con ninguna energía o eficacia los mecanismos legales vigentes para combatirlo, por lo que resulta tanto más llamativa esta introducción de una nueva penalidad cuanto que las penalidades vigentes no fueron nunca aplicadas más que a unos pocos “perejiles”.

La pretensión de restablecer la pena de muerte no constituye sino otra burda demagogia que pretende capitalizar la indignación moral ante ciertos delitos. Ello es así porque no puede sostenerse seriamente una propuesta semejante dentro del marco legal vigente en Argentina. La Constitución de 1853 tenía una postura refractaria a la pena de muerte, y expresamente prohibió esta pena por causas políticas. Pero lo más importante es que nuestro país ha suscripto el Pacto de San José de Costa Rica y lo ha incorporado como parte del plexo normativo constitucional. En dicho pacto internacional se propende a la abolición de la pena de muerte, y categóricamente se prescribe que no podrá restablecerse la misma en los países que la hubieran abolido. Argentina suprimió la pena de muerte de su legislación penal ordinaria hace ya mucho tiempo. Por ende, no hay posibilidad constitucional de restablecerla. Para ello sería necesario reformar la Constitución y denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, con el consiguiente perjuicio para la credibilidad de nuestro país a nivel internacional. ¿Cómo es posible, entonces, que haya dirigentes políticos encumbrados que propongan el restablecimiento - legalmente muy dificultoso- de esta pena abolida? Pero cuando se trata de demagogia electoral, al parecer, se puede decir cualquier cosa.

Dejemos a un lado estos impedimentos legales y supongamos que efectivamente la pena de muerte pudiera ser restablecida. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la postura unánime es contraria a esta especie de pena. Veamos por qué.

Los argumentos a favor de la pena de muerte son que hay ciertos delitos cuya gravedad y peligrosidad para el cuerpo social ameritan el máximo castigo; que la pena capital es la única capaz de producir suficiente horror como para disuadir a ciertos delincuentes contumaces; que se trata de dar el ejemplo para apartar del mal a criminales en potencia; que hay delincuentes irrecuperables y por lo tanto no tiene sentido que el Estado gaste dinero en mantenerlos entre rejas, cuando resulta más práctico y económico eliminarlos; que la sociedad tiene derecho a suprimir a sus enemigos; que el senti-

miento de justicia no se vería satisfecho si se les permitiera vivir.

Ninguno de estos argumentos resulta convincentes, por más que pueda suscitar simpatías en personas afectadas por delitos. Veamos un poco. La primera cuestión que se nos plantea es la de qué finalidad atribuimos a las penas. Volvemos así a una discusión anterior: ¿las penas son para consumir una venganza, para retribuir un mal con otro, o son medidas tendientes a garantizar la paz y la seguridad de una sociedad? Quienes piensan lo primero, obviamente, no tendrán dificultades en admitir la procedencia, en ciertos casos, de la pena de muerte. Hay que castigar al culpable, hacerlo sufrir en carne propia, hacerle pagar por lo que hizo. Esta opinión se apoya en fuertes sentimientos de vindicta, perfectamente comprensibles, pero no por ello suficientes para fundamentar una política legislativa. En efecto, si lo que impera es la visión retributiva de la pena, el “ojo por ojo”, entonces, ¿qué nos impide propugnar penas todavía más terribles? Un criminal es castigado a pena de muerte por un solo delito; si otro criminal cometió ese mismo delito reiteradas veces, ¿por qué no buscar la manera de incrementar su sufrimiento? Pues si se trata de retribuir el mal con otro mal, deberíamos buscar que el segundo criminal sufriera mucho más que el primero. Entonces, la pena de muerte no bastaría para satisfacer ese sentimiento de vindicta. Deberíamos matarlo varias veces, lo que no es posible, o bien aplicarle penas accesorias: torturas y suplicios. Así se pensaba antes de la Revolución Francesa y del movimiento en pro de la reforma penal del siglo XVIII. Deberíamos volver, en aras del principio de retribución, a las penas atroces, al plomo fundido, al descuartizamiento, etc.

Obviamente, aunque el sentimiento de vindicta sea un móvil poderoso, aprovechado por quienes pregonan la mano dura, la legislación debe ceñirse a propuestas basadas en una cierta racionalidad y no al impulso del momento. Entonces, la única argumentación razonable sería aquella que se funda, no en la idea vengativa de hacer sufrir, en la justicia como retribución, sino en la utilidad que reporta para el orden social.

Desde este punto de vista: ¿la pena de muerte es útil? Y ahora vamos al segundo grupo de argumentos: aquellos que justifican la pena de muerte por su fuerza disuasiva. Al ser la pena que suprime la vida, base de todos los derechos, cabría suponer que posee un fuerte efecto disuasivo, que generará terror, que contribuirá a que algunos criminales se abstengan de ejecutar sus propósitos por miedo a ser ellos ejecutados. Ahora bien: la experiencia ha demostrado que la pena de muerte no genera este efecto disuasivo; al menos, no en la medida pretendida por sus defensores. Como la pena de muerte no se aplica a cualquier delito sino a los más graves, lo cierto es que los criminales que incurrir en ellos suelen ser sujetos refractarios a la disuasión penal, ya sea porque son arrastrados por impulsos antisociales demasiado poderosos, que hacen que no les importen las consecuencias sobre su propio pellejo, ya sea porque están poseídos de un sentimiento de omnipotencia criminal que les lleva a creerse inmunes, ya sea porque han



traspasado todos los límites y se consideran jugados al todo o nada. Si la perspectiva de una privación perpetua de la libertad no los disuade, tampoco lo hará la pena de muerte. Es más; podrían verse arrastrados a nuevos delitos cuando lo crean necesario para lograr su impunidad; se resistirán al arresto a todo trance y con desesperación, ya que no tienen nada que perder.

Resta el argumento económico. ¿Para qué destinar recursos del Estado a mantener con vida a sujetos irrecuperables? Este es, quizás el argumento más fuerte, si se lo mide desde el punto de vista estrictamente monetario. La respuesta a este argumento no es económica, sino de valores. Si todas las respuestas fueran un simple cálculo económico, ni siquiera tendría sentido mantener un costoso aparato de justicia. Serían mucho más baratas las ejecuciones sumarias. Si existe un aparato de justicia es porque hay otros valores que es necesario preservar.

Quienes estamos en contra de la pena de muerte sostenemos que las desventajas de esta pena son mayores que su aparente ventaja económica. Y estas desventajas no se miden solamente en términos de gastos pecuniarios.

La primera y manifiesta desventaja de la pena de muerte es su propia naturaleza. Es una pena atroz. Perjudica la moral social. Mancha de sangre al Estado. Provoca un efecto de acostumbramiento a la crueldad y a la muerte. Y esto nunca puede ser visto como un efecto positivo. Si el Estado mata, entonces la muerte aparece como un medio legítimo, aunque sólo se trate de la ejecución de criminales feroces. Convertir a la muerte en un medio legítimo entraña el peligro de que su aplicación se extienda cada vez a supuestos menos graves. Esta pena pone en un pie de igualdad a la ley y al criminal, los hermana en el derramamiento de sangre; el Estado gana, no porque es justo, sino porque es más fuerte. Desde una perspectiva humanitaria, siempre será preferible otro tipo de sanciones, que contribuyan afianzar la creencia en la santidad de la vida y desalienten la cultura de la sangre, la desvalorización de la vida. Este efecto moral no se mide en monedas, sino en el **afianzamiento de un conjunto de valores que tiene en el respeto a la vida su núcleo central.**

La segunda desventaja es que es una pena definitiva. Parte de la base de la irrecuperabilidad de ciertos seres humanos. No contempla la posibilidad de que algunos individuos puedan haber sido arrastrados al crimen por ciertas condiciones que, contrarrestadas oportunamente, podrían haber llevado a otro desenlace. Si esto es así (y en muchos casos lo es), se está sancionando en el penado los propios déficit del Estado en su obligación de proveer al desarrollo beneficioso de los individuos. Es claro que lo mismo podría decirse de otras penas. También las penas privativas de libertad sancionan muchas veces en el individuo las faltas de la sociedad y del Estado. Pero la diferencia es que la pena de muerte no admite rehabilitación alguna, mientras que un privado de

libertad puede, al menos en teoría, rehabilitarse.

La tercera desventaja es que la pena de muerte es irreparable en caso de error judicial. No resulta raro que, en condiciones deficitarias de la Justicia, y aún en sistemas muy eficientes, puedan resultar condenadas personas inocentes. También en una pena privativa de libertad hay cierto grado de irreparabilidad, ya que nadie puede devolver al inocente condenado injustamente los años perdidos en prisión. Pero parte del daño se repara con su liberación. En cambio, el error judicial que llevó a una ejecución capital no tiene reparación posible.

Sabemos que ninguno de estos argumentos convencerá a los defensores de la pena de muerte, quienes no se encuentran satisfechos si no ven sangre. Pero este manual está escrito para gente común y no para trogloditas. Desde los derechos humanos no es posible apoyar la pena de muerte, al menos en el actual estado de la evolución histórica. (Ya hemos comentado que en tiempos de la Revolución Francesa la guillotina aparecía como una pena humanitaria, en comparación con los terribles suplicios del Antiguo Régimen. Pero todo eso quedó muy atrás.)

La posición frente a la pena de muerte no tiene que ver con ideologías. Conozco a muchos izquierdistas que claman por los derechos humanos en nuestro país, quienes seguramente se opondrían a una ejecución en cualquier circunstancia, menos cuando la ordenó Fidel Castro. En esos casos la pena de muerte parece santificada, no es “brutal”, no es “bárbara”. Es claro que esta posición resulta disculpada en alguna medida por el hecho de que Cuba es un país agredido por el imperialismo, y en consecuencia las denuncias por violaciones a los derechos humanos en Cuba son armas propagandísticas del gobierno norteamericano para justificar sus tentativas de intervención. Pero ello no debería acallar nuestra convicción abolicionista sólo porque simpatizamos con la lucha del pueblo cubano.

Inversamente, los anticastristas más furiosos, que se llenan de improperios contra el “régimen tiránico” del comunismo cubano, cuando se enteraban de una ejecución ordenada en la isla parecían satisfechos y dispuestos a aplaudir. “Nosotros necesitamos un Fidel Castro”, comentaban, envidiosos de que Cuba tuviera un gobernante tan enérgico, como antes envidiaban a España por Franco. Esto es así porque lo que solidariza a estos admiradores de la pena de muerte es su común autoritarismo, a despecho de las diferencias ideológicas. Donde ven que se da palo, ellos aplauden.

Es una triste comprobación que la pasión por la muerte hermana a izquierdas y derechas cuando predominan las concepciones violentas. Pero los defensores de los derechos humanos no podemos estar sino en contra de la muerte como pena, cualquiera sea su origen.

En cierta ocasión, durante una de las charlas que organizamos desde el Foro Nacional de Derechos Humanos, Laura Bonaparte produjo uno de los mejores argumentos que he escuchado contra la pena de muerte. Dijo: **“Nunca, en ninguna circunstancia, las Madres de Plaza de Mayo pedimos la pena de muerte para los que asesinaron a nuestros hijos. Si alguien tenía motivos para pedir una pena como ésa éramos nosotras. Pero no lo hicimos porque no creemos en la muerte. Creemos en la Justicia. Siempre pedimos por Juicio y Castigo, pero no por la muerte de nadie. Ha habido mucha muerte en Argentina, una cultura de la muerte. Y esta cultura de la muerte sólo puede ser combatida mediante una contracultura de la vida. Como defensoras de la vida, no estuvimos ni estaremos nunca a favor de la pena de muerte.”**

Para concluir este capítulo sobre la pena de muerte, debemos insistir con que en Argentina siempre existió la “pena de muerte extrajudicial”. Consiste en las ejecuciones sumarias que vienen del tiempo de la Mazorca rosista y se extiende hasta el presente como un perseverante culto de la muerte, de esa cultura de la muerte de la que hablaba Laura Bonaparte. La dictadura militar llevó este culto de la muerte a su paroxismo, fusilando en los paredones de los colegios y de las fábricas, disparando a prisioneros frente a las tumbas cavadas por ellos mismos, arrojando personas al Río de la Plata desde los aviones militares en los “vuelos de la muerte”. Todo ese entrenamiento en matar y matar prosiguió en democracia. La policía de todo el país, y especialmente la bonaerense, hizo de las ejecuciones sumarias, de los “escuadrones de la muerte”, de la secta del “gatillo alegre” como decía Rodolfo Walsh, o de la mafia del “gatillo fácil”, como decía mi maestro el abogado León Zimmerman, un procedimiento habitual, tolerado por las autoridades e incluso aplaudido por muchos sectores sociales que piden palo y mano dura a como dé lugar. Una política consecuente de derechos humanos debe tender a la abolición de la pena de muerte, no sólo en los códigos, sino fundamentalmente en la práctica cotidiana.

#### **14) Criminalización del conflicto social versus integración**

La segunda mitad de los años noventa estuvo signada por el crecimiento de los conflictos sociales en Argentina, hasta desembocar en los saqueos y la pueblada de diciembre del año 2001, que terminaron con el presidente De la Rúa huyendo en un helicóptero. La conflictividad social tenía una base objetiva: la exclusión de vastos sectores de la población como consecuencia de la aplicación del modelo neoliberal, promovido por el Consenso de Washington y celosamente fiscalizado en el Tercer Mundo por el Fondo Monetario Internacional. Argentina, que había sido presentado como “ejemplo” de “buen alumno” por los centros del poder económico mundial, se precipitó en una cri-

sis sin remedio, ofreciendo la contradicción insostenible de gente hambreada y chicos desnutridos en un país que basaba buena parte de su economía en la producción de alimentos. El desempleo alcanzó picos históricos y se sostuvo en el tiempo erosionando la cultura del trabajo. Así se pasó, en cuestión de décadas, de un país integrado con pleno empleo en el último gobierno de Perón, a una realidad de desocupación y miseria concentrada en los cinturones de los grandes centros urbanos. En este contexto es que nacieron y se desarrollaron las organizaciones sociales, los “piqueteros”, que demandaban asistencia social y trabajo de un Estado ausente, apelando para ello a los cortes de calles y de rutas. Los primeros piquetes en Cutral Có instalaron en los noventa el nuevo fenómeno. En un debate televisivo, antes de sufrir un infarto que le produjo la muerte casi en cámaras, el dirigente del FREPASO **Carlos Auyero** definió con su claridad habitual la naturaleza de este fenómeno: **“A diferencia de las organizaciones políticas que en los años setenta se levantaban contra el sistema, lo que piden los piqueteros es no quedar afuera, no ser excluidos del sistema”**.

La protesta social siguió creciendo y reinstaló el debate sobre las formas de hacer frente al conflicto por parte de las autoridades. Una vez más, aparecieron las con sabidas posiciones represivas, montadas sobre el malhumor de automovilistas y de una clase media siempre desafecta a los pobres. La respuesta que se propuso entonces desde la derecha recalcitrante y desde buena parte de los medios de comunicación fue la clásica del “palo”. **La criminalización de la protesta social** llevó a los tribunales o a la cárcel a algunos dirigentes, como Emilio Alí. Se judicializó un problema eminentemente social y se persiguió a los piqueteros sobre la base de figuras penales como la coacción y la extorsión. Hubo varios muertos en la represión de estas manifestaciones. El caso paradigmático fue el asesinato a mansalva por un comisario de la Bonaerense de los militantes piqueteros Kostecki y Santillán en el puente de Avellaneda, bajo el gobierno de Duhalde, en una maniobra represiva previamente anunciada por su ministro Atanasof bajo la consigna de “no dejaremos que tomen el puente”. Más allá de que tuviera o no la intención de producir un desenlace tan funesto (que precipitó la entrega del mando anticipada por parte de Duhalde), tal respuesta conllevaba un riesgo considerable, pero fue sin embargo ejecutada como **muestra de autoridad**.

Esta respuesta autoritaria a un conflicto social es la misma que adoptó el gobernador Sobisch en Neuquen frente a una protesta docente que concluyó con la muerte del maestro Fuentealba. Es, en definitiva, la solución clásica del palo de que tiene sobrados ejemplos la historia argentina, pasando por la Semana Trágica y remontándonos al plan de exterminio de indígenas ideado por el General Roca. La “solución Roca” tuvo en nuestro país muchos seguidores y continuadores.

La ineficacia de la respuesta represiva abrió el camino a otras dos clases de res-

puestas: una fue la contención clientelar a través de los planes sociales. Se alivió la exclusión por medio de subsidios más o menos encubiertos a las familias indigentes, a través de mecanismos que en general implicaban una delegación del control social a los intendentes, los punteros o las organizaciones sociales. Se entendía que era una solución de emergencia, y como tal, provisoria.

Bajo el gobierno de Kirchner, con la recuperación de la economía y la reducción del desempleo, comenzó a avanzarse en un tercer tipo de solución: la integración efectiva, aunque gradual, de los excluidos sin apelación a la fuerza. Este es, sin duda, el único camino plenamente acorde con los derechos humanos, en cuanto tiende a las satisfacción de las necesidades básicas sin atentar contra la dignidad humana, pero es también un camino largo y difícil en cuanto implica la redistribución de la renta y la aplicación de políticas sociales activas cuyos resultados no se observan inmediatamente. Es también el único camino viable en aras de reducir la tan cacareada inseguridad.

### **15) La criminalización de la pobreza es una expresión del odio de clase.**

Las **manifestaciones sesgadas del ejercicio del poder punitivo del Estado** que hemos repasado al analizar algunos problemas de derecho penal, política criminal y penitenciaria, y la judicialización del conflicto social tocada en el punto anterior, denotan una **criminalización de la pobreza**. Esto tiene un trasfondo pocas veces confesado en los debates públicos: **el odio de clase**. O más concretamente: el odio de los ricos y los privilegiados hacia los pobres.

Este **odio a los pobres** es una **fuerza cierta de violaciones a los derechos humanos**, en Argentina y en el mundo, en la actualidad y en el pasado. Cuando este odio es tolerado y consentido por las autoridades, y sobre todo cuando es convertido en **inspirador de políticas públicas**, las violaciones de derechos se multiplican.

Plantear tal cuestión resulta chocante, porque siempre se sostiene la tesis opuesta: la de que los pobres odian y envidian a los ricos. Sin embargo, el ejercicio de la abogacía y la militancia social, me han permitido verificar lo contrario. Durante 22 años asesoré y defendí a pobres en asentamientos, en villas, en cárceles, en el curso de reclamos sociales, y –salvo casos excepcionales de resentidos sociales– nunca observé que los pobres odien a los ricos, aunque no les falten motivos. ¿Por qué, entonces, los ricos odian, temen y desprecian a los pobres?

**Jonathan Swift**, el famoso autor de Gulliver, escribió en cierta oportunidad un ensayo satírico en que se burlaba de este odio inveterado de los ricos contra los pobres. Proponía allí irónicamente, como modo de eliminar la pobreza, que los ricos se coman

a los pobres. Es claro que Swift descontaba que su propuesta no podía prosperar. Si los ricos se comieran efectivamente a los pobres, ¿quién trabajaría para ellos?

En las guerras primitivas los vencedores se comían a los vencidos. El canibalismo era un derecho del vencedor. Con la evolución moral de la humanidad, se llegó a considerar que esto era un rasgo de barbarie antieconómica. Comerse a los vencidos no resulta tan provechoso como obligarlos a trabajar para uno. En las guerras de la Antigüedad, la esclavitud de los pueblos vencidos pasó a ser la norma. Las guerras mismas se convirtieron en un medio de obtener nuevos esclavos.

