

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



47

Enero-Junio 2008

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

 **Agencia Danesa
de Cooperación
Internacional
DANDA**

 **NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS**

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2008, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

I. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Segura Hnos.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: ifallas@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	
Temas en derechos humanos	
Justicia transicional en Uruguay.....	13
<i>Jorge Errandonea</i>	
La lucha contra la tortura o la lucha contra la naturalización del horror: Comentarios sobre la tradición dialéctica oficial y nuestra aparente neutralidad como espectadores	71
<i>Gabriel Elías Ganon</i>	
Memoria Activa y demandas de justicia en Argentina	101
<i>Laura Glanc</i>	
Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz	127
<i>Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera</i>	
La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones	165
<i>Eleonor Faur</i>	
Internet y la promoción de los derechos humanos	183
<i>Marisol Molestina Gaviria</i>	
El proceso constituyente del Ecuador. Algunas reflexiones	205
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	
Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad	225
<i>Isabel Torres García</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 47 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2008. Los aportes de esta revista académica hacen parte de los esfuerzos institucionales por educar para vivir en democracia y por la construcción de una cultura de derechos, verdadera acción de lucha por un mundo más justo y más libre. Con cada número de esta publicación seriada se renueva el interés institucional de fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y en el mundo globalizado.

El primer año de publicación de esta revista fue 1985, es decir, con éste y el próximo número 48 se completan 24 años de publicación continua de esta seriada académica, emblemática del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En los albores de su veinticinco aniversario y al cierre de su edición 45¹, en esta revista se habían publicado más de 307 artículos que abordan 350² temas relacionados con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como con la promoción de y educación en y para los derechos humanos, contribuyendo, sin duda, a la difusión de estos derechos y su estudio.

1 Los datos cuantitativos y cualitativos aquí presentados, relativos a la productividad de la Revista IIDH al cierre de su edición 45, han sido extraídos del trabajo preparado por Jairo Guadamuz, Asistente de la Biblioteca Conjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el IIDH, “23 años de la Revista IIDH: Un estudio métrico de la revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, desarrollado en el marco del curso Infometría, impartido por la Escuela de Bibliotecología y Ciencias de la Información de la Universidad de Costa Rica (2008).

2 “La descripción catalográfica de cada artículo termina con la asignación de ‘descriptores’ o ‘términos tópicos’, más conocidos como ‘palabras clave’ asignadas por el personal de la Biblioteca Conjunta bajo los términos normalizados del Tesauro sobre Derechos Humanos CIDH/IIDH. Este proceso conocido como ‘indización’ permitió la identificación de 350 temas diferentes abordados en la totalidad de la producción de la Revista. Todos los temas están relacionados con el trabajo académico