¿Cuál era la justificación de este “derecho”? Se decía que el vencedor podía matar a sus enemigos como un hecho legítimo de la guerra. Si en vez de matarlo le perdonaba la vida, podía exigir, como compensación por esta “magnanimidad”, que el vencido trabajara para él. Pero el derecho de muerte sobre el vencido permanecía latente, y el propietario de esclavos podía en cualquier momento –por ejemplo, si el esclavo se rebelaba- hacerlo valer.

Mencionamos al comienzo la costumbre de los espartanos de cazar a los ilotas. En cierta fecha del año, conmemorando su triunfo militar sobre los ilotas, los espartanos salían de caza. Perseguían con arco y flecha a los pobres ilotas, sobre todo a los jóvenes fuertes que tuvieran algún rasgo de independencia de carácter, y los asesinaban. Hacían esto con una doble finalidad: sembrar el terror entre los sometidos para que nunca se rebelaran y de paso –por qué no- divertirse un poco mostrando sus habilidades guerreras. Los campos de Laconia y las aldeas de los ilotas quedaban convertidos en coto de caza.

Cuando oímos estos relatos escalofriantes decimos: “¡qué barbaridad!”. Y lo atribuimos a la ignorancia que reinaba en el mundo antiguo, antes de la llegada del cristianismo. Pero, ¿no ocurre lo mismo en el presente?

Recientemente el gobernador de Río de Janeiro propuso una campaña contra el narcotráfico en las favelas que fue seguida de espantosas matanzas. Por supuesto, los verdaderos narcotraficantes rara vez son abatidos en tales redadas: siempre lo son los perejiles y los pobres que ocasionalmente se cruzaron en el camino de las fuerzas de seguridad. Los escuadrones de la muerte de Río y de otras ciudades, y la policía del “gatillo fácil” de la Provincia de Buenos Aires, no son otra cosa que una forma actualizada de la caza de ilotas. Las fuerzas policiales y parapoliciales se han constituido en el brazo armado del odio de clase, y salen de cacería de tiempo en tiempo en los cotos de caza de las villas y favelas.

El gran abogado de derechos humanos León Zimmerman me refirió una vez

que, cuando estaba defendiendo a las familias de los chicos asesinados por la policía en la “masacre de Budge” un funcionario judicial (que más tarde llegó a ser nada menos que ¡Juez de Garantías!) le dijo: **“No sé para qué hacen tanto quilombo, doctor, si sólo mataron a tres negritos”**.

De hecho, ni siquiera la antropofagia ha dejado de practicarse. La explotación de los pobres no es más que una forma indirecta y simbólica de comérselos.

Los esclavos y los ilotas eran una manifestación del “derecho del vencedor” de una guerra. ¿Pero qué guerra ha existido en la actualidad que los ricos ganaron y los pobres perdieron? Evidentemente es la guerra distributiva. Los pobres son los vencidos en la guerra distributiva, y pagan con su sometimiento la magnanimidad de que se les permita vivir, la que puede ser revocada en cualquier momento.

Mencionamos el derecho de pernada de los nobles medievales. Una vez más decimos: “qué barbaridad”. Sin embargo, las clases pudientes ejercen también este derecho de pernada sobre las mujeres pobres. Lo ejercen a través de la prostitución. Lo ejercen también cuando el nene de mamá quiere debutar y los padres le facilitan las cosas para que se inicie sexualmente con la mucamita adolescente. Si la mucamita tiene la desgracia de quedar embarazada, será despedida y tendrá que volver con su pancita a la villa. ¡Cuántos de estos casos me tocó observar en dos décadas de abogacía!

Los espartanos no tenían ningún remordimiento por la caza de ilotas. Pero en la actualidad es imaginable que algo de civilización haya entrado en las conciencias. Y entonces no es posible dejar de sentir, aunque sea muy interiormente, que cuando tratamos así a los pobres cometemos una terrible injusticia. Este sentimiento es incómodo porque, para dejar de experimentarlo, el pudiente tendría que renunciar a sus privilegios de explotación sobre los pobres, al derecho de pernada y a otros “derechos” que le hacen muy agradable la vida. ¿Cómo hacer para no experimentar culpa y tampoco tener que renunciar a estos privilegios? La solución es decir que los pobres tienen la culpa. Los pobres sufren todos estos ultrajes, no porque los ricos sean abusivos, sino porque se lo merecen.

**He aquí una de las causas del odio y el desprecio a los pobres. Hay que despreciarlos para poder justificar lo que se hace con ellos.**

Otra causa del odio a los pobres es **el miedo**. Los pobres son muchos, sufren muchos ultrajes. ¿Qué pasa si un día se rebelan? Los ricos verían amenazados sus privilegios. Entonces los pobres son una amenaza, y como tales, objeto del odio de los ricos.

En la Argentina, las villas miserias están pobladas mayoritariamente por mestizos, por descendientes de indígenas o por inmigrantes de países limítrofes. Son los

“cabecitas negras” que el peronismo defendió y las clases media y alta despreciaron furiosamente. Esto añade un elemento racial: son diferentes. Son descendientes de los vencidos de una guerra real y no simbólica: la guerra de conquista llevada a cabo contra los aborígenes.

Como los pobres resultan tan detestables para los ricos, cualquier cosa que se haga por ellos despierta indignación. ¿Por qué las clases medias y altas odiaban tanto a Perón y a Evita? ¿Porque eran autoritarios? Hubo muchos autoritarios en Argentina y no fueron odiados sino aplaudidos por la gente pudiente. La razón del odio al peronismo es que defendió y dio dignidad a los pobres. Les hizo pagar buenos salarios, les permitió irse vacaciones, les dio viviendas sociales, los convirtió en seres humanos. ¡A ellos, a los pobres, a los cabecitas negras! Había motivos para que los ricos odiaran a Perón y a Evita.

El dirigente portuario Pancho Montiel me ejemplificó este odio de los ricos y el amor de los pobres por Perón y Evita con una anécdota de su infancia. Su padre era peón de campo; cuando venía el patrón, tenía que sacarse la gorra y mirar al suelo, nunca a los ojos. Sus hijos correteaban descalzos. Perón sanciona el Estatuto del Peón de Campo. A partir de entonces, el padre de Pancho no sólo cobró mejores salarios sino que, cuando se encontraba con su patrón, ya no se sacaba la gorra y hasta se atrevía a mirarlo a los ojos Y los chicos usaban alpargatas.

Rodolfo Walsh dice de la Revolución “Libertadora”: “El decreto que prohíbe nombrar a Perón o la operación clandestina que arrebató el cadáver de su esposa, lo mutila y lo saca del país, son **expresiones de un odio al que no escapan ni los objetos inanimados**”. Y concluye: “Pocas veces se ha visto aquí ese odio, pocas veces se han enfrentado con tanta claridad dos clases sociales”.

Los mismos motivos alimentan el odio de las oligarquías y el medio pelo contra líderes como Chávez o Evo Morales, y generan un moderado disgusto contra Kirchner. Ninguno de estos líderes reprimió jamás a los pobres (y a Kirchner vivían reclamándole que mandara a las fuerzas de seguridad a perseguir piqueteros). Quizás no distribuyen la renta en forma suficiente como para eliminar la pobreza, pero han restituido a los pobres algunos derechos. En consecuencia, Chávez, Evo y Kirchner son anatematizados.

El odio fanático de los ricos y blancos de Bolivia contra Evo (que he tenido oportunidad de observar personalmente) tiene un origen histórico. Evo es indígena y reivindica a los indígenas del Altiplano. Pero esos indígenas han sido siempre los explotados sin tregua de Bolivia. Lo han sido durante quinientos años, en las minas de Potosí, en las encomiendas, en las haciendas. Todavía hoy pude ver a adultos y niños trabajan-



do en las minas en condiciones infrahumanas. Atreverse a defenderlos y dignificarlos es una ofensa para los ricos.

A los ricos de Argentina les fue muy bien con Kirchner, ganaron mucho dinero, y sin embargo le desconfían. ¿Por qué? Porque no castigó sino que defendió a los pobres, les dio subsidios por desempleo (¡a esos vagos!) y redistribuyó siquiera un poco la renta agrícola.

Hace unos años un grupo de piqueteros hicieron un congreso en Mar del Plata. Los noticieros mostraban, entre indignados y sorprendidos, a los “menesterosos” que por primera vez conocían el mar. Otro ultraje. Mojarse la cola en el mar no es algo que deban hacer los pobres. Eso es privilegio del medio pelo.

Para el odio de clase no basta con tener privilegios derivados de la posesión de riquezas. Sencillamente no basta. Es necesario que haya otros que sufran para que esta mentalidad pueda sentirse segura y feliz. Si el pobre también es feliz, si puede ir a los complejos hoteleros de Chapadmalal que fundó Perón y conocer el mar, si puede tener una vivienda digna, entonces los privilegiados no son tan privilegiados. Para poder ser enteramente privilegiados necesitan que el pobre no tenga nada, ni siquiera una alegría, que sufra y se arrastre, que su vida transcurra, como dice Martín Fierro “entre sufrimiento y llanto”, desde que nacen hasta que son enterrados en un cajón barato de la caridad municipal.

Hasta el sexo se prohibiría a los pobres si fuera por la gente envenenada por el odio de clase. No es infrecuente oír: “lo único que hacen los pobres es reproducirse”. Desearían que tampoco hicieran el amor. “Se llenan de hijos”, protesta el medio pelo. Y no piensa que eso se deba a falta de prevención y educación sexual, sino a una suerte de especial perversidad de los pobres por hacer aquello de lo que ningún rico se privaría ni soñando. El gobernador de Río de Janeiro llegó a propugnar el aborto de las embarazadas pobres, diciendo que sus vientres son “fábricas de marginales”. Le faltó proponer que se las esterilice.

Como postular el asesinato masivo de los pobres no es posible, se ha elegido otros caminos. Por ejemplo, alambrar las villas miserias para que no puedan salir. O tapiarlas para que, al menos, su fealdad no ofenda los ojos del rico y perturbe su vida satisfecha. Bussi, cuando era gobernador de Tucumán, cargó villas enteras en camiones y las depositó en Catamarca.

**El odio del rico contra el pobre no se manifiesta sólo en las sociedades nacionales, sino también en la comunidad internacional. Es el odio del Primer Mundo hacia el Tercer Mundo: el odio que tiende a justificar las guerras, las**

**matanzas, la opresión de los pueblos pobres, el trato inhumano dado a sus refugiados e inmigrantes, la distribución de medicamentos no autorizados, la trata de personas, la elevación de murallas y alambrados en las fronteras, la práctica del turismo sexual y la pedofilia con los niños de los países pobres.**

Combatir este odio a los pobres es una de las tareas de los derechos humanos. La “opción preferencial por los pobres” que muchos sacerdotes efectuaron, siguiendo el ejemplo de Jesús, es también la opción que debemos hacer los militantes de derechos humanos.

Frai Betto lo ha explicado alguna vez muy bien. No se trata de defender a los pobres porque estos sean buenos. Entre los pobres hay tanto buenas como malas personas, lo mismo que en las otras clases sociales. Se trata de defenderlos, simplemente, porque son pobres, porque son más débiles, porque están desamparados.

Uno de los primeros pasos en la abolición del odio a los pobres consiste, precisamente, en abolir la criminalización de la pobreza y el conflicto social.

## CUARTA PARTE:

### LOS DERECHOS HUMANOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN: DERECHOS SOCIALES Y NUEVOS DERECHOS.

#### 1) La Constitución social de 1949.

Estimadas compañeras y compañeros:

Ya dijimos que **la verdadera “Constitución social” de la Argentina fue la de 1949**. Incorporó los derechos sociales, la función social de la riqueza y el dominio de la Nación sobre los recursos estratégicos. Perón había promovido esta reforma con la doble finalidad de habilitar su reelección y consagrar las conquistas de su gobierno.

Inicialmente sus comentarios acerca de la Constitución de 1853 eran despectivos: “no podemos aceptar –decía- que en la época de la navegación estratosférica (...) usemos **la Constitución generada en el tiempo de la carreta**”. Esta postura provocadora iba contra las argumentaciones de los juristas liberales acerca de la supuesta existencia de “contenidos pétreos”, es decir: normas inmodificables que consagraban los “grandes valores permanentes” sobre los que se asentaba el Estado. Tales contenidos pétreos se invocaban tradicionalmente como argumento contra las propuestas de la izquierda socialista en relación al régimen económico, pero también se utilizaron contra el reformismo peronista, no obstante que la Constitución de 1853 admitía la posibilidad de ser modificada **“en el todo o en cualquiera de sus partes”**, sin distinción alguna entre contenidos “pétreos” o no pétreos.

Pero en su discurso a la Asamblea Reformadora, Perón reivindicó la obra de los constituyentes de 1853. “Reconstruyeron la Patria –dijo-; terminaron con las luchas y unieron indisolublemente al pueblo y a la soberanía, renunciando a todo interés que estuviera por debajo del bienestar de la Nación.” Fundó la necesidad de reforma en los cambios ocurridos en el país y en el mundo: “¿Podían imaginar los Constituyentes del 53 que la civilización retrocediera hasta el salvajismo que hemos conocido en las guerras y revoluciones del siglo XX? (...) ¿podían imaginarse ... que la igualdad garantizada por la Constitución llevaría a la creación de entes poderosos, con medios superiores

a los del propio Estado?” Y justificando la consagración constitucional de la justicia social sostuvo que ésta comenzaba a llegar paulatinamente “a todos los rincones de la Patria, y sólo los retrógrados y malvados se oponen al **bienestar de quienes antes tenían todas las obligaciones y se les negaban todos los derechos**”.

El miembro informante de la Convención reformadora, Arturo Sampay, sintetizó así la necesidad de reforma: “La experiencia del siglo pasado y las primeras décadas del presente, demostró que **la libertad civil, la igualdad jurídica y los derechos políticos, no llenan su cometido si no son complementados con reformas económico sociales** que permitan al hombre aprovecharse de esas conquistas”.

El preámbulo ratificaba la “**la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana**”. El artículo 15 no reconocía “libertad para atentar contra la libertad”. El artículo 29 incorporaba el habeas corpus y el principio de “reeducación social” de los privados de libertad. El artículo 35 disponía que las leyes no amparan el abuso de los derechos en perjuicio de la comunidad o para la “explotación del hombre por el hombre”. El **capítulo III** consagraba los **derechos del trabajador** (a trabajar, a una retribución justa moral y material, a la capacitación y elevación cultural, a condiciones dignas de trabajo, a la preservación de la salud física y moral, al bienestar, a vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, a elevar su nivel de vida, a la seguridad social, a la protección de su familia, a la defensa de sus intereses y a la libre agremiación); los **derechos de la familia** (a la protección del Estado, a la libertad del matrimonio, a la igualdad de los cónyuges, al bien de familia, a la asistencia de la madre y el niño); los **derechos de la ancianidad** (a la asistencia por su familia y por el Estado, a vivienda, alimentación, vestido y cuidado de la salud, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y al respeto) y los **derechos de la educación y la cultura** (responsabilidades compartidas de la familia y el Estado, establecimientos públicos en todos los niveles educativos, enseñanza primaria obligatoria y gratuita, orientación vocacional, enseñanza técnico-profesional, educación moral, gobierno autónomo de las universidades, protección y fomento de las ciencias y las artes, becas y subsidios, protección del patrimonio artístico, histórico y natural de la Nación).

El capítulo IV consagraba **la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica**. El artículo 38 disponía que la propiedad privada estaba sometida a las obligaciones del bien común, y el Estado procuraría a “cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva.”.El artículo 39 declaraba que el capital “debe estar **al servicio de la economía nacional** y tener como principal objeto **el bienestar social**” Según el artículo 40, “la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin **el bienestar del pueblo**, dentro de un orden eco-

nómico conforme a **los principios de la justicia social**". El Estado podía "intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales", y se reservaba "la importación y exportación" de bienes. La actividad privada se regía por la libre iniciativa, "siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto" dominar los mercados, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios. Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía fueron declarados "propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación"; los servicios públicos "pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación".

La Constitución de 1949 introducía criterios que en unos casos encontraban justificación en la "doctrina social de la Iglesia" (de las ya citadas Encíclicas "Rerum Novarum" y "Quadragesimo Anno") y en otros se inspiraban en los avances del Estado de Bienestar y el keynesianismo paternalista. Sin embargo, el odio y el desprecio que estos derechos sociales despertaron en la oligarquía, acostumbrada a pisotear a los pobres, así como en sectores medios espantados por la irrupción del "cabecita negra", y sobre todo la ingerencia de los centros internacionales de poder ávidos de explotar las riquezas nacionales, hicieron imposible que la reforma perdurara más allá del gobierno de Perón. Con la caída de éste en 1955, los días de la nueva Constitución estaban contados.

El 27 de abril de 1956, Aramburu la derogó por bando militar. Un día antes había aprobado por decreto-ley 7.756 las recomendaciones contenidas en los documentos "Moneda sana o inflación incontenible" y "Plan de reestablecimiento económico", que propiciaban **la vuelta al liberalismo económico**. Por decreto-ley 15.070/56, el gobierno militar ratificó la **Carta de Creación del Fondo Monetario Internacional**, el cual recomendaba esas políticas neoliberales y fiscalizaría implacablemente su aplicación en las décadas siguientes, hasta que Kirchner decidió poner un freno soberano a dicho organismo colonial.

Es sintomático que la Constitución de 1949 fuera reivindicada por el peronismo durante décadas (restablecerla era uno de los objetivos del levantamiento del General Valle, según consta en su proclama revolucionaria), y que, a partir del advenimiento de Menem, el propio peronismo la suprimiese del repertorio de sus íconos partidarios. La Constitución de 1949 era por demás incómoda para los presuntos continuadores de Perón y Evita, que en la década menemista se pasaron con lares y penates al campo del neoliberalismo más fanático, e hicieron tabla rasa, no sólo de los derechos de los trabajadores -con el discurso de la "flexibilización laboral" y la "globalización"-, sino también hasta del último vestigio del Estado de Bienestar, de la solidaridad y del

sentimiento de orgullo nacional que habían sido característicos del peronismo original. El triple lema de “independencia política, soberanía económica y justicia social” fue echado en el baúl de los trastos viejos, y se estigmatizó a quienes todavía lo recordaban con la frase pseudo lapidaria: “se quedó en el ‘45”. Se cumplía así la profecía de Perón de que el año 2000 nos encontraría **“unidos o dominados”**.

## 2)La “reforma” de 1957 y el artículo 14 bis.

La Revolución Fusiladora, y el fusilador en jefe, Pedro Eugenio Aramburu, convocaron a un bleuff que se llamó Convención reformadora de 1957, la cual tenía como finalidad convalidar la derogación manu militari de la reforma de 1949 y restablecer el texto de 1853; y hubiera clausurado así sus sesiones a no ser por el impulso dado por **Crisólogo Larralde** a la incorporación de un nuevo artículo que de alguna manera contemplara los “derechos sociales”. Larralde era un radical obrerista que sostenía cosas como ésta: “el capital, obediente a su ley constitutiva, no busca otra cosa que la ganancia, que coloca la obtención de la utilidad por encima de la moral, que cuando puede engrosarse honestamente lo hace y cuando no, lo hace lo mismo. El capital coloca la obtención de la utilidad y del beneficio por encima de la libertad, porque si puede acumular en libertad lo hace y si no, lo hace acomodándose con las dictaduras. Lo coloca por encima de la justicia y por encima del derecho, porque cuando puede realizar sus fines de crecimiento hipertrófico dentro del derecho y al amparo de la justicia, lo hace allí, pero cuando no, lo hace a pesar de la justicia y violando las leyes del derecho”. Por su iniciativa, se aprobó el artículo **catorce bis**.

Entre los méritos de la nueva norma se encuentra el reconocimiento expreso del “derecho de huelga”. Por sorprendente que pueda parecer, éste no constaba en la Constitución peronista, que hablaba genéricamente del derecho a “la defensa de los intereses” de los trabajadores. El gobierno peronista no concebía huelgas en su contra, y se jactó de no padecerlas sino excepcionalmente.

No debe extrañar que los oligarcas no resistieran demasiado el artículo catorce bis. Habían conseguido el objetivo de derrocar a un gobierno popular y suprimir las normas que impedían la entrega de recursos a los capitales extranjeros. ¿Qué importaba dejarles algunas frases consoladoras a los trabajadores? Porque aún esta norma –que en relación con la reforma de 1949 parece desvaída- fue constante y sistemáticamente desconocida. Para descalificarla “amablemente”, los constitucionalistas echaron mano de la teoría según la cual en la Constitución hay **“normas operativas”** y **“normas programáticas”**. Las primeras son aquellas que funcionan (o deberían funcionar) siempre que rijan la Constitución, y nadie discute su vigencia inmediata y sin condiciones. En cam-

bio, las normas “programáticas” son una suerte de “expresiones de deseos”, sueños bondadosos pero tontos que tuvieron los constituyentes, por esas cosas de la “demagogia” que acostumbran a practicar los “políticos”, y por lo tanto las introdujeron en la Constitución, no para ser cumplidas, sino para ser consideradas fines “ideales” (en el sentido de “irrealizables”), hacia los que había que tender, pero no demasiado vehementemente: fines remotos, que siempre se encuentran en un futuro incierto. O dicho de otra manera: hay normas que deben considerarse como plenamente vigentes y efectivas (por ejemplo, el derecho de propiedad) y hay otras que son paparruchas con que engañar a los giles (por ejemplo, el derecho a una vivienda digna).

Ejemplifiquémoslo. Si un gobierno fija un impuesto elevado a los bienes de los ricos (cosa que, por cierto, rara vez sucede), no faltarán juristas dispuestos a declarar que dicho impuesto es “confiscatorio”, que lesiona la propiedad privada y que, por tanto, es inconstitucional. El artículo diecisiete es “operativo” y el impuesto a los ricos irá el Estado a cobrárselo a Magoya. En cambio, si un grupo de personas sin techo manifiesta, reclama y acciona judicialmente por el derecho a una vivienda digna, cualquier jurista estará habilitado por esta teoría a contestarles, muy suelto de cuerpo, que dicho derecho es “programático”, e incluso puede que agregue que todo el artículo catorce bis es “programático”, es decir: que contiene “bellas palabras” totalmente inoperantes y que el Estado no se encuentra obligado a cumplirlas ni “soñando”. Con lo cual a los sin techo no les quedará más remedio que hacer efectivo su derecho mediante las vías de hecho (como lo hicieron frecuentemente), realizando tomas de tierras en la esperanza de forzar una ley de expropiación.

Ya hemos dicho que desde el campo de los derechos humanos no podemos aceptar que haya derechos operativos y otros que no lo son. **Los derechos existen para ser respetados**, y generan una obligación del Estado: la de instrumentar los mecanismos y las políticas indispensables para que resulten vigentes.

Veamos ahora qué dice este famoso **artículo catorce bis**. En su primera parte consagra derechos laborales. “El trabajo” –dice– gozará de la protección de las leyes” y éstas asegurarán: “condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.” Dichas pautas fueron reglamentadas (con mayor o menor fortuna) en leyes tales como la famosa **Ley de Contratos de Trabajo** (ley 20.744, reformada muchas veces para adecuarla a la “flexibilización laboral” de los años noventa) y la Ley de Asociaciones Sindicales. **El principal enemigo de estas conquistas obreras fue el avance del desempleo y las políticas flexibilizadoras que las**

**convirtieron en letra muerta.** El derecho de asociación sindical fue repetidamente vulnerado por las “intervenciones” militares de los sindicatos. Ni que hablar de la participación de los trabajadores en la dirección de las empresas: ello sólo pudo ser aplicado cuando los capitalistas desistieron de seguir explotando una empresa no rentable o cargada de deudas y la abandonaron a su suerte, dando lugar a la toma de fábricas por los obreros para proteger sus fuentes de trabajo, situación que se reprodujo en las llamadas “**empresas recuperadas**” de fines de los noventa y comienzos del siglo actual, en un cuadro de quebranto económico general. (La defección de los patrones no impidió que algunos de ellos, particularmente desvergonzados, intentaran retomar el control de las fábricas al comprobar que los obreros las habían hecho funcionar a pesar de todo).

La segunda parte del artículo reconoce a los gremios la facultad de concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje; y, sobre todo, **la principal herramienta de lucha: el derecho de huelga.** Asimismo, confiere a los representantes gremiales la **inmunidad sindical** para que no puedan ser despedidos. Esta inmunidad, por cierto, no los amparó en la práctica de los secuestros y desapariciones de que fueron objeto durante la última dictadura.

La tercera parte da rango constitucional a la **seguridad social**, la que el Estado debe otorgar siendo “integral e irrenunciable”. Entre otras cosas, prevé **el seguro social obligatorio; “jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”**

Todas estas normas sociales implican una obligación estatal de desarrollo y promoción humanas. Una vez más debemos decir, para orgullo nacional de los argentinos, que **nuestro país estuvo a la cabeza durante mucho tiempo en materia de derechos sociales en América Latina.** La educación, ya lo dijimos, formaba parte del ideario público argentino desde el siglo XIX, pero también los restantes aspectos de la justicia social desarrollados por el peronismo en los años cuarenta y cincuenta (fruto de las luchas obreras que antes habían llevado a cabo socialistas y anaquistas) **se incorporaron a la conciencia colectiva de una manera tan intensa que fueron necesarios casi cincuenta años jalonados de dictaduras y un terrorismo de Estado salvaje para destruirlos.** Recién Menem en los noventa –después de la sangría de la dictadura- llevó a cabo la obra de arrasar el legado del Estado de Bienestar, aplicando los paradigmas neoliberales desarrollados en el Consenso de Washington y en los documentos de Santa Fé, con bombos y platillos, bajo la supervisión del Fondo Monetario Internacional y de todos los centros de poder económico y político de Occidente, que lo aplaudieron clamorosamente en esa obra de destrucción. Para olvidar el Estado de Bienestar y adormecer la conciencia colectiva fueron necesarios treinta mil desaparecidos y una campaña



constante de prensa en pro de la pérdida del orgullo y el sentido nacional.

### 3) El desempleo, la flexibilización, la marginación y el rol dignificador de las organizaciones sociales.

Los derechos sociales del artículo catorce bis fueron los más afectados durante la década neoliberal (1990). Esa fue la década del desempleo, de la flexibilización laboral, de la pérdida de derechos, del individualismo extremo y la insolidaridad. Frente a ella, sin embargo, se alzó poco a poco la resistencia popular.

La falta de trabajo hizo que perdieran relevancia los sindicatos –tradicional “columna vertebral” del movimiento popular-, cuyas burocracias, en algunos casos, se habían plegado sumisamente a la corriente flexibilizadora. El desempleo no sólo afectó a quienes quedaron sin fuentes de trabajo sino que, al crear lo que Marx llamaba un “ejército de reserva” de desocupados, ejerció una constante presión sobre los trabajadores ocupados, haciéndoles perder poder adquisitivo y obligándolos a renunciar a derechos históricos para conservar sus empleos.

Paralelamente, en las barriadas populares se inició lentamente **la autoorganización de los excluidos**. El rol de los debilitados sindicatos como ejes de contención, aglutinamiento y canalización de demandas, fue asumido poco a poco por las organizaciones sociales: los movimientos de desocupados, villeros y asentados. Fueron estos quienes pasaron a convertirse en **vertebradores de la lucha popular por trabajo, vivienda, salud y alimentación**. La huelga fue reemplazada por el piquete, con gran disgusto de la clase media, que sólo se solidarizó brevemente con el movimiento de desocupados al verse afectada en sus ahorros por el corralito y batir cacerolas bajo el cántico sacrílego: “piquete y cacerola, la lucha es una sola”.

Con el cambio de modelo económico acaecido tras la caída de De la Rúa y la paulatina recuperación de la actividad económica, que tuvo su punto más destacado bajo el gobierno de Kirchner, las cosas parecen ir encaminándose hacia una mayor normalidad. La puja distributiva se reinstala con los empresarios y los sindicatos como actores principales, y estos últimos recobran paulatinamente el lugar perdido. Sin embargo, la experiencia de las organizaciones sociales, hoy en declive, no debe subestimarse, pues forma parte del **patrimonio de lucha que la experiencia colectiva ha incorporado**, más allá de las críticas que puedan merecer sus ocasionales dirigentes y los políticos que intentaron hacer del clientelismo un permanente negocio electoral. Como abogado y militante social estuve durante años en contacto con muchas de estas organizaciones y pude comprobar con mis propios ojos **la capacidad organizativa del pueblo**, la solida-

ridad activa, la restauración de los vínculos sociales hacia el interior de las mismas, la búsqueda de fuentes de trabajo alternativas, la práctica de la democracia asamblearia con todas sus virtudes y defectos, la restitución de un sentido de vida, pertenencia e importancia personal a hombres y mujeres que padecían la desvalorización sin horizontes de la falta de trabajo digno. Gracias a las organizaciones sociales se evitó el desempleo total, se palió el hambre y la desnutrición infantil a través de los comedores comunitarios, se previnieron verdaderas eclosiones de marginalidad y se obtuvieron, en una lucha desigual, algunas reivindicaciones: subsidios para los desempleados, viviendas para los sin techo, contención para los dispersos, pequeños emprendimientos productivos para los brazos condenados a un ocio forzoso.

Hoy, que vivimos un tiempo histórico diferente, no debemos incurrir en la soberbia de olvidar lo que significaron para miles de excluidos las organizaciones sociales en el momento de mayor inclemencia social de la Argentina, y les adeudamos **un justísimo homenaje**. A quienes hablan desde el desconocimiento y el prejuicio de clase y sólo identifican a estas organizaciones por los piquetes y porque creen que se limitaron a “repartir planes entre los vagos”, habría que explicarles –aunque difícilmente puedan entenderlo– cuántas tragedias sociales, cuántos actos de violencia y cuántos crímenes llegaron a prevenirse gracias a la contención brindada por ellas. **Por las organizaciones sociales, el pueblo pobre conservó la dignidad en medio de la pauperización.**

El desafío del momento es la plena recuperación de las conquistas históricas del movimiento obrero. En ese camino de reivindicación se inscribieron algunas políticas del gobierno de Kirchner, como los planes de viviendas, la recuperación salarial y de los haberes jubilatorios, la asistencia social y el desarrollo humano, la reducción de la mortalidad y morbilidad infantil, la lucha contra el hambre, la disminución de la pobreza y la indigencia. Pero estamos todavía muy lejos de haber recuperado los niveles de justicia social y participación popular en las riquezas que distinguieron a nuestro país como una de las naciones socialmente más integradas de América Latina.

#### **4)La reforma de 1994.**

En 1994, el Pacto de Olivos, dictado por la urgencia de Menem de asegurarse la reelección, dio lugar a la incorporación de una nueva oleada de derechos que formaban parte de la conciencia jurídica de la comunidad, pero que no habían tenido expresión constitucional. No nos ocuparemos de las reformas político-institucionales. A las que atañen a este manual, podemos sintetizarlas así:

- a) Incorporó los “nuevos derechos” a un ambiente sano y de usuarios y consumidores;
- b) Dio reconocimiento constitucional al sufragio universal, los partidos políticos y el rol

de la mujer en la política;

- c) Introdujo mecanismos de participación ciudadana originariamente no contemplados en el sistema representativo: “iniciativa popular” y “consulta popular”;
- d) Creó un órgano específicamente abocado a la defensa de los derechos: la Defensoría del Pueblo de la Nación;
- e) Consagró tres garantías, ya conocidas en la legislación o doctrina, pero que no formaban parte del texto constitucional: el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo;
- f) Introdujo una norma destinada a reconocer los derechos de los pueblos aborígenes;
- g) Incorporó con rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, que desde entonces deben ser considerados parte de la Constitución.

## 5) El derecho a un ambiente sano

Comenzaremos por el **artículo 41**, que reconoce a todos los habitantes “**el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano**”, a la vez que establece **la obligación de “preservarlo”**.

Se trata del reconocimiento de las preocupaciones ambientales, las cuales habían crecido en la consideración pública en los años anteriores a la reforma gracias al activismo ecologista, si bien gozamos en Argentina también con honrosos antecedentes en la materia. El proteccionismo ambiental tuvo sus figuras precursoras en hombres como el **Perito Francisco Pascasio Moreno**, quien en 1903 donó las tierras para la creación del primer Parque Nacional argentino, el de Nahuel Huapi. Dichas tierras le habían sido concedidas como premio por sus esfuerzos de explorador de la Patagonia y sus trabajos en la demarcación de los límites con Chile. A diferencia de otros “patriotas”, que no perdieron oportunidad de apropiarse de las tierras para sus negociados latifundistas, el perito Moreno –que además fue naturalista autodidacta y fundador del Museo de Ciencias Naturales de La Plata- devolvió a la Nación aquellos bellos territorios para que fueran de disfrute público, dando inicio al sistema de Parques Nacionales y áreas protegidas que son un verdadero orgullo de nuestro país, a la vez que una importante fuente de recursos. En los años noventa fueron amenazados por las políticas privatistas de Menem y María Julia Alsogaray, frente a lo cual publiqué en Página 12 una nota en su defensa.

El artículo 41 intenta compatibilizar las exigencias del proteccionismo ambiental con las del desarrollo económico y sienta el criterio de “sustentabilidad” de las acti-

vidades productivas, las cuales deben satisfacer **“las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”**. Asimismo establece que el **“daño ambiental”** generará la obligación prioritaria de **recomponer**.

En el párrafo siguiente fija la obligación de las autoridades de proveer a “la protección” del derecho al ambiente sano, a “la utilización racional de los recursos naturales” (reafirmación de la sustentabilidad), a la “preservación del patrimonio”, no sólo “natural” sino también “cultural”, así como de la “diversidad biológica”, y a la “información y educación ambientales”, aspectos estos últimos fundamentales de cualquier política ambiental.

La protección de estos derechos había ya recibido consagración jurisprudencial a través de la doctrina de los derechos “difusos”. En efecto, una exigencia clásica para demandar la tutela judicial de un derecho era ser su titular, situación para nada clara cuando se trataba, por ejemplo, de reclamar por la contaminación de un recurso natural que no era de propiedad del demandante, y la contaminación no lo afectaba personalmente. La doctrina había dicho que en estos casos existía un derecho “difuso” en cabeza de toda la comunidad, por lo que cualquiera podía ejercerlo mediante, por ejemplo, una acción de amparo. El reconocimiento del derecho a un ambiente sano ha tornado innecesario acudir a esta creación jurisprudencial, y hoy cualquier persona o entidad ambientalista puede accionar judicialmente en virtud del artículo 41. La historia reciente pone en evidencia la fecundidad de esta norma cuando comunidades como la de Esquel (frente al intento de explotar una mina de oro contaminando con cianuro los cursos de agua), de los Valles Calchaqués (frente a las actividades no controladas de la mina de Bajo La Lumbreira), o Gualeguaychú (frente a las papeleras extranjeras en el Río Uruguay) han emprendido luchas -con éxito o sin él- en defensa de su derecho a un ambiente sano. Asimismo, el imperativo del artículo 41 ha dado lugar a un novedoso proceso (**caso “Mendoza”**) en el cual la Corte Suprema de la Nación intervino, por demanda de organizaciones ambientalistas, en el saneamiento de la **Cuenca Matanza-Riachuelo** (una de las más contaminadas del mundo), obligando -mediante una serie de audiencias públicas y resoluciones- a que la Nación, la Ciudad de Buenos Aires y el Estado bonaerense asumieran el compromiso de limpiar las aguas contaminadas y elaborar un plan de obras y controles públicos para erradicar las actividades contaminantes.

Esta norma también establece un mecanismo innovador en la competencia legislativa: si bien buena parte de la legislación ambiental es de jurisdicción provincial, la Nación se reserva la facultad y el deber de dictar las normas que contengan los **“presupuestos mínimos de protección”**, correspondiendo a las provincias el dictado de las normas complementarias. De esta manera se pretende uniformar la legislación fijando

desde la Nación **los estándares de protección ambiental**. En virtud de esta norma se han dictado numerosas e importantes leyes proteccionistas sobre tratamiento de residuos, estudios de impacto ambiental, conservación de especies, utilización de recursos, prohibición de PCBs, limitación a la tala indiscriminada de bosques, etc.

Dado que en los años anteriores a la reforma Constitucional habían tomado estado público, generando gran preocupación, algunas iniciativas como el “**repositorio nuclear de Gastre**”, en la Patagonia, o la posibilidad de importar residuos nucleares para su disposición en territorio argentino, se incorporó un último párrafo que **prohíbe terminantemente “el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”**.

## 6) Derechos de usuarios y consumidores.

El **artículo 42** recoge experiencias del creciente movimiento de defensa de los **usuarios y consumidores**, que a través de ONGs y asociaciones de diversa índole venía bregando por contar con herramientas jurídicas para la defensa de los derechos e intereses de aquellos en la relación desigual con las empresas proveedoras de bienes y servicios. A usuarios y consumidores se les reconoce “**el derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno**”. Las autoridades quedan obligadas a proveer “a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”, debiendo establecer procedimientos de solución de conflictos y marcos regulatorios de los servicios públicos con participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control. El tema, de por sí trascendente, adquirió mayor importancia con el proceso de privatizaciones masivas de servicios públicos emprendido bajo el gobierno de Menem, colocando a usuarios y consumidores **en una situación de particular indefensión** frente a las empresas concesionarias de ferrocarriles, aguas o energía eléctrica. La lucha popular contra los abusos ha dado lugar a numerosos amparos y a medidas correctivas, todavía insuficientes. Bajo el gobierno de Kirchner la tendencia empezó a cristalizarse en una serie de revocaciones de concesiones y renacionalizaciones.

## 7) Nuevas normas sobre derechos políticos y participación popular.

En materia de **derechos políticos**, el **artículo 37** garantiza su pleno ejercicio “con arreglo al principio de la soberanía popular”; da rango constitucional al **sufragio**

**“universal, igual, secreto y obligatorio”** que había establecido la ley Sáenz Peña, y ordena garantizar la **“igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres** para el acceso a cargos electivos y partidarios” (“discriminación positiva”).

Se mitiga asimismo el principio estrecho de la representación política del artículo 22 mediante: 1) el **reconocimiento de los partidos políticos** como “instituciones fundamentales del sistema democrático” (artículo 38), sentando ciertas normas relativas a su funcionamiento, incluyendo la financiación estatal; y 2) **la consagración de mecanismos de participación directa de la ciudadanía**. Las constituciones de distintas provincias ya habían incorporado estos mecanismos, pero la Nación los desconocía, con excepción de alguna experiencia aislada (consulta popular por el canal de Beagle bajo el gobierno de Alfonsín). Se abre así, aunque de manera insuficiente, la posibilidad de intervención del pueblo en la toma de decisiones. El **artículo 39** faculta a los ciudadanos a “presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados” (iniciativa popular), los cuales, reuniendo un cierto porcentaje de firmas que no puede exceder el tres por ciento del padrón electoral, son de tratamiento obligatorio para el Congreso dentro de los doce meses de presentados. El **Art. 40** faculta al Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, a someter a “consulta popular vinculante” un proyecto de ley, el que, votado afirmativamente por el pueblo, quedará promulgado automáticamente. Asimismo, tanto el Congreso como el presidente de la Nación podrán convocar a “consulta popular no vinculante”.

Tales institutos de participación responden a un nuevo concepto de democracia que se ha venido desarrollando en muchos países como consecuencia de la llamada “crisis de representación”: la democracia participativa, en la que el pueblo toma decisiones en forma directa o es consultado sobre ellas. El sistema representativo había puesto en evidencia sus límites desde el comienzo mismo de su funcionamiento, de allí que se lo intentara corregir o moderar mediante el llamado a la participación popular directa. La experiencia internacional es muy extensa y rica, e incluye institutos tales como el plebiscito, la elección directa de magistrados, fiscales y jefes policiales y el mecanismo de destitución popular de funcionarios electos, cuando rompen el “contrato político” con sus votantes, así como creaciones de orden comunal, como el presupuesto participativo. La dirigencia política argentina ha sido extraordinariamente renuente en reconocer estos mecanismos, que en otros países rigen desde hace muchas décadas, y sólo en los últimos años ha avanzado la democracia participativa con muy escaso ritmo y tímida recepción institucional. Desde luego, existen los mecanismos informales: el presidente De la Rúa fue destituido, no por una votación, sino por una pueblada. **Lo que no prevén las instituciones se realiza a veces por imperio de los hechos.**

## 8) Garantías de los derechos: amparo, habeas corpus y habeas data.

Entre las innovaciones más destacables se encuentra la recepción de remedios ágiles para la defensa de los derechos. El primero de ellos es la **acción de amparo**, ya prevista en nuestro sistema jurídico, primero como creación doctrinaria y jurisprudencial, y más tarde como instrumento legal. La reforma le dio rango constitucional en el **artículo 43**. Según esta norma, “toda persona puede interponer **acción expeditiva y rápida de amparo**, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que **en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos** por esta Constitución, un tratado o una ley.

Se trata de una vía rápida de protección de cualquier derecho (excepto la libertad física). Todo derecho dispone de una acción ordinaria para su protección. Pero estas acciones muchas veces no son eficaces, ya que requieren procesos largos que importan en la práctica el desconocimiento o la frustración del derecho afectado. Mediante la acción de amparo, se obtiene una protección inmediata y efectiva, y el juez interviniente, incluso, “**podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva**”.

Esta acción brinda protección, especialmente “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”. En tales casos, podrán interponerla el afectado, el defensor del pueblo y las ONGs.

En el mismo artículo se consagra el “**Habeas data**”, acción mediante la cual toda persona puede solicitar “tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes”, y en caso de falsedad o discriminación, puede “exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos”.

Finalmente, se consagra el “**habeas corpus**”, antiguo medio de protección de la libertad personal que existe desde hace siglos en la Constitución británica y en nuestro país sólo existía como instituto procesal, salvo durante la breve vigencia del artículo 29 de la Constitución de 1949, que ya hemos citado. A diferencia del amparo, que protege cualquier otro derecho, el habeas corpus tiene como objeto garantizar **la libertad física**. Cuando ésta se encuentre lesionada, restringida, alterada o amenazada, o cuando se produzca un “agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención” en el caso de personas legalmente encarceladas, o también cuando se produzca una “desaparición forzada de personas”, el afectado o cualquier otra persona en su favor podrá interponer un habeas corpus solicitando el inmediato cese de la situación lesiva. Se trata de

una acción totalmente informal, que no requiere el cumplimiento de requisito alguno (hasta puede estar manuscrita), y debe ser resuelta por el juez ante el cual recaiga en forma inmediata, “aun durante la vigencia del estado de sitio”. En la dictadura, los habeas corpus eran el recurso habitual frente a las desapariciones forzadas de personas, y en algunos casos quienes los interponían fueron a su vez sometidos a “desapariciones forzadas”. Hoy es un medio utilizado por cualquiera que sabe o sospecha que pesa en su contra una investigación, o que es buscado por las autoridades, para obtener la protección de sus derechos. Asimismo, se emplea frente a las detenciones policiales arbitrarias o cuando los presos son sometidos a condiciones o tratos indignos. En el conocido “caso Verbitzki”, fue un habeas corpus colectivo interpuesto a favor de los presos bonaerenses el que dio lugar a uno de los más memorables fallos de la Corte en cuanto a derechos de los privados de libertad.

### 9) Eficacia de estas garantías y el refuerzo de la contrapresión popular.

La eficacia de estos remedios procesales la conoce cualquier abogado. Como la experiencia práctica es aquí por demás ilustrativa, debo decir que tuve oportunidad de esgrimirlos reiteradamente. Obtuve, mediante amparos, medidas tales como: el cese en el corte de suministro de energía eléctrica a habitantes de la periferia urbana, por tratarse de un servicio público esencial, la provisión de medicamentos a enfermos sin recursos, la condena a obras sociales a proveer prótesis onerosas a afiliados en peligro de muerte, la internación y tratamiento de inválidos rechazados por las clínicas, etc. Mediante habeas data obtuve la rectificación de datos erróneos en bancos de datos privados. Mediante habeas corpus, logré la puesta a disposición de la justicia de decenas de jóvenes detenidos en tiempos de la maldita policía, y la protección y asistencia de presos enfermos de SIDA o con otras dolencias. En el caso reciente de un portador de HIV, a quien tanto el Servicio Penitenciario como los hospitales negaban asistencia, reforcé el hábeas corpus con sendas denuncias penales por abandono de persona e incumplimiento de los deberes de funcionario público, e intimé a las autoridades políticas bonaerenses a brindar asistencia al enfermo bajo apercibimiento de hacer extensivas en su contra las denuncias, con lo que la respuesta no se hizo esperar.

Un consejo para los militantes y abogados de derechos humanos es que el reclamo jurídico debe, cuando es necesario, ir acompañado por **presión política, social y mediática**. En el desalojo de centenares de familias que logré frenar en Fiorito, fue fundamental la presencia de diputados nacionales convocados por mí, como Juan Pablo Cafiero, para evitar la represión violenta. La intervención de los medios y las apariciones televisivas de las víctimas han sido fundamentales en el esclarecimiento de hechos de abuso policial y en los reclamos contra servicios públicos privatizados. Zimmermann



me enseñó hace años que estos eran **mecanismos efectivos de contrapresión** para equilibrar a favor de los pobres las presiones políticas y económicas que los poderosos ejercen sobre el Poder Judicial.

### 10) Otras normas protectoras de derechos. Las normas internacionales.

La reforma introdujo algunas normas protectoras de derechos humanos en la parte operativa de la Constitución, por ejemplo, al reglamentar las atribuciones del Congreso de la Nación. **El artículo 75** contiene disposiciones sumamente trascendentes. En su **inciso 17**, dice que corresponde al Congreso **“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”**. Se trata de una **reparación histórica de los pueblos originarios**, despojados de sus tierras, sus culturas y su dignidad por el proceso de sometimiento antes y después de la Independencia. Entre otras cosas, se ordena garantizar **el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural** (derecho nunca cumplido en la práctica); reconocer la **personalidad jurídica de sus comunidades**, y la **posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan** (derecho que está siendo actualmente vulnerado de manera escandalosa, como ya hemos dicho); y regular la entrega de otras **aptas y suficientes** para el desarrollo humano; **“ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”**. Asimismo, se deberá asegurar **“su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan”**. En aplicación de estos principios la Administración de Parques Nacionales se ha ocupado, en algunos casos, de coordinar sus políticas con las comunidades aborígenes que habitan las áreas protegidas.

El **inciso 19** fija como atribución del Congreso proveer lo conducente a otros aspectos vinculados con los **derechos económicos y sociales**, como el **desarrollo humano**, el **progreso económico con justicia social**, la **generación de empleo**, la **formación profesional de los trabajadores**, el crecimiento armónico de la Nación (protección y estímulo de las economías locales), el dictado de leyes de organización y de base de la educación -considerada “responsabilidad indelegable del Estado”, con la participación de la familia y la sociedad-, la promoción de los valores democráticos y la **igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna**; garantizando la **gratuidad y equidad de la educación pública** estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Asimismo, se protegerá **“la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”**.

Pero, sin duda, el más importante de estos incisos es el **inciso 22** que incorpora las normas internacionales de derechos humanos a la Constitución. Esta norma da rango constitucional a una serie de tratados y declaraciones de derechos humanos esta-

bleciendo además que los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. La enumeración de los instrumentos internacionales considerados como “parte de la Constitución” basta para demostrar la importancia del inciso; ellos son:

- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- la Convención sobre los Derechos del Niño;

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos que sean aprobados por el Congreso por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara gozan asimismo de la jerarquía constitucional. Con posterioridad a la reforma se han incorporado por este mecanismo la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Una vez que un tratado fue aceptado de esta manera, no puede ser denunciado por el Poder Ejecutivo sin la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Tales instrumentos internacionales rigen “en las condiciones de su vigencia”, es decir, con las reservas y anexos con que fueron ratificados.

Como se señaló en otra parte del manual, **la incorporación de estos instrumentos internacionales ha sido de extraordinaria importancia para la lucha por Verdad y Justicia, ya que sus prescripciones y los fallos u opiniones de los órganos**

**de Justicia internacional fueron invocados como base para la declaración judicial de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad e inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los indultos a represores.**

Por último, el inciso 23 obliga al Congreso a “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**”, debiendo asimismo “dic-tar 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”.

Cuando mediante tratados de integración se deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (como el MERCOSUR o los tribunales internacio-nales), se impone como condición el respeto al “orden democrático y los derechos humanos” (inciso 24).

Entre las innovaciones de la reforma está **la creación de la Defensoría del Pueblo (artículo 86)**, órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con “plena autonomía funcional”, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, y que tiene como misión la “defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Está legitimado para intervenir judicialmente a esos fines y es designado por el Congreso por cinco años, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras, gozando de las inmunidades y privilegios de los legisladores. El Defensor del Pueblo ha intervenido activamente, desde su creación, en un importante número de conflictos y ha sido parte en numerosos procesos por el desconocimiento o la afectación de derechos humanos, constituyéndose en una institución eficaz a ese fin. Ha actuado en conflictos relativos a usuarios y consumidores, en reclamos ambientales, o demandando respuesta a vulneraciones de derechos fundamentales como el derecho a la vida, alimentación y salud de los indígenas del Chaco.

Como conclusión, puede decirse que nuestra Constitución actual brinda marco suficiente para la protección de todas las generaciones de derechos y proporciona herramientas jurídicas a los fines de su defensa. **Depende de la capacidad, inteligencia y perseverancia de las organizaciones libres del pueblo el crear las relaciones de fuerza adecuadas para que los derechos consagrados en la Constitución tengan vigencia práctica, y se supere la “hipocresía jurídica” que hace convivir normas muy generosas y protectoras con realidades persistentes de vulneración y atropello.**

## QUINTA PARTE

### LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

#### 1) Un homenaje a Alberdi.

Estimadas compañeras y compañeros:

Los argentinos debemos sentirnos orgullosos de contar entre nuestros grandes hombres a Juan Bautista Alberdi.

Alberdi no sólo fue el padre ideológico de la Constitución Nacional. Con su conducta, con sus ideas, con su valentía cívica, fue un ejemplo de ciudadano e intelectual, un defensor insobornable de los derechos individuales y un promotor de la paz y el derecho internacional.

Además de “Las Bases”, libro inspirador de los Constituyentes de 1853, Alberdi escribió otra gran obra: “**El Crimen de la Guerra**”. En ella hizo una exposición sistemática de los argumentos jurídicos, morales y económicos en contra de la guerra y expresó su visión sobre las relaciones entre los Estados.

**Es la obra de un gran pacifista, de un humanista convencido y de un hombre comprometido con su tiempo.** Justamente escribió este libro bajo la impresión de la guerra del Paraguay, en la que había hecho campaña para defender al pueblo paraguayo de la agresión de sus vecinos y para condenar la política belicista del gobierno de Mitre en alianza con Brasil y Uruguay.

**Por no sumarse al coro de los patrioterros que promovían la destrucción de Paraguay, Alberdi fue acusado de “traidor a la patria”** y quedó convertido en un paria político. La posteridad, sin embargo, le reconoce su valeroso gesto y debe estarle agradecida por la nobleza de los ideales que defendió.

Pero “El crimen de la guerra” excede con mucho su finalidad de ser la más elocuente condenación de la guerra del Paraguay. Es la condenación de la guerra en todas sus formas, de la guerra como práctica internacional, del culto de la guerra y de las glorias militares, de la santificación de las matanzas y los crímenes que la guerra trae aparejados.

En este libro Alberdi se revela, además, como un gran teórico del Derecho Internacional, un precursor. Anticipando soluciones que tardarían décadas en alcanzarse, **previó la organización de una Sociedad de Naciones, la conformación de una Justicia Internacional que castigara a los responsables del crimen de la guerra y la**

**protección internacional de los derechos humanos.** Y todo esto en 1869.

“El crimen de la guerra –dice al comienzo de su libro-. Esta palabra nos sorprende sólo en fuerza del grande hábito que tenemos de esta otra, que es la realmente incomprensible y monstruosa: el derecho de la guerra, es decir, **el derecho del homicidio, del robo, del incendio, de la devastación en la más grande escala posible; porque esto es la guerra, y si no es esto, la guerra no es la guerra.**”

**“Estos actos son crímenes por las leyes de todas las naciones del mundo. La guerra los sanciona y los convierte en actos honestos y legítimos, viniendo a ser en realidad la guerra el derecho del crimen, contrasentido espantoso y sacrílego, que es un sarcasmo contra la civilización”.**

Más adelante agrega: “La guerra es un modo que usan las naciones de administrarse la justicia criminal unas a otras con esta particularidad, que en todo proceso cada parte es a la vez juez y reo, fiscal y acusado, es decir, **el juez y el ladrón, el juez y el matador.**”

Alberdi se opone al contrasentido de que existan dos derechos, uno que rige a los individuos castigando sus crímenes y otro que rige a los Estados, santificando los crímenes de guerra. “Si el derecho es uno –argumenta- **¿puede la guerra, que es un crimen entre los particulares, ser un derecho entre las naciones?.**”

La guerra, advierte Alberdi, “consume la riqueza nacional”, es un “factor de despoblación”, una “causa de crisis económica”. **“Por grande que sea el mal que la guerra haga al enemigo, mayor es el mal que hace al país propio”.**

“La guerra puede ser fértil en victorias, en adquisiciones de territorios, de preponderancias, de aliados sumisos y útiles; **ella cuesta siempre la pérdida de su libertad al país que la convierte en hábito y costumbre**”. El primer efecto de la guerra es “un cambio en la constitución interior del país **en detrimento de su libertad**, es decir, de la participación del pueblo en el gobierno de sus cosas”. Así “todo país guerrero acaba por sufrir la suerte que él pensó infligir a sus enemigos”. Su poder no pasará a manos del extranjero, “pero saldrá siempre de sus manos para quedar **en las de esa especie de Estado en el Estado, en las de ese pueblo aparte y privilegiado que se llama el ejército**. La soberanía nacional se personifica en la soberanía del ejército y el ejército hace y mantiene los emperadores que el pueblo no puede evitar”. “El soldado romano se hacía vestir, alimentar y alojar por el trabajo del extranjero sometido, mientras que el soldado moderno recibe ese socorro en la gran mayoría **del pueblo de su propia nación, convertida en tributaria del ejército**, es decir, de un puñado privilegiado de sus hijos; el menos digno de serlo, como sucede a menudo con toda aristocracia.”. La

guerra trae consigo “la ciencia y el arte de la guerra, el soldado de profesión, el cuartel, la caserna, el ejército, la disciplina, y a la imagen de este mundo excepcional y privilegiado **se forma y moldea poco a poco la sociedad entera**”. Las glorias militares, insiste Alberdi, “**tienen por precio la libertad**”. “El atraso, la barbarie, la opresión, están representadas en Sudamérica por la espada y por el elemento militar”.

Si la guerra es desastrosa y absurda en todas partes, lo es más aún en Sudamérica. “Las dieciséis repúblicas que la pueblan –razona Alberdi– hablan la misma lengua, son de la misma raza, profesan la misma religión, tienen la misma forma de gobierno, el mismo sistema de pesas y medidas, la misma legislación civil, las mismas costumbres, y cada una posee cincuenta veces más territorio que el que necesita”.

Convencido de que la paz vive en el hombre o no vive en parte alguna, Alberdi propone una educación para la paz. Combate la “idolatría militar” y el “culto de los guerreros” que falsea la historia para presentar las conquistas de los pueblos como el producto de algún aventurero militar más o menos afortunado. Se opone a la glorificación de los generales y reclama la glorificación de los héroes civiles, de los civilizadores y los benefactores de la Humanidad. “Los pueblos son los árbitros de la gloria, ellos la dispensan, no los reyes”, sostiene, y agrega que, en vez de las estatuas “con que los reyes glorifican a los cómplices de sus devastaciones, los pueblos tienen el derecho de erigir estatuas de los gloriosos vencedores de la oscuridad, del espacio, del abismo, de los mares, de la pobreza, de las fuerzas naturales puestas al servicio del hombre”; los “nobles héroes de la ciencia, en lugar de los bárbaros héroes del sable”; “**los que extienden, ayudan, realizan, dignifican la vida, no los que la suprimen so pretexto de servirla; los que cubren de alegría, de abundancia, de felicidad a las naciones, no los que las incendian, destruyen, empobrecen, enlutan y sepultan.**”

La guerra sólo es justa cuando tiene como objetivo la liberación nacional. “Lejos de ser un crimen, la guerra de la independencia de Sud América fue un grande acto de justicia por parte de ese país”. No obstante lo cual, atribuye la libertad de América a un movimiento general de la civilización y a una conquista de los pueblos, no al acierto de los generales, “exaltados por la vanidad nacional”.

Otra forma eficaz de desalentar las guerras consiste en responsabilizar a sus autores. “**Las guerras serán más raras a medida que la responsabilidad de sus efectos se haga sentir en todos los que las promueven y suscitan**”. “La **responsabilidad penal** será al fin el único medio eficaz de prevenir el crimen de la guerra, como lo es de todos los crímenes en general. Mientras los autores del crimen de la guerra gocen de inmunidad y privilegios para perpetrarlo en nombre de la justicia y de la ley, la guerra no tendrá ninguna razón para dejar de existir”. El castigo de la falta “podrá ser capaz de

contener a los que encienden con tanta facilidad las guerras **sólo porque están seguros de la impunidad**". Y cuando la sanción penal no es posible, debe aplicarse indefectible la sanción moral: "Yo sé que no es fácil castigar a un asesino que dispone de un ejército de quinientos mil cómplices armados y victoriosos; pero si el castigo material no puede alcanzarlo por encima de sus bayonetas, para el castigo moral de la opinión pública no hay baluartes ni fortalezas que protejan al culpable". "Las guerras serían menos frecuentes si los que las hacen –los jefes de las naciones- tuvieran que exponer su vida... La irresponsabilidad directa y física es lo que las multiplica... **Si la guerra es un crimen, el primer culpable de ese crimen es el soberano que la emprende...** Si estos actos son el homicidio, el incendio, el saqueo, el despojo, los jefes de las naciones en guerra deben ser declarados, cuando la guerra es reconocida como injusta, como **verdaderos asesinos, incendiarios, ladrones, expoliadores, etc.**"

Alberdi lleva sus concepciones contra la guerra a la proposición de un orden internacional fundado en la existencia de un "pueblo-mundo". "Si hay un pueblo que está llamado a realizar perpetuamente el gobierno de sí mismo (self government), es ese pueblo compuesto de pueblos que llamamos el género humano". El conjunto de las naciones, prevé Alberdi, se organizará paulatinamente conformando una sociedad universal, celebrando Congresos o parlamentos internacionales y dictando las leyes que rijan a los Estados en sus relaciones. Ello no será obra solamente de las ideas, sino de los factores cohesivos entre las naciones, el comercio, las comunicaciones, el intercambio pacífico. En esa nueva organización se constituirán gradualmente Cortes o Tribunales de Justicia internacional para dirimir los conflictos, aplicar el Derecho Internacional y castigar a los culpables de las guerras de agresión.

Alberdi prevé la consagración internacional de los Derechos Humanos al sostener que "las personas favoritas del derecho internacional son los Estados; pero como estos de componen de hombres, **la persona del hombre no es extraña al derecho internacional**". El derecho internacional "es un derecho del hombre como lo es del Estado; y si él puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, tanto puede invocar su protección el hombre individual como puede invocarla el Estado". Cuando uno o muchos individuos "**son atropellados en sus derechos internacionales, es decir, de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país**".

Las ideas luminosas de Alberdi han comenzado a tener un principio de ejecución, aunque distemos mucho de haberlas realizado. La evolución del derecho internacional no hizo más que confirmar el acierto de ese gran humanista práctico y pacifista militante que fué Juan Bautista Alberdi.

## **2) Qué es y para que sirve el derecho internacional de los derechos humanos.**

Hemos visto que el último grado de desarrollo histórico de los derechos humanos es su consagración en las normas del derecho internacional. Estas normas son de dos tipos: las declaraciones y las convenciones o tratados. Las primeras materializan consensos jurídicos alcanzados entre los Estados que componen la sociedad de las naciones o “pueblo-mundo”, como lo llamaba Alberdi. Los segundos contiene normas que fijan compromisos concretos de cumplimiento obligatorio para los Estados que los suscriben.

Además de expresar consensos y fijar pautas de conducta, el derecho internacional va desarrollando progresivamente criterios de interpretación, por ejemplo a través de opiniones consultivas o de recomendaciones que formulan los organismos internacionales con competencia en Derechos Humanos.

Otra utilidad de la existencia de un orden internacional es la de actuar como caja de resonancia de las violaciones a los derechos humanos, las cuales, una vez que toman estado público y son materia de debate en los ámbitos internacionales, generan una presión política y moral contra los gobiernos que las cometen.

La creación, por medio de las convenciones, de órganos de resolución de conflictos y fiscalización de la situación de los Derechos Humanos en los países del mundo –Cortes internacionales, Comisiones para el control del cumplimiento de tratados, comités de expertos, etc.- actúa también como mecanismo de prevención de violaciones y en algunos casos de sanción a los responsables o de la obligación de remediarlas.

La impunidad de los criminales, decía Alberdi, alienta los crímenes de guerra. Esta impunidad gradualmente está cediendo. No sólo se han erigido tribunales que castigaron a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad, como luego veremos, sino que la perspectiva de un ulterior juzgamiento ha hecho que algunos crímenes pudieran evitarse. Recientemente, los salvajes asesinos de una guerrilla africana protegida por el gobierno de su país salieron de gira a pedir perdón a la población. Esto era inconcebible en otros tiempos. Empieza a suceder no por otra razón que por el temor de los asesinos a los juicios internacionales en su contra.

El sistema internacional se encuentra muy lejos de poseer eficacia para garantizar por sí solo el respeto a los Derechos Humanos en el mundo. Sin embargo, está todavía en una fase muy temprana de su desarrollo. Es posible prever su paulatino afianzamiento. La creación de conciencia acerca de su necesidad contribuirá a que ello se logre en el futuro.



### 3) La evolución internacional: las Naciones Unidas.

Podemos rastrear los orígenes de los derechos humanos en la práctica internacional a través de las regulaciones de la guerra. Esto es así porque el derecho internacional mismo emerge en parte como respuesta a la realidad de la guerra y como una forma de establecer condiciones o mecanismos para prevenirla, lamentablemente con muy poco éxito, o cuando menos de dar cierta previsibilidad a las relaciones entre los Estados.

La guerra, el fenómeno más antihumanitario de nuestra vida como especie, motivó al mismo tiempo las primeras tentativas de establecer pautas para el tratamiento de prisioneros y para la atención de los heridos. Pero, fundamentalmente, el horror de las Guerras Mundiales generó el impulso reactivo que condujo a los Estados a intentar la creación de un orden internacional que permitiera controlar y regular la amenaza bélica.

El orden jurídico internacional tiene algunas características que lo distinguen de un orden jurídico interno. En primer lugar, se trata de normas que no tienen como destinatario directo a los individuos sino a los Estados, al menos en principio (ya hemos visto lo que pensaba Alberdi al respecto). En segundo lugar, se trata de normas que carecen de fuerza coactiva directa. Las normas de un Estado son obligatorias para sus súbditos en la medida en que su violación puede ser sancionada mediante la coacción estatal. Pero a nivel internacional no hay un supraestado que pueda imponer el respeto a las normas por la fuerza. La evolución internacional ha intentado reparar esa falta mediante la creación de organismos cuyas resoluciones se encuentran respaldadas por la voluntad de los Estados parte de sancionar de diversas maneras (sanciones económicas, políticas, diplomáticas e incluso militares) cualquier violación. Pero, obviamente, ello sólo ocurre cuando la violación se origina en un Estado pequeño. Una superpotencia todavía es impune frente al derecho internacional, aunque le convenga por razones políticas fingir acatamiento. Es más, las superpotencias asumen el rol de ejecutoras de las sanciones, de gendarmes, de garantes del orden internacional (lo cual no les impide, cuando las circunstancias lo aconsejan, pasar por alto los mecanismos preestablecidos y actuar directamente, como lo hizo Estados Unidos en la guerra de Irak, con grave desmedro de la credibilidad de la ONU).

La Primera Guerra Mundial dio nacimiento a la Sociedad de las Naciones: primera tentativa de organizar un orden internacional basado en un conjunto de normas y compromisos, con órganos estables y permanentes donde discutir la solución a los conflictos, esperando de esa manera prevenir nuevas contiendas globales. La idea fue puesta en circulación por el Presidente norteamericano Woodrow Wilson y tuvo rápida aceptación en Europa. Se creía que de esta manera se podía evitar el estruendoso fracaso de

la diplomacia secreta que había caracterizado las relaciones entre Estados antes de la Gran Guerra (Había, no sólo relaciones diplomáticas reservadas entre los Estados sino también Tratados secretos de ayuda mutua en caso de conflagración, y ese fue uno de los factores que hicieron que un enfrentamiento local se convirtiera en una guerra global). Lamentablemente, la intención original fue rápidamente desnaturalizada. En las conferencias para la constitución de la Sociedad de las Naciones en Versalles la Argentina tuvo un papel destacado por las instrucciones que el Presidente Yrigoyen había dado a la representación diplomática argentina, según las cuales las nuevas instituciones internacionales no debían ser instrumentos de represalia contra las potencias vencidas. Por desgracia, los vencedores no estaban dispuestos a oír la voz de la razón, y el Tratado de Versalles estuvo signado por el deseo de los vencedores de mantener a Alemania sometida a condiciones vergonzantes, obligándola a la cesión de territorios y el pago de indemnizaciones de guerra escandalosas y prohibiéndole toda industria pesada que pudiera destinarse a la fabricación de armamentos. Estas imposiciones injustas que caracterizaron el nacimiento de la Sociedad de las Naciones no sólo causaron la ruina de este experimento sino que crearon las condiciones sociales, económicas y políticas para el derrumbamiento de la República de Weimar, el resurgimiento de un desenfrenado nacionalismo belicista en Alemania y el advenimiento del nazismo.

Si la Primera Guerra Mundial había sido mala, la Segunda fue atroz. El Holocausto, los asesinatos en masa, el bombardeo a las poblaciones civiles indefensas, los campos de concentración, el uso de tecnología de destrucción sin precedentes, las bombas atómicas, hicieron que todas las guerras, matanzas y carnicerías de los milenios precedentes parecieran juegos de niños.

Al final de la guerra, había quedado en pie un mundo bipolar dominado por Estados Unidos y la Unión Soviética. Fue en ese mundo, que ingresaba ya en una nueva competencia beligerante, la Guerra Fría, que se creó la Organización de las Naciones Unidas. No nos detendremos en el análisis del funcionamiento y composición de esta nueva creación. Nos limitaremos aquí a mencionar sólo algunos hitos.

El primero es la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recogiendo la tradición inaugurada por la Revolución Francesa, la Asamblea General de la ONU aprobó esta Declaración el 10 de diciembre de 1948. Se intentó compatibilizar en ella, como en una suerte de compendio, las posiciones filosóficas y políticas con frecuencia enfrentadas de los distintos bloques de poder internacional. Esto puede advertirse en el tratamiento ambiguo de ciertos derechos que no merecían la misma adhesión de parte de las potencias occidentales y de los países comunistas. Pero, en conjunto, la Declaración adquirió una importancia simbólica fundamental, como desideratum o expresión de las comunes aspiraciones humanas.

La ONU confió al Consejo Económico y Social el velar por la vigencia de los Derechos Humanos, quien a su vez creó la Comisión de Derechos Humanos, encargada de examinar la situación de los derechos humanos en los países miembros. Esta Comisión ha funcionado de manera harto dificultosa por sus condicionamientos políticos. Luego de una crisis, se ha reorganizado recientemente como Consejo de Derechos Humanos.

En 1998 el Tratado de Roma creó el Tribunal Penal Internacional que tiene a su cargo el juzgamiento de los crímenes de Derecho Internacional. Es la expresión final de una larga evolución y su importancia reside en ser una forma indirecta de proteger los derechos Humanos mediante la sanción de los criminales que los violan, su persecución internacional y el poder disuasivo de la pena.

#### 4) La Organización de los Estados Americanos.

En los ámbitos regionales hubo también un esfuerzo organizativo tendiente a crear o reforzar sistemas supranacionales. América tenía ya una larga tradición de Conferencias e intercambios políticos y diplomáticos heredada del siglo XIX. Los países hispanoamericanos no abandonaron sino hasta muy entrado ese siglo la vocación de conformar una confederación de naciones, idea que estaba ya en la cabeza de muchos revolucionarios argentinos desde 1810. **Mariano Moreno** la esbozó en un documento conocido como “Las Miras del Congreso”, aunque la consideró difícilmente practicable en esa época. **Bernardo Monteagudo**, ideólogo y brazo político de San Martín, escribió en 1823 el “Ensayo de una federación general de estados hispanoamericanos” proponiendo “**una asamblea hispanoamericana** que nos sirva de consejo en los grandes conflictos, de punto de contacto en los peligros comunes, de fiel intérprete en los tratados públicos y de conciliador de nuestras diferencias”, agregando que dicha Asamblea proveerá “**una solemne garantía de nuestra independencia territorial y de la paz interna**”. Tales ideas estaban en la mente de **San Martín** y de **Bolívar**. Éste último intentó llevarlas a efecto en el **Congreso de Panamá de 1826**, de resultas del cual se suscribió una alianza para la creación de fuerzas armadas comunes y se acordó la realización cada dos años de un nuevo congreso: generosa y pionera tentativa que resultó fallida, para desgracia de los pueblos latinoamericanos. Por aquellos años, Estados Unidos elaboró, en contraposición, la famosa “**doctrina Monroe**” (1823: “América para los (norte)americanos”). En 1889 se celebró en Washington la **Primera Conferencia Panamericana**, en la que Estados Unidos intentó reiteradamente ejercer su hegemonía en aplicación de la doctrina Monroe, según fuera denunciado por José Martí, quien proclamó: “**Ha llegado para la América Española la hora de declarar**

**su segunda Independencia”**. Y años más tarde, el poeta Ruben Darío advertiría:

“alumbrando el camino de la fácil conquista,  
la Libertad levanta su antorcha en Nueva York”.

Sin perjuicio de esta tensión entre la soberanía de los pueblos del sur y los apetitos coloniales del Norte, la aspiración a la articulación regional era tan importante en América que podemos decir que ella constituye una nota distintiva del Nuevo Mundo, al punto tal que Alberdi señalaba que la palabra “internacional” es una palabra americana. Finalmente, en 1948, se constituye la Organización de los Estados Americanos (OEA), con sede en Washington, e inmediatamente aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Otros hitos trascendentes, que luego describiremos en detalle, fueron la puesta en funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la aprobación de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **5)La protección de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional**

Como acabamos de ver, existen dos sistemas de protección internacional de Derechos Humanos de los que nuestro país forma parte: el Sistema Universal, en el marco de las Naciones Unidas, y el Sistema Interamericano o regional, en el marco de la O.E.A.

El Sistema Universal protege y fiscaliza los Derechos Humanos través de órganos permanentes de la O.N.U. y de un conjunto de Comités creados por los diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El órgano permanente originariamente competente, el Consejo Económico y Social, integrado por 54 Estados miembros, se encargó, entre otras cosas, de supervisar la situación de los Derechos Humanos en el mundo. Ha cumplido esta labor, por ejemplo, mediante la conformación de Grupos de Trabajo que reunían información y fiscalizaban aspectos particulares de la problemática de Derechos Humanos y su evolución.

De acuerdo al artículo 68 de la Carta de la ONU, el Consejo Económico y Social puede a su vez crear Comisiones para el tratamiento de determinados temas. Fue así que creó la Comisión de Derechos Humanos, la cual estaba integrada por representantes oficiales de 53 Estados miembros de las distintas regiones del mundo. Por Resolución E/1235 de 1967, la Comisión fue autorizada a examinar violaciones de Derechos Humanos notorias y persistentes, en especial las relacionadas con el “apar-

theid” en Sudáfrica y la discriminación racial en Rodhesia del Sur.

La Comisión a su vez creó una Subcomisión de Derechos Humanos, inicialmente llamada Subcomisión para la Protección de las Minorías y la Sanción de la Discriminación, la cual se encontraba integrada, no por representantes estatales, sino por expertos a título personal (es decir, con independencia de cualquier representación diplomática), aunque designados a propuesta de los Estados miembros.

Tanto en la Comisión como en la Subcomisión podían actuar, con voz pero sin voto, las Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos, a las cuales se reconoce un rol fundamental como nexo entre los órganos internacionales y la gente común, sin recibir, al menos teóricamente, instrucciones de los gobiernos.

Ambos ámbitos han servido para la discusión de nuevas normas reguladoras en materia de Derechos Humanos, elaborando y dando origen a los distintos Tratados que se aprobaron a través de las décadas. Asimismo se ocuparon de examinar la situación de los Derechos Humanos en forma sistemática, por países y por temas. Por último designaban Relatores: funcionarios encargados de evaluar y hacer informes o propuestas sobre temas específicos.

Uno de los grandes déficit de este sistema es la falta de un tribunal internacional con competencia para entender ante denuncias de violaciones de Derechos Humanos contra los Estados, instancia que sí existe a nivel regional. Sin embargo se abrió la posibilidad de hacer conocer situaciones concretas de vulneración a través de lo dispuesto por la Resolución E/1503 de 1970, la cual autorizaba a la Subcomisión de DDHH a constituir un Grupo de Trabajo para cuadros persistentes de violaciones a los Derechos Humanos comunicadas por personas, grupos y ONGs, con la posibilidad de hacer públicos los casos.

La tarea más fructífera ha sido la creación de normas internacionales que materializan en Tratados Internacionales las buenas intenciones proclamadas en las declaraciones de la Asamblea General de la ONU. Al ser órganos altamente burocratizados y condicionados por variables políticas de diversa índole, los resultados fueron más bien lentos y los procedimientos engorrosos. Veamos algunos ejemplos. En 1959 fue aprobada la Declaración de los Derechos del Niño, pero se tardó treinta años (1989) en lograr que dicha Declaración fuera acompañada por un instrumento específico de cumplimiento obligatorio: la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, debió esperar hasta 1966 para ver concretados los dos Pactos Internacionales que la instrumentan: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Incluso, los condicionamientos políticos hicieron que no pudieran implementarse ambos tipos de

Derechos en un cuerpo único, debiendo ser aprobados por separado. En 1975 se aprueba la Declaración de la ONU contra la Tortura, y sólo en 1984 se logra instrumentar la Convención contra la Tortura.

Cada uno de estos Tratados, una vez elaborado, es sometido a la aprobación de la Asamblea General de la ONU, y luego ratificado por los Estados parte.

Cada Tratado tiene, además, su propio Comité de expertos, quienes actúan a título personal, respetando para su designación la diversidad geográfica y de sistemas jurídicos. El Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos es el único al que se llamó Comité de Derechos Humanos; los restantes reciben el nombre del Tratado en que fueron creados (por ejemplo, Comité contra la Tortura).

Estos Comités cumplen las siguientes funciones: 1) reciben informes periódicos de los Estados Partes sobre la forma en que cumplen las obligaciones asumidas en sus territorios; y a su vez pueden controlarlos y hacer seguimientos, así como formular recomendaciones a dichos Estados; 2) en algunos Tratados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reciben denuncias individuales (si bien no hay un Tribunal permanente que intervenga en ellas, según ya se explicó); 3) Formulan Recomendaciones Generales precisando las obligaciones a cargo de los Estados parte;

4) Discuten y aprueban los llamados “Protocolos Facultativos” instrumentos complementarios de un Tratado de Derechos Humanos que los Estados Parte pueden o no aceptar. Dado que los Tratados de Derechos Humanos han sido incorporados a nuestra Constitución, las recomendaciones, resoluciones u opiniones de los mencionados Comités revisten suma importancia, ya que son fuente directa de interpretación de normas que deben tener en cuenta, en sus sentencias, los tribunales de nuestro país.

Se comprende lo difícil, si no imposible, que resulta evitar que el tratamiento internacional de los Derechos Humanos se encuentre invadido de intereses políticos y económicos. Desde la propia Declaración de Derechos Humanos de 1948 quedó en evidencia la dificultad de compatibilizar filosofías distintas, frente a la puja entre los defensores de los derechos individuales y los partidarios de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero además, las denuncias de violaciones de Derechos Humanos han sido un arma política para atacar o descalificar a regímenes políticos determinados. Las denuncias de Estados Unidos contra Cuba, por ejemplo, fueron una de las maniobras utilizadas por el gobierno de Estados Unidos para aislar al régimen de Castro. Por otra parte, situaciones de evidente vulneración de derechos fueron pasadas por alto por presiones políticas de diverso origen, y se llegó a dar el caso de Estados notoriamente despreciadores de los Derechos Humanos que ocuparon un asiento en estos organismos sin otra finalidad que la de intentar bloquear las denuncias en su contra. Y una vez más, apa-

recieron también aquí las consecuencias de la abismal desigualdad en cuanto al poderío económico, político y militar de los Estados. Ha sido relativamente fácil cuestionar o poner bajo la lupa a los Estados pequeños, mientras que las grandes potencias violaron los Derechos Humanos con impunidad.

A despecho de todos estos inconvenientes, la existencia de estos ámbitos no ha dejado jamás de ser útil, aunque más no sea para hacer conocer al mundo situaciones de vulneración y poner a los Estados culpables en la incómoda necesidad de dar explicaciones, e incluso remediar.

A veces, estos órganos funcionaron a pesar de las presiones. Veamos lo que ocurrió con la Comisión de Derechos Humanos. Mientras ésta se ocupó de acusar a los países periféricos, no se escucharon mayores críticas a la misma. Pero en los últimos tiempos varios de sus relatores comenzaron a ocuparse de las violaciones de derechos humanos en y por Estados Unidos, llegando en el año 2006 a elaborarse un informe de cinco de sus relatores sobre las torturas en el campo de concentración de Guantánamo. Dicho informe no pudo examinarse porque el período de sesiones de la Comisión fue abruptamente suspendido.

No era ese informe lo único que molestaba a Estados Unidos. También le incomodaba el creciente interés de la Comisión en los derechos económicos, sociales y culturales, a cuyo tratamiento USA se oponía en forma invariable.

Comenzó así una larga campaña, en que Estados Unidos puso todos sus recursos, para primero desacreditar y luego disolver la Comisión de Derechos Humanos, e intentar reemplazarla por un Consejo de Derechos Humanos de unos 20 Estados miembros, de “probada actuación democrática”, según el criterio norteamericano.

La Comisión fue disuelta, pero el órgano propuesto como reemplazo fue desestimado por la gran mayoría de los Estados; y finalmente la Asamblea General de la ONU aprobó, con el voto de 170 Estados a favor, cuatro en contra (Estados Unidos, Israel, Palau y las Islas Marshall) y dos abstenciones, la creación de un Consejo de Derechos Humanos similar en términos generales a la Comisión desaparecida.

El nuevo Consejo no depende ya del Consejo Económico y Social sino que es un órgano subsidiario de la Asamblea General, es decir de mayor jerarquía. El mandato de los Estados Miembros dura tres años y no podrán ser reelegidos sino con un intervalo de dos períodos, lo que facilitará una efectiva rotación de Estados. Como novedad destacable, la Asamblea General, por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes y votantes, puede suspender como miembro del Consejo a un Estado que comete graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, lo que permite aplicar una sanción a los violadores de Derechos Humanos y al mismo tiempo evitar —a través de la

mayoría calificada- que con esa excusa un grupo de Estados pueda castigar o presionar indebidamente a otros. Téngase en cuenta que esta sanción fue adoptada en muy raras ocasiones: por ejemplo en el caso de África del Sur y el apartheid, cuando ese Estado fue suspendido como miembro de las Naciones Unidas.

El Gobierno de Estados Unidos, descontento con el nuevo Consejo, no presentó su candidatura para integrarlo. Quizás también por precaución, pues dado que el voto en la Asamblea General para elegir los miembros del Consejo es secreto y por lo tanto difícil de controlar, quiso evitar encontrarse en la situación de que le faltaran los votos necesarios para ser elegido. De América Latina y el Caribe fueron elegidos: Brasil con 165 votos, Argentina (158), México (154), Perú (145), Guatemala (142), Uruguay (141), Cuba (135) y Ecuador (128).

El segundo aspecto destacable del Sistema Universal fue la paulatina instauración de un Sistema Penal Internacional para prevenir y castigar los delitos de Genocidio, los de Lesa Humanidad, los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Paz. Pero de ello nos ocuparemos en el último capítulo de esta parte del Manual.

El sistema de protección interamericana nace con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, uno de los instrumentos fundamentales de la consagración de los derechos humanos en las Américas. Once años después, en la V Reunión de Consejos de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile, se adopta una resolución creando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por siete miembros que actúan a título personal, y entre cuyas funciones se encuentra la de promover el respeto de los Derechos Humanos en la región. El Consejo de la O.E.A. elaboró el primer estatuto de esta Comisión en 1960, definiéndola como “órgano autónomo”.

En 1965, durante la Segunda Conferencia Interamericana especializada, se autoriza a la Comisión a recibir comunicaciones por violaciones a los Derechos Humanos y presentar un Informe Anual ante la Asamblea General de la OEA.

En 1967 se reforma la Carta de la OEA, la cual entra en vigencia tres años después, incorporando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como “órgano permanente”, con la doble misión de promover los Derechos Humanos y asesorar a la OEA en la materia.

En 1969 se produce otro hito en la historia del sistema de protección interamericano al aprobarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la que se torna operativa diez años más tarde.

Queda así instaurado un doble sistema de control por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Respecto de los Estados parte de la Convención



Americana, controla el cumplimiento de la misma. Respecto de aquellos Estados miembros de la OEA que no han suscripto dicha Convención, controla el cumplimiento de la Declaración Americana de 1948. En el primer caso, tanto la Comisión como el Estado parte que se encuentre afectado pueden elevar el caso de que se trate a conocimiento de un nuevo órgano jurisdiccional que se crea al efecto: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos está integrada por siete miembros de alta autoridad moral y reconocida versación en la materia, propuestos por los Estados miembros pero actuantes a título personal, con una duración de cuatro años reelegibles por una vez. Elabora su propio estatuto y dicta su reglamento interno. Sesiona dos o tres veces al año en Washington y también puede trasladarse a cualquier país si el caso lo requiere. Entre sus funciones se cuentan: estimular la conciencia, formular recomendaciones a los Estados, preparar estudios e informes, solicitar a los Estados miembros informes sobre medidas relativas a la protección de los Derechos Humanos, atender consultas y asesorar a los Estados miembros, actuar en peticiones y comunicaciones sobre violaciones a los Derechos Humanos, rendir un Informe Anual, elaborar informes sobre determinados países realizando incluso inspecciones “in loco”, es decir, en el lugar.

Es competente para conocer en cualquier denuncia que formulen personas, grupos de personas y Organizaciones No Gubernamentales, y también de un Estado parte contra otro.

Para que las peticiones individuales sean tratadas es necesario que reúnan ciertos requisitos de “admisibilidad”: a) el agotamiento de los recursos internos ante la justicia del Estado denunciado (este requisito puede obviarse cuando existe una situación de ausencia de debido proceso, denegación de justicia o retardo injustificado, e incluso de extrema pobreza o temor generalizado que impiden el ejercicio de acciones o recursos judiciales); b) la interposición dentro de los seis meses de agotados los recursos internos (plazo considerado de manera flexible por la Comisión); c) que no haya otra vía internacional pendiente (por ejemplo, una denuncia ante los órganos de la ONU) o que no sea reiteración de otra petición similar ya interpuesta; d) contener la identidad de los denunciados (la cual puede ser mantenida en reserva por razones de seguridad); e) que sean violaciones a derechos garantizados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos; f) contener un relato de los hechos y la fundamentación jurídica. Formulada una petición, la Comisión puede requerir ampliaciones o explicaciones.

Esta petición se presenta en la Secretaría de la Comisión en forma personal, por correo o fax. La Comisión examina si cumple los requisitos de admisibilidad, en cuyo

caso se le da vista al gobierno del Estado denunciado. De la respuesta de éste, se da traslado al peticionante, quien puede manifestar lo que considere pertinente, y nuevamente se da traslado al gobierno. En caso de que el gobierno no conteste, se le da un nuevo traslado por un plazo menor, y de persistir en su actitud se lo puede tener por confeso de las denuncias en su contra.

La Comisión puede requerir la información pertinente y ordenar una investigación, y debe recibir las exposiciones de las partes interesadas, incluso llevar a cabo audiencias con éstas, tanto en su sede de Washington como en los países involucrados. Debe procurar una solución amistosa, si las partes se avienen, en cuyo caso puede concluir un acuerdo que se comunica a las partes y al Secretario general de la OEA para su publicación.

En los casos graves y urgentes puede ordenar una investigación preliminar, dictar medidas de protección y hacer seguimiento del caso, e incluso llevarlo ante la Corte Interamericana para que ésta intervenga.

Si no hay acuerdo, la Comisión redacta un informe preliminar exponiendo hechos y conclusiones. En este informe puede haber disidencias de los miembros que la integran, las que también se consignan. Si encuentra responsable al Estado, puede formular recomendaciones para que subsane los hechos cometidos en un determinado plazo. En tres meses de producido el informe, tanto la Comisión como el Estado pueden elevar el caso a conocimiento de la Corte. Si el caso no fue sometido a la Corte ni solucionado, la Comisión hace un Informe definitivo con hechos, conclusiones y recomendaciones y un plazo para su cumplimiento. Vencido éste, decidirá si el gobierno cumplió con lo resuelto y si hará público el informe final.

Aunque las recomendaciones no son coactivas, el Estado no puede ignorarlas, no sólo porque incumpliría las obligaciones asumidas internacionalmente sino también por el costo político que ello representa.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un órgano jurisdiccional autónomo con sede en San José de Costa Rica. Entró en funcionamiento en 1979 y lo componen siete jueces propuestos por los Estados, con una duración de seis años reelegibles por única vez, los cuales actúan título personal y deben ser juristas de reconocida solvencia y autoridad moral. Sesionan en forma ordinaria y extraordinaria. Se los puede reemplazar por jueces ad hoc cuando está involucrado el Estado del cual provienen.

La Corte prepara su estatuto que es sometido a la aprobación de la Asamblea General, y su reglamento interno. Presenta un Informe Anual ante dicha Asamblea. Su competencia debe ser reconocida por el Estado parte que resulte involucrado. Como

hemos dicho, puede intervenir en un caso por decisión de la Comisión de Derechos Humanos o del Estado interesado. Si bien los particulares no se encuentran habilitados para iniciar el proceso, se admite la intervención de la víctima, sus familiares y representantes. En una primera etapa analiza las excepciones preliminares, si las hubiere, y una vez resueltas éstas, la cuestión de fondo. También puede haber una tercera etapa consistente en la determinación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima a los fines de su reparación. La demanda, su contestación, el ofrecimiento de prueba y las excepciones son por escrito. La audiencia de prueba y los alegatos son orales. El fallo es definitivo e inapelable, y resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado. En caso de fijarse daños y perjuicios, la indemnización se podrá ejecutar como cualquier sentencia contra el Estado, y la Corte controla su cumplimiento efectivo. También puede dictar medidas provisionales a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos de gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las víctimas, e incluso para que los Estados garanticen el funcionamiento de los organismos de Derechos Humanos y su seguridad. El presidente de la Corte está facultado para resolver estas medidas urgentes por sí mismo si la Corte no está reunida, aunque sujetas a ratificación del plenario.

Asimismo, la Corte tiene una importante función consultiva para todo Estado miembro u órgano de la OEA, a los fines de expedirse sobre la interpretación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de cualquier otro tratado de Derechos Humanos de aplicación en el continente (incluidos los que provienen del Sistema Universal). Asimismo, brinda orientación para la aplicación de la Convención y la incorporación de nuevos Estados. Los Estados parte pueden requerirle opinión sobre la compatibilidad de normas internas respecto de los tratados de Derechos Humanos.

Estados Unidos no es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## **6) El Derecho Penal Internacional**

El Derecho Penal Internacional nace como un desarrollo del llamado “derecho de guerra”: es decir, el conjunto de disposiciones convencionales que se fueron sancionando desde mediados del siglo XIX para regular cuestiones humanitarias relativas a las hostilidades entre Estados enemigos, blancos de ataques, combatientes legítimos y los no combatientes, prisioneros de guerra, heridos, etc.

Desde hace algunos siglos se instauraron prácticas de guerra “leal” que se suponía debían respetar los países civilizados, y en el medioevo se las asociaba con el ideal caballeresco, antes que con cuestiones de “humanidad”. Pero la realidad demostró que

tales prácticas “civilizadas” sólo se aplicaban –cuando se aplicaban- con determinados enemigos, a quienes se juzgaba iguales por motivos de raza, pertenencia cultural o casta, mientras que otros, considerados de categoría inferior, incivilizados o “herejes” –como los aborígenes en las guerras de conquista, o los enemigos religiosos- eran exterminados sin miramientos. Lo mismo sucedía cuando uno de los bandos beligerantes no era reconocido como tal sino como un grupo “rebelde”. En las guerras revolucionarias de América del Sur los ejércitos españoles rara vez respetaban normas humanitarias respecto de los patriotas, a quienes consideraban traidores al Rey, y consecuentemente eran comunes las represalias sangrientas. El general realista Goyeneche obtuvo la victoria de Huaqui luego de violar un armisticio, y las tropelías y asesinatos en masa cometidos en el Alto Perú por los militares realistas contra patriotas e indígenas fueron terribles, incluyendo decapitaciones, torturas, ejecuciones de prisioneros y la bárbara costumbre de dejar insepultos los cadáveres enemigos. Militares revolucionarios como Manuel Belgrano se caracterizaron, por el contrario, por su trato humanitario al enemigo, dando ejemplo de corrección, magnanimidad y respeto.

Los rasgos de barbarie propios de las guerras, cada vez más cruentas, del mundo moderno, y el creciente poder de las armas, llevaron a intentar regular los usos y costumbres bélicos para evitar tropelías sumamente extendidas. La búsqueda de botín y las violaciones de mujeres eran parte de lo que se consideraba “excesos tolerables” de la soldadesca. En las guerras europeas del siglo diecinueve dichos crímenes alcanzaron elevadas proporciones, pero sería en el siglo veinte que tocarían alturas nunca vistas de crueldad y sistematicidad.

Todo ello produjo, como ya dijimos, una “reacción humanitaria” (lamentablemente poco eficaz), a través de instrumentos tales como la Declaración de Derecho Marítimo de París de 1856, los Convenios de Ginebra de 1864, 1906 y 1926 sobre heridos de guerra y enfermos, las convenciones de La Haya de 1898 y 1907 sobre la guerra terrestre, la X Convención de La Haya de 1907 sobre guerra marítima y el Protocolo de Londres de 1936 sobre guerra submarina.

La Primera Guerra Mundial, con sus luchas de trincheras, gases venenosos y bombardeos de poblaciones, y las atrocidades aún mayores de la Segunda Guerra, dieron impulso a la tendencia reactiva humanitaria. En 1949 se aprueban los convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, mediante los que se intentaba sistematizar el Derecho Internacional humanitario que había venido desarrollándose.

Entre las normas humanitarias que se fueron consagrando, se prohíbe: agredir la vida e integridad física y moral de personas fuera de combate y de los no combatientes; matar o herir a los soldados que se rinden o heridos; negar asistencia a heridos y

enfermos; violar el derecho a la vida, dignidad, convicciones e integridad de los prisioneros militares y civiles; aplicar represalias a los prisioneros o impedirles comunicarse con sus familias y recibir socorros; someter a los prisioneros a torturas físicas o mentales, o a castigos corporales o tratos crueles o degradantes; ejecutar enemigos sin garantías judiciales; emplear métodos y armas que causen pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos; atacar a civiles no combatientes y atentar contra sus personas y bienes; atacar objetivos no militares.

Tales restricciones se fundamentaban en “elementales consideraciones de humanidad”, como lo definió la Corte Internacional de Justicia en su resolución del “Asunto del Estrecho de Corfú” en 1949. Se trataba de “principios reconocidos por las naciones civilizadas”, estuvieran o no reconocidos en convenciones (*ius cogens*). En el Preámbulo a la Convención I de La Haya de 1899 y Convención IV de La Haya de 1907, se hace referencia a este principio del *ius cogens*, llamado “Cláusula Martens”, en virtud del cual **“las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguarda de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”**.

No obstante tales postulados, la norma ha sido la impunidad. Al final de la Segunda Guerra Mundial, el 8 de agosto de 1945, las potencias triunfantes, USA, Francia, Inglaterra y la URSS, arriban a un acuerdo para la sanción de la Carta del Tribunal Militar Internacional que debía juzgar los crímenes de guerra nazis. En dicha oportunidad se categorizaron tres tipos de crímenes de Derecho Internacional: 1) Crímenes contra la Paz: preparación, desencadenamiento y continuación de una guerra de agresión o en violación de acuerdos internacionales; 2) Crímenes de Guerra propiamente dichos: asesinatos, torturas, malos tratos a prisioneros y población civil, deportaciones, ejecuciones de rehenes, saqueos de bienes públicos o privados, destrucción de ciudades, etc.; 3) Crímenes contra la Humanidad asociados a los crímenes de guerra: asesinatos, exterminios, reducción a esclavitud, persecuciones o cualquier acto inhumano contra la población civil antes o durante la guerra. Asimismo se fijó el principio de la responsabilidad penal individual por tales crímenes, distinto de la responsabilidad internacional de los Estados y sus órganos, teniendo como objeto juzgar y castigar las conductas individuales de los criminales de derecho internacional. El proceso contra los responsables nazis tuvo lugar en la ciudad alemana de Núremberg, y fue la primera vez en la historia en que se llevaba al banquillo a los responsables de tales crímenes. En 1948 se aplicaron los mismos principios en el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, en Tokio.

La idea básica de estos nuevos procesos fue la de que “sólo el castigo de los estadistas culpables y sus auxiliares puede asegurar el acatamiento de los deberes que

impone el Derecho Internacional y eliminar las guerras de agresión”, en la misma línea de pensamiento esbozada por Alberdi.

Desde luego, los criminales de guerra castigados (con toda justicia, por otra parte) fueron los de las potencias vencidas. No se ha juzgado hasta ahora a los criminales de guerra de una potencia vencedora y dueña de suficiente poderío militar.

Entre las críticas principales a estos juzgamientos, se señaló que violaban el principio de legalidad, ya que se trataba de delitos que habían sido tipificados con posterioridad a los hechos (*ex post facto*), pues antes de esas fechas no existían los delitos de Derecho Internacional. A este argumento se ha respondido que, en realidad, los llamados delitos contra la Paz ya estaban reconocidos en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y los de Guerra se derivaban de las convenciones de La Haya. También se objetó que no se respetara el principio de juez natural, pues los criminales de guerra fueron juzgados por tribunales *ad hoc* constituidos a posteriori. Se respondió a esta objeción con el argumento de que, dada la magnitud de los hechos en juzgamiento y la ofensa palmaria a los más elementales principios de humanidad que ellos representaban, era la única forma de impedir la impunidad.

En fecha más reciente, en 1993, se constituyó el Tribunal Penal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia. El Tribunal para los crímenes de Ruanda fue otro antecedente en el camino hacia la instauración definitiva de un Tribunal Penal Internacional Permanente. Este quedó constituido en 1998, con sede en La Haya, mediante la aprobación del Tratado de Roma.

Los principios que rigieron la actuación del Tribunal de Nüremberg fueron confirmados por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946. Asimismo, la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional la sistematización de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal Penal Internacional de Nüremberg: trabajo que el Comité presentó en 1950, seguido, en 1954, de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. La definición del llamado “delito de agresión” motivó duras discusiones por el interés de algunos gobiernos en conservar las manos libres en plena Guerra Fría. La Asamblea General lo formuló finalmente mediante resolución 3314 de 1974. El Comité de Derecho Internacional, asimismo, elaboró un proyecto de estatuto de un Tribunal Penal Internacional que fue la base del aprobado en Roma en 1998 como Estatuto de la actual Corte Penal Internacional Permanente. En 1996 se aprueba el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado también por el Comité de Derecho Internacional.

Se pueden citar como antecedentes normativos en la evolución de este Derecho

Penal Internacional la Declaración de la ONU para la Prevención y Sanción de la Tortura de 1975 y la Declaración de la Asamblea General de la OEA contra la Desaparición Forzada de Personas (1978), caracterizada como delito de Lesa Humanidad.

Actualmente, el Derecho Penal Internacional reconoce cuatro tipos de delitos:

**1) Genocidio:** definido en el artículo 1 de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, de 1948, como “actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Esta modalidad criminal ha sido una constante histórica: el exterminio de los pueblos rivales en la conquista de la Tierra Prometida por los hebreos, según relata el Antiguo testamento; el arrasamiento de Cartago, borrada por los romanos “con fuego y con sal”, como recuerda Borges; la masacre de indígenas americanos por españoles, ingleses, franceses y sus herederos criollos; la matanza de centenares de miles de armenios por la revolución de los “jóvenes Turcos”; el Holocausto de seis millones de judíos por la Alemania nazi. El detonante de su penalización internacional fue sin duda este último hecho.

Es un delito con pluralidad de medios de comisión: para lograr esa finalidad de “destrucción” se pueden haber llevado a cabo múltiples conductas, que el art. 2 de la Convención enuncia: matanza de miembros del grupo, lesión grave a su integridad física o mental; sometimiento a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física total o parcial; medidas para impedir nacimientos; traslados forzados de niños a otros grupos. Esta lista es ejemplificativa, no taxativa, y así lo interpretó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

El art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998 mantiene la definición de genocidio de la Convención mencionada. Asimismo, se entiende que la prohibición de Genocidio y su castigo son obligaciones de todos los Estados, incluso de aquellos no vinculados por convenciones al respecto: así lo ha dicho, en opinión consultiva, la Corte Internacional de Justicia en 1951, por aplicación del *ius cogens*.

La figura de genocidio no requiere que se haya consumado la destrucción del grupo de que se trate, pero sí la intención de lograrla.

En la definición de grupos, no se incluye a los grupos políticos o lingüísticos, aunque cierta doctrina pretende extender el concepto de genocidio también a éstos. De cualquier manera, los actos inhumanos cometidos contra grupos que no encajen en la definición estrecha que hace la Convención son igualmente perseguidos, aunque bajo otra categoría, como veremos.

**2) Crímenes contra la Humanidad:** Son actos inhumanos, que chocan con la conciencia colectiva, ocasionando una lesión de tal magnitud que trasciende al individuo que los sufre y ofende a la Humanidad en su conjunto. Tienen como sujeto pasivo a las poblaciones civiles y también a los militares heridos o que depusieron las armas y los miembros de grupos de resistencia. Estos delitos existen con independencia de cualquier situación de conflicto armado interno o internacional.

Como requisitos de la figura penal, tienen que cometerse con masividad (afectar a un gran número de personas: criterio cuantitativo) y/o sistematicidad (ejecutarse planificadamente: criterio cualitativo). Debe haber una política estatal concreta para cometerlos, o cuando menos la tolerancia o aquiescencia del Estado en caso de llevarlos a cabo grupos paraestatales.

El Estatuto de Roma de 1998 individualiza las siguientes conductas: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso, privación de libertad, violación, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, persecución de un grupo o colectividad por motivos políticos, religiosos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, de género, etc., desaparición forzada de personas, apartheid, actos que causen grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física y salud mental o física. Siempre que tales actos se realicen en forma masiva y/o sistemática por política de un Estado, o con la tolerancia, aquiescencia o apoyo de este, se los considerará crímenes de lesa humanidad.

El Estatuto de Roma requiere para la configuración del “ataque a la población civil” que existan actos de política de un Estado u organización para realizarlo o promover esa política. Asimismo, define al “apartheid” como la comisión de los actos antes referidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre otros con la intención de mantener ese régimen”. En cuanto a la “desaparición forzada de personas”, la define como aprehensión, detención o secuestro de personas por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia, acompañados de la negativa a informar sobre la suerte o paradero de las personas.

De acuerdo a esta tipología internacional, el ataque a la población civil, cuando tiene intención de destruir total o parcialmente a un grupo étnico, racial, religioso o nacional, configura el delito de genocidio; y en cambio es delito de lesa humanidad si no tiene dicha intención o tiene como destinatarios a otros grupos, como los políticos o lingüísticos.

**3) Crímenes de guerra:** En general puede decirse que se configuran cuando se han violado las obligaciones establecidas en el Derecho Internacional para las prácticas



de guerra y sistematizadas por los convenios de La Haya de 1949. Tienen como requisito la existencia de un conflicto armado internacional, y también un conflicto interno prolongado, con enfrentamiento de grupos armados organizados y el Estado, o entre tales grupos. Excluye otro tipo de conflictos, como ser disturbios, protestas o actos aislados de violencia

Para habilitar la competencia del Tribunal Penal Internacional Permanente, tales crímenes deben cometerse como parte de una política o plan, o como parte de la comisión en gran escala de los mismos.

Se trata de violaciones graves que incluyen: atentados contra la vida e integridad física, mutilaciones, homicidios, tormentos, toma de rehenes, tratos degradantes, ejecuciones sumarias, atentados contra la dignidad personal de las víctimas; los atentados contra enfermos y heridos, los experimentos biológicos, la falta de asistencia y exposición a contagios; los atentados contra prisioneros de guerra, incluyendo represalias, mutilaciones torturas, experimentos médicos; etc.; los atentados contra la población civil incluyendo actos de violencia o intimidación, violaciones, prostitución forzada, tortura para obtener información, homicidios, suplicios, mutilaciones, experimentos, castigos colectivos, represalias y tomas de rehenes, entre otros crímenes. El Estatuto de Roma da una enumeración de todos estos delitos en su artículo 8vo.

**4) Delito de agresión:** El art. 5- I-d del Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente atribuye a ésta competencia para juzgar el delito de agresión, una vez que se lo haya definido y tipificado a nivel internacional. Es de señalar que ha habido importantes dificultades políticas a la hora de tipificar este delito. El motivo es obvio: las potencias militares no deseaban ver atadas sus manos a la hora de emprender una acción de guerra.

Sobre la base de las tareas realizadas por un Grupo de Trabajo especial para aportar criterios de consenso a la Asamblea General de la ONU, se puede decir que el delito de agresión lo cometen aquellas personas que están en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, cuando intencionalmente ordenan o participan en la planificación, preparación, iniciación o prosecución de un acto de agresión en violación de la Carta de la ONU, como ser una guerra de agresión, ocupación o anexión total o parcial de territorios de otros Estados

Al ser un “delito de dirigentes” ha resultado particularmente dificultoso avanzar en los consensos referentes a múltiples aspectos, tales como la definición de la responsabilidad de partícipes y cómplices (hay quienes pretenden que sólo se sancione a los máximos responsables militares y políticos, y quienes sostienen que debe penalizarse a todos los que intervengan activamente en su comisión, incluyendo los servicios de

inteligencia, los distintos niveles políticos y militares con incidencia en la planificación, etc.). También se ha discutido si debe existir como requisito previo al juzgamiento de este delito un reconocimiento del acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad de la ONU (lo que implica la impunidad de los miembros de dicho Consejo en cuanto nunca declararán como agresión un acto que los comprometa) o si puede ello sustituirse por una declaración de la Asamblea General de la ONU o una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

La Argentina, parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente se obligó a incorporar los delitos tipificados por éste a su derecho interno. Estos delitos son la base para la operatividad del Principio de Justicia Universal, que permite su juzgamiento incluso en terceros países. Así ha ocurrido en relación a los crímenes cometidos por la dictadura militar, respecto de los cuales se abrieron procesos para juzgar a sus responsables en el extranjero. Asimismo, al ser su persecución y castigo obligaciones que nuestro país aceptó internacionalmente, ello ha tenido incidencia en la nulidad de las leyes de impunidad en nuestro país.

La competencia del Tribunal Penal Internacional está regida por el principio de complementariedad (art. 1 del Estatuto). Corresponde al Estado parte juzgar los delitos según su derecho interno (aunque obligado a adecuar sus normas). Si no lo hace, no quiere o no puede, interviene la Corte Penal Internacional Permanente, por instancia de cualquier Estado parte o del Consejo de Seguridad de la ONU, mediante presentación al Fiscal de la Corte, o por el propio Fiscal de oficio, quien podrá reunir todas las pruebas pertinentes y, si considera que existe mérito suficiente, hará una presentación formal ante la Sala de Cuestiones preliminares de la Corte a fin de que habilite la investigación. Las víctimas no están facultadas para pedir directamente la intervención de la Corte, pero sí pueden solicitar al Fiscal que actúe de oficio y tienen cierta participación en el proceso para hacer llegar sus observaciones. Los Estados partes no pueden hacer reservas al ratificar el tratado, aunque sí solicitar una suspensión temporal de su vigencia.

El Consejo de Seguridad de la ONU puede pedir la suspensión de un proceso por un plazo máximo de doce meses. Algunos Estados, como Estados Unidos, pueden requerir y obtener inmunidad para sus nacionales en terceros Estados parte. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en 2003, cuando Colombia otorgó dicha inmunidad a Estados Unidos en su territorio.

La calificación de determinados hechos como delitos de Derecho Internacional trae aparejadas consecuencias significativas. Ya dijimos que las dos más importantes son que habilitan la Justicia Universal y abren la competencia del Tribunal Penal Internacional Permanente. Pero además implican:

-La imprescriptibilidad: de la acción penal y de la pena. Tales delitos no prescriben por el paso del tiempo y se los puede perseguir indefinidamente, tanto en el ámbito del derecho interno como del derecho internacional. Así fue establecido en el art. 1 de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (jerarquizada constitucionalmente por ley 25.778) y en el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En la causa “Arancibia Clavel” (13.10,04), los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Zaffaroni y Highton de Nolasco, declararon imprescriptible el delito investigado (asociación ilícita para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas y tormentos) por constituir “crimen contra la humanidad”, por aplicación del “derecho internacional consuetudinario” y de la Convención antes mencionada.

-La prohibición a los Estados de impedir el juzgamiento de estos delitos o la aplicación de la pena. A tal fin es que los Estados se obligan a incorporar a su derecho interno los delitos tipificados internacionalmente, asegurando su sanción con las penas más graves, conforme lo establece el Estatuto de Roma, la Convención contra la Tortura, la Convención sobre el Genocidio o la Convención interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Asimismo, se obligan a perseguir el delito cuando haya sido cometido en su territorio, o en aeronave o buque de su bandera, o cuando el presunto responsable y/o víctima sean de su nacionalidad, asumiendo el compromiso de extraditar a los imputados o de juzgarlos en su propio territorio, así como de colaborar en cuanto fuera necesario con el Tribunal Penal Internacional Permanente. Algunas de estas convenciones internacionales establecen la prohibición de invocar la obediencia debida como causa de justificación; la de otorgar inmunidades, privilegios y dispensas en tales procesos; o de invocar circunstancias excepcionales de guerra o emergencia pública para justificar los delitos en cuestión; y sientan además el reconocimiento por parte de los Estados de la competencia de órganos internacionales de juzgamiento.

## 7) El despertar de la conciencia jurídica internacional

El fin de la impunidad frente a estos actos aberrantes que se ha dado en llamar crímenes de guerra, contra la paz y de lesa humanidad es un avance auspicioso, que todavía se halla lejos de ser una realidad efectiva cuando quienes los cometen pertenecen a las potencias hegemónicas.

Sin embargo, se ha echado por tierra un hecho que constituía una valla para el ejercicio de la justicia en la represión de tales crímenes y de las violaciones en general a los derechos humanos: **la existencia de las fronteras nacionales.**

Un mal entendido nacionalismo, un concepto inadecuado de soberanía y auto-determinación de los pueblos, utilizado groseramente como impeditivo del juzgamiento, otorgaba a los criminales y violadores de derechos humanos un salvoconducto hacia la impunidad mientras fueran capaces de eludir la persecución internacional.

**Los criminales y dictadores de distinta ralea ya no pueden invocar tan fácilmente esta protección de las fronteras.** Hemos iniciado una era en que las violaciones a los derechos humanos, especialmente las más atroces, serán crecientemente perseguidas sin la interferencia de las jurisdicciones territoriales.

Las cuestiones de política interna que tendían a brindar cobertura a los criminales de lesa humanidad ya no pueden erigirse en obstáculo duradero. Así, hemos visto en nuestro país sucumbir, por imperio de estas normas internacionales, las leyes de impunidad que amparaban a los represores de la última dictadura.

En el célebre caso **“Barrios Altos”** (14/3/01), la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue tajante al considerar incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos a “las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y la desaparición forzada de personas”. Como consecuencia de ello, las leyes de impunidad **“carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo”** para la Justicia. En ese mismo caso, el Juez Cancado Trindade expresó estas elocuentes palabras: “la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos internacionalmente consagrados (...) y la responsabilidad penal individual de los agentes perpetradores de violaciones graves a los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario son **dos caras de la misma medalla en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia**”; y esta constatación es posible debido **“al despertar de la conciencia jurídica universal**, como fuente material par excellence del propio Derecho Internacional”. Este último –prosigue el juez- debe ser concebido sobre la base de **un nuevo paradigma, “ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo”**.

¿No es maravilloso encontrar, en estas consideraciones de un juez internacional contemporáneo, las mismas ideas, y casi las mismas palabras, que hace tanto tiempo escribiera el gran humanista y pacifista argentino Juan Bautista Alberdi? El sueño de Alberdi de una protección internacional de la persona humana, por encima de las fronteras nacionales, ha comenzado a tener aceptación, para castigo de los dictadores y ase-

sinos uniformados que él tanto odiaba.

## **8) El derecho a un ambiente sano como problema global con incidencia en el futuro de la Humanidad**

No podemos concluir este rápido repaso por los distintos aspectos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sin tocar un tema que, por su creciente trascendencia y gravedad, se ha convertido en una amenaza para el futuro de la Humanidad: el deterioro ambiental.

Desde hace décadas la preocupación por el medio ambiente ha tenido repercusión en los ámbitos internacionales, sobre todo por los impactos regional y global de ciertas actividades económicas. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y otras iniciativas internacionales alertaron insistentemente sobre las consecuencias de prácticas económicas de tipo depredatorio que afectan los recursos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. La contaminación de los mares, la deforestación, la desertificación a gran escala de áreas selváticas o boscosas, el exterminio de especies, la explotación irracional de los bienes de la naturaleza en todo el globo, despertaron la alarma de las organizaciones ambientalistas y de los científicos ocupados en investigar los efectos de estas conductas nocivas, y dieron nacimiento a una serie de acciones tendientes a limitarlas. Entre ellas, se puede mencionar las vedas o cupos para la explotación de determinadas especies salvajes en peligro de extinción, como las ballenas; regímenes especiales para regiones que se ha intentado preservar exentas de actividad humana degradante, como la Antártida; las reiteradas tentativas, nada eficaces, por evitar el desmonte de selvas como la de la región amazónica; o las regulaciones destinadas a eliminar el uso de ciertos químicos particularmente perniciosos para el ambiente o la salud, como los PCBs.

Esta problemática es reciente en la Historia de la Humanidad, ya que también son recientes las causas que la originan. Muchas de las grandes civilizaciones del pasado se fundaban en una relación armónica con la Naturaleza. Los hombres estaban articulados con su medio. Existían concepciones religiosas y prácticas culturales que tendían a destacar y reforzar este vínculo. Los dioses antiguos tenían formas animales o encarnaban fuerzas naturales. El mundo era concebido como un todo armonioso, un cosmos, del cual el hombre formaba parte sin antagonismo. En la actualidad subsiste aún este pensamiento en algunas culturas que hacen del respeto a la Naturaleza una parte esencial de la vida. Me ha tocado asistir a distintos ejemplos de este fenómeno. Hace muchos años, cuando participé de una misión de auxilio humanitario a escuelas de alta montaña en la Puna catamarqueña, llevada a cabo por una ONG, las autoridades de la

comunidad, antes de permitirnos ingresar a la región, llevaron a cabo un ritual impetrandolo el permiso de la Pachamama o Madre Tierra. En el Altiplano participé en ceremonias similares. Estas antiguas tradiciones siguen vivas en toda la región andina y en gran parte de las culturas no occidentalizadas del mundo. Erich Fromm interpreta el mito bíblico de la caída de Adán y su expulsión del Paraíso como una alegoría de la ruptura de la articulación armónica del hombre con la Naturaleza.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología dotó a la civilización occidental, a partir del Renacimiento, de los medios para iniciar la dominación de las fuerzas naturales y su manipulación a gran escala. Con la Revolución Industrial, el maquinismo y la explosión tecnológica, se produjo un salto cualitativo en el progreso humano y el dominio del medio por el hombre. En la novela “Tiempos difíciles”, Dickens describe con maestría las primeras consecuencias de la Revolución Industrial en la ciudad imaginaria de Coketown, en Inglaterra. El sometimiento del obrero a la máquina, la explotación fabril y la contaminación del entorno, sepultado bajo los desechos de carbón de las grandes chimeneas, aparecen en la novela en escenas imborrables. **La explotación del hombre por el hombre corre parejas con la degradación ambiental; el desprecio al semejante se acompaña por el desprecio hacia la Naturaleza**, antiguamente venerada como sagrada.

Superados los tiempos más crudos del maquinismo inicial, la explosión científica, tecnológica e industrial, acompañada por una superproducción a escalas inimaginables hasta entonces y la globalización de la economía moderna, tuvo un impacto creciente e incesante sobre el ambiente y los recursos naturales. Dos fenómenos vinieron a profundizarlo. Uno fue la instauración de modalidades de consumo masivo que pronto se hicieron dominantes en todo el mundo, según se elevaba el nivel de vida y la capacidad adquisitiva de sectores cada vez más vastos. Otro fue el crecimiento desbordante de la población mundial debido al avance en la lucha contra las enfermedades y la mayor abundancia de bienes de subsistencia por la tecnificación de las actividades agrícolas. **La población vivió más y mejor debido a estos adelantos, y un indicador de ello fue el aumento constante de su número** hasta desembocar en las actuales condiciones de superpoblación. El avance tecnológico volvió obsoletas las teorías de Malthus, economista que había predicho un equilibrio en la población debido a las pestes y las hambrunas, ya que fue posible superar tanto unas como otras en **un progreso material sin precedentes para la Humanidad**. Sin embargo, estos adelantos, tan beneficiosos en ciertos aspectos, tuvieron **su lado negativo en el largo plazo, en la forma de costos ambientales globales y crecientes, al punto de convertirse en amenazas inminentes para la supervivencia misma de la especie humana**. Lo alentador es que buena parte de estos costos ambientales **no es producto de una inevitabilidad histórica**, sino del mal aprovechamiento de los recursos, de la explotación irracional y del afán desmedido

de lucro que hace oídos sordos a las consecuencias futuras de las actividades presentes: aspectos todos ellos que se pueden corregir con una acción política concertada y global.

Por supuesto, la solución a la problemática ambiental no puede ir en contra del progreso y la plena satisfacción de las necesidades humanas. De allí que se haya elaborado, en el movimiento ecologista y en los foros internacionales, una serie de conceptos tendientes a orientar la discusión, como el de **“desarrollo sustentable”**, que hemos visto al examinar el artículo 41 de la Constitución Nacional. La necesidad de cambiar paradigmas culturales y económicos, que han hecho del hiperconsumismo de bienes superfluos o suntuarios por parte de los países ricos sin la menor preocupación por las generaciones futuras, se instaló también como parte del debate.

En los últimos años cobraron particular importancia ciertas manifestaciones del uso irracional de los recursos o los procedimientos tecnológicos perniciosos. El vuelco de petróleo en el mar en accidentes de navegación, el desastre de Chernobyl por el inadecuado mantenimiento de una planta nuclear, el deterioro de la capa de ozono debido a la liberación incontrolada de clorofluorcarbonos a la atmósfera son algunos ejemplos emblemáticos. En este último caso, la comunidad internacional actuó con eficacia al regular las emisiones nocivas.

En las Conferencias internacionales surgieron otras preocupaciones no menos graves, entre ellas la escasez de agua potable, lo que ha llevado a considerar este recurso como crítico para el mediano plazo. Los especialistas de la ONU predijeron un sombrío panorama de **“guerras por el agua”** en los próximos veinte a cincuenta años, similares a las actuales guerras por el petróleo. El valor del acuífero guaraní como recurso estratégico del MERCOSUR fue reiteradamente señalado. La hipótesis de invasiones militares de las potencias para asegurar el aprovisionamiento y control del agua potable se incorporó a la agenda de seguridad nacional de muchos países.

Pero sin duda el problema más alarmante es **el calentamiento de la atmósfera terrestre** por la emisión incontrolada de gases como el dióxido de carbono –producto de la quema de combustibles fósiles: petróleo y carbón-, el metano –producto de las actividades agrícolas- y otros de “efecto invernadero”. Estos gases tienen la particularidad de reducir la salida al espacio exterior de una cantidad creciente de la energía solar que ingresa a la atmósfera, la cual, al ser retenida, va aumentando la temperatura planetaria en forma constante.

Si se quiere tener una idea de cuáles pueden ser las consecuencias de una escalada en el calentamiento planetario de resultados del “efecto invernadero”, no hay más que observar cómo operó este fenómeno en el planeta vecino de Venus. Los gases atmosféricos han elevado hasta tal punto la temperatura de Venus que las sondas espaciales

enviadas a ese planeta se derritieron al ingresar a su atmósfera.

El calentamiento global trae aparejado el cambio climático en escala planetaria. El **Panel Intergubernamental para el Cambio Climático (IPCC)** de la ONU, organismo integrado por centenares de científicos y climatólogos de todo el mundo –el cual cobró notoriedad gracias al otorgamiento del Premio Nobel de la Paz de 2007 compartido con el ex Vicepresidente estadounidense Al Gore, quien, en el film “La verdad incómoda”, hizo una eficaz divulgación de estos problemas- ha alertado reiteradamente sobre las consecuencias del fenómeno. Ellas son: el derretimiento de los casquetes glaciares en los polos y cadenas montañosas, la elevación del nivel de los mares arrasando las poblaciones costeras, islas y archipiélagos, la desertificación de vastas regiones hoy fértiles, el aumento y expansión de las enfermedades tropicales como la malaria y el dengue, las inundaciones, sequías, huracanes, granizadas, neviscas y otros fenómenos climáticos extremos. La disminución de la biodiversidad y la extinción de especies animales y vegetales –ya dramática- se acelerará drásticamente en las próximas décadas. Las pérdidas económicas que tales desastres ocasionarán a la Humanidad son astronómicas. Las pérdidas de millones de vidas humanas, el traslado forzoso de poblaciones –los “refugiados ambientales”-, las enfermedades, las hambrunas y el aumento general del sufrimiento humano son también consecuencias inevitables, si no se implementan mecanismos efectivos para revertir o frenar el calentamiento global.

Una de las tentativas mejor concertadas, aunque insuficientes, para ese fin, ha sido el **Protocolo de Kioto** que tiene como objetivo reducir la emisión de gases de efecto invernadero retrotrayendo sus niveles a parámetros anteriores a 1990. Aún cuando se cumpliera a rajatabla, este Protocolo no alcanzaría para revertir el proceso global, pero sería sin duda un primer paso de importancia. Los países que más resistieron su implementación son aquellos que más gases emiten, como Estados Unidos, **responsable de la cuarta parte del total mundial de los gases de efecto invernadero**. Bush ha argumentado, para negarse a suscribir el Protocolo de Kioto, que su país se vería afectado en su capacidad energética y por ende productiva si lo hiciera. El negocio del petróleo, clave para la oligarquía gobernante en la superpotencia, se vería sumamente resentido.

Entre las formas de revertir el efecto invernadero se encuentra la implementación de energías alternativas como la solar, eólica, hidroeléctrica, térmica, el empleo de hidrógeno, etc.. Sin embargo, no se ha invertido fondos suficientes en el desarrollo de las tecnologías necesarias para poder terminar con la quema de petróleo, uno de los mayores negocios del mundo.

Como no podía ser de otro modo, siempre son los pobres quienes pagan los platos rotos. **Mientras los países industrializados y prósperos son los causantes del**



**cambio climático, los estudios de la ONU prevén que serán los países del Tercer Mundo quienes más sufrirán sus consecuencias.** Ello es así porque los países ricos tienen capacidad de adaptación y recursos para llevar a cabo las obras de ingeniería e inversiones de infraestructura y sociales necesarias. Los pobres, de escasa responsabilidad en el calentamiento global deberán afrontar en carne propia las consecuencias. Ello ha llevado a que se planteara en los foros internacionales, como lo ha hecho Kirchner, que los países del Sur son acreedores ambientales de los países del Norte.

Los efectos del cambio climático se harán sentir en nuestro país. Regiones como Cuyo y el Noroeste están amenazadas ya por la desertificación. Durante los últimos quince años escalé con cierta frecuencia el Aconcagua y otros picos andinos, y he podido observar con mis propios ojos el dramático retroceso de los glaciares cordilleros. Ello afectará los recursos hídricos, los cultivos y el asentamiento humano. Y no es más que un módico ejemplo de los perjuicios que prevén las proyecciones climatológicas para toda América Latina.

Revertir el cambio climático es de fundamental importancia. La utilización irracional de los recursos puede destruir nuestra civilización. Ha habido ejemplos históricos. Los antropólogos citan civilizaciones enteras que han desaparecido por obra de un cambio climático regional. Los pueblos que habitaban la isla de Pascua y erigieron los famosos moais estuvieron al borde de la extinción por el efecto combinado de una sobreexplotación de recursos forestales y una población excesiva, lo que originó guerras interminables entre los clanes, llegando casi hasta la autodestrucción. **Es posible que las principales vulneraciones de derechos humanos de las próximas décadas provengan crecientemente de situaciones y conflictos vinculados a la lucha por los recursos y a los efectos de la degradación ambiental a escala planetaria.**

## **CONCLUSIÓN**

### **ENEMIGOS INTERIORES DE LOS DERECHOS HUMANOS**

A lo largo de este manual recorrimos la historia y contenidos de los Derechos Humanos. Nuestra recorrida fue forzosamente superficial. No nos era posible profundizar el análisis de los derechos ni detenernos en los mecanismos prácticos para su defen-

sa, por mencionar sólo algunos aspectos que hubiéramos deseado abordar con mayor extensión. Pero sólo se trata de un manual introductorio. Aquellos que lo deseen, encontrarán textos más completos y mejor fundamentados en que suplir las lagunas.

Nos resta concluir. La lucha por los derechos humanos, dije al principio, es cotidiana. Y una de las principales tareas es la concientización. Concientizarse no es otra cosa que enfrentar la propia ignorancia y abrir los ojos ante las mentiras que constantemente nos preparan los enemigos de los Derechos Humanos para justificar o perpetuar el autoritarismo.

Los enemigos de los Derechos Humanos cuentan con aliados dentro de nosotros mismos. Son las falacias, prejuicios e impulsos nocivos que anidan en el corazón del hombre. Con frecuencia ni siquiera sabemos que están allí, embozados, latentes, al acecho.

La lucha por los Derechos Humanos es la lucha por la Justicia, la Igualdad y el respeto de la dignidad humana. Pero esta lucha tiene muchas batallas. Hace ya algunos años, aprendí de un militante de Derechos Humanos, el recordado maestro **Alfredo Bravo**, que una de las principales es **la batalla cultural**. Se trata de establecer y afianzar una **“cultura de los Derechos Humanos”**. Se trata de hacerlos carne en nosotros: de hacer que los derechos humanos, y los valores que les son inherentes, vivan en nosotros, arraiguen profundamente en nuestro interior, al punto de desplazar a los prejuicios y las ideas cómodas, de remover a las frases hechas, de sacudir las estructuras que siglos y siglos de pensamiento autoritario han dejado en nosotros y en la sociedad.

Ya estamos en condiciones de reconocer a los enemigos externos de los Derechos Humanos. Son los poderosos, los autoritarios, los fascistas de distinto cuño, los sádicos que se complacen en someter y humillar, en explotar y degradar a otros seres humanos. ¿Pero hemos aprendido a distinguir a los enemigos internos de los Derechos Humanos, aquellos que viven en el corazón del hombre? Quizás no esté fuera de lugar dedicar estas últimas páginas a intentar siquiera identificarlos brevemente.

El primero de estos enemigos es el odio. El odio es una fuerza destructiva que se basta a sí misma. No necesita razones para desatarse. Preexiste a cualquier razón. El odio sólo elige las razones como excusas. El hombre proclive al odio primero odia, luego busca los por qué. Las ideologías, las diferencias irreconciliables, las venganzas por agravios recibidos, no son sino las racionalizaciones del odio. El odio es una fascinación por la muerte y el aniquilamiento, es la destructividad en estado puro, es Thanatos, para usar una expresión cara al psicoanálisis. Su fuerza es tan grande que sin ella no sería posible explicar tanta persistencia en la crueldad, tanta recurrencia en el crimen. El odio se goza y se solaza destruyendo, poniendo lo muerto sobre lo vivo, las

cosas sobre las personas, las abstracciones sobre las criaturas de carne y hueso. Cuando se desencadena, alcanza rápidamente la furia de una pasión incontrolable, de la que nadie está libre por mucho que se haya entrenado en el amor. ¿Necesitamos poner ejemplos del imperio del odio a través de la Historia?

El segundo de los enemigos es el miedo. Conscientes de nuestra vulnerabilidad desde que nacemos, el miedo nace con nosotros. El miedo es el gran maestro del odio; él nos enseña a odiar desde la cuna. El miedo al comunismo alimentó el nazismo; el miedo a la pérdida de posiciones o bienes alimentó a todas las dictaduras; el miedo al delito, al descontrol o a los pobres alimenta el discurso represivo. El miedo es el principal enemigo de la libertad, porque está siempre dispuesto a abdicar de ella en aras de una seguridad que, no obstante, jamás alcanza. Miedo a lo extraño, a lo desconocido, a lo diferente, a lo que no queremos ser, a lo que podemos llegar a ser si alguien nos arrebatara nuestros pequeños y pasajeros privilegios. El miedo carga todas las armas, monta todas las bombas, levanta todas las murallas, se encrespa en los alambrados de púa. Cuando el miedo enloquece a una sociedad, entonces el fascismo está a la puerta: no hay más que abrirla y tomará posesión de nuestra casa.

El tercer enemigo es el desprecio. El desprecio es quizás más contundente y nefasto que el odio, porque está más extendido y es más difícil de visualizar. Mientras que el odio suele ser evidente, el desprecio está casi siempre enmascarado. Desde que existe el mundo los hombres se han complacido enormemente en despreciar. Hay una necesidad interior de despreciar, de encontrar objetos de burla e irrisión, de compensar las propias inseguridades y carencias erigiéndonos en superiores de otros, escarneciendo a otros. Hasta los pobres diablos miserables encuentran algún consuelo en hallar a alguien más miserable, débil e infortunado que ellos, sobre el cual dejar caer sus escupitajos. El desprecio también tiene sus racionalizaciones. Despreciamos a quienes consideramos inferiores, o viciosos, o ineptos. Despreciamos a quienes tienen menos poder económico o menos cultura, a quienes pertenecen a una etnia diferente, a quienes provienen de un país limítrofe, a quienes eligieron un modo de vida que no compartimos. Justificamos nuestro desprecio en todas esas circunstancias, pero en realidad no se trata sino de pretextos para ejercitar el desprecio que nos satura y nos desborda, el desprecio que nos hace sentir, por un instante, “superiores”. Si existen los despreciados, entonces podemos imaginarnos que estamos un peldaño por encima de ellos. Pertenecer al grupo de los despreciadores –aunque seamos al propio tiempo despreciados por otros en la interminable jerarquía del desprecio humano- nos reconforta. Y cuando el desprecio arraiga muy firmemente se convierte en una valla: la valla que nos impide ver a los otros, a los despreciados, como seres sufrientes. Desde el pedestal de nuestro desprecio somos capaces de infligir o consentir todos los ultrajes, todas las infamias, porque los

despreciados que los sufren no alcanzan jamás a nuestros ojos la estatura de humanos. No son más que objetos desagradables cuya sola función es recordarnos nuestra proclamada “superioridad”. ¡Cuántas injusticias, cuánto sufrimiento, cuántas masacres, han nacido del desprecio antes que del odio!

El cuarto enemigo es la indiferencia. Este es el aliado eterno con que cuentan los otros enemigos. Sin la indiferencia de muchos no podrían existir los crímenes de pocos. La indiferencia se encoge de hombros mientras la barbarie avanza. “Más que la perversidad de los malos –decía Gandhi- me subleva la indiferencia de los buenos”. Con ella cuentan siempre los malvados, con esta indiferencia cómplice, timorata, que hace posible el genocidio, que otorga vía libre al horror.

La intolerancia es el quinto enemigo. El sentimiento tribal, el sentimiento del “nosotros” contra el “ellos”, se encuentra en la raíz de todos los enfrentamientos. La intolerancia convierte a cada diferencia en un agravio, y a cada agravio en una declaración de guerra. La intolerancia, apellidada fanatismo, hace que hasta las ideas nobles se conviertan en nefastas, y hasta las utopías más generosas desemboquen en pesadillas. Desde las guerras de religión hasta la guerra fría, la intolerancia fanática ha llenado al mundo de desdicha, ha preparado laboriosamente los crímenes que el odio ejecutó.

La codicia. Un enemigo poderoso, omnipresente. La codicia forjó las cadenas de los esclavos, arrojó a los indios a las minas infernales de Potosí, despojó a los países sometidos al dominio colonial, consumió a los obreros en las fábricas, a los siervos en la gleba. La codicia convirtió a la explotación del hombre por el hombre en la ley universal. La codicia se apropia de las reservas de petróleo en Irak, arrasa las selvas del trópico, arroja a los campesinos de sus tierras ancestrales, pudre las aguas de los ríos, alambra la tierra virgen. Lo quiere todo para sí; todo lo usa hasta agotarlo y esterilizarlo; todo lo explota hasta la muerte; mata y extermina para quedarse con aquello que aún no ha podido arrebatar.

Junto a la codicia, el ansia de dominación. El afán de controlar, de dictar nuestra ley lo mismo a las cosas que a las personas, de someterlas al imperio de nuestros deseos y caprichos. El ansia de dominación, que no descansa mientras haya algo libre a lo cual reducir a esclavitud, mientras perdure una pizca de rebeldía que aún no haya sido aplastada, un resto de dignidad sobre el que no haya caído su infame peso muerto.

Quizás todos estos enemigos no sean otra cosa que distintos nombres del egoísmo, de la falta de una esperanza genuinamente humana y compartida, en suma: de la falta de amor. Quizás hace dos mil años se nos haya dado la clave del problema de la existencia humana, la clave de todas las tragedias que pudieron ser evitadas y -no obstante- se consumaron.

**Trabajar por una cultura de los Derechos Humanos, no es, en el fondo, sino trabajar por la instauración de formulas prácticas de amor, de respeto mutuo, de tolerancia, de convivencia, de cooperación y solicitud entre los hombres. Trabajar por una cultura de los Derechos Humanos es, entonces, contribuir mediante mecanismos accesibles y útiles, mediante herramientas precisas de defensa y prevención, a eliminar de la faz de la tierra la trágica y persistente cultura del desamor.**

Pero, ¿estamos listos? ¿Hemos desterrado para siempre de nosotros a los enemigos interiores? ¿Podemos jactarnos de haber neutralizado dentro nuestro al odio, al miedo, al desprecio, a la indiferencia, a la intolerancia, a la codicia, al afán de dominación, al egoísmo, a la falta de esperanza y de amor?

Esta es también una batalla, y somos nosotros el campo en que se libra.

**FIN**

## **SUMARIO**

<b>PRIMERA PARTE:</b>	<b>7</b>
¿QUÉ SON Y DE DÓNDE VIENEN LOS DERECHOS HUMANOS?	7
1) ¿Por qué necesitamos aprender y enseñar los Derechos Humanos?	7
2) El doble papel del derecho	9
3) ¿Qué queremos decir cuando hablamos de Derechos Humanos?	14

4) ¿De dónde viene la noción de los Derechos Humanos?	18
5) Los Derechos Humanos como limitación estatal	23
6) Las teorías políticas modernas: contractualismo, gobierno limitado, división de poderes, soberanía del pueblo.	28
7) Cuando los yanquis todavía eran buenos: la Independencia Norteamericana.	30
8) La Revolución Francesa y la primera Declaración de Derechos.	33
9) Para qué sirve una Constitución.	37
10) Conflictos de valores: ¿derechos o deberes? ¿libertad o igualdad?	
El nacimiento del socialismo y la lucha por la igualdad real.	39
11) El problema de la propiedad.	44
12) El constitucionalismo social y los derechos económicos, sociales y culturales.	49
13) La internacionalización de los derechos humanos, los crímenes internacionales y los derechos de tercera generación	54
14) Breve esquema de los derechos humanos	57
15) Obstáculos a la vigencia de los derechos humanos: la hipocresía jurídica y el cinismo de los grandes poderes.	63

## **SEGUNDA PARTE: LOS DERECHOS HUMANOS EN NUESTRA HISTORIA** **67**

1) Las violaciones de derechos en la historia.	67
2) El peligro del negacionismo y la importancia de la Memoria.	67
3) Un homenaje a Manuel Belgrano y Mariano Moreno.	68
4) Antecedentes constitucionales:	69
5) La Constitución de 1853 y las violaciones de derechos bajo la oligarquía.	72
6) El constitucionalismo social: la Constitución de 1949	76
7) Las dictaduras militares, la resistencia peronista, la Doctrina de Seguridad Nacional y el terrorismo de Estado.	78
8) Los defensores de los derechos humanos hacen frente al horror.	81
9) El Nunca Más y el Juicio a las Juntas	82
10) Las leyes y decretos de impunidad	85
11) La Constitución de 1994	87
12) Derogación y anulación de las leyes de impunidad, juicios por la verdad y reanudación de los juicios a represores.	88
13) Violaciones de derechos en democracia.	91
14) El gobierno de Kirchner y los Derechos Humanos como política de Estado.	93

## **PARTE TERCERA** **96**

<b>DERECHOS INDIVIDUALES Y CONSTITUCIÓN.</b>	
<b>SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS. DELITOS Y PENAS</b>	96

1) La Constitución recoge las tres generaciones de derechos.	96
2) La Constitución es un sistema armónico de libertad, igualdad y dignidad para garantizar el respeto a los derechos humanos.	96
3) Derechos expresos e implícitos. El principio de reserva como reafirmación	

tajante de nuestra libertad.	96
4)La reglamentación de los derechos.	99
5) Breve repaso de las normas constitucionales.	100
6) Reivindicación de la Constitución de 1853.	105
7) Un debate permanentemente actualizado: “¿Derechos humanos versus seguridad?”	105
8) Qué son las penas, su justificación y por qué no pueden resolver por sí solas la delincuencia social.	109
9) Los derechos del individuo en el proceso penal	114
10) Derechos de las víctimas	125
11) El mundo de las cárceles	126
12) La tortura	138
13) La pena de muerte.	142
14)Criminalización del conflicto social versus integración	147
15) La criminalización de la pobreza es una expresión del odio de clase.	149

#### **CUARTA PARTE:**

##### **LOS DERECHOS HUMANOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN:**

##### **DERECHOS SOCIALES Y NUEVOS DERECHOS.**

1)La Constitución social de 1949.	155
2)La “reforma” de 1957 y el artículo 14 bis.	155
3)El desempleo, la flexibilización, la marginación y el rol dignificador de las organizaciones sociales.	158
4)La reforma de 1994.	161
5) El derecho a un ambiente sano.	162
6) Derechos de usuarios y consumidores.	163
7) Nuevas normas sobre derechos políticos y participación popular.	165
8) Garantías de los derechos: amparo, habeas corpus y habeas data.	166
9)Eficacia de estas garantías y el refuerzo de la contrapresión popular.	167
10)Otras normas protectoras de derechos. Las normas internacionales.	168

#### **QUINTA PARTE:**

##### **LOS DERECHOS HUMANOS EN EL**

##### **DERECHO INTERNACIONAL:**

1)Un homenaje a Alberdi.	172
2)Qué es y para que sirve el derecho internacional de los derechos humanos.	172
3) La evolución internacional: las Naciones Unidas.	176
4) La Organización de los Estados Americanos.	177
5)La protección de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional.	179
6) El Derecho Penal Internacional.	180
7) El despertar de la conciencia jurídica internacional.	187
8)El derecho a un ambiente sano como problema global con incidencia en el futuro de la Humanidad.	195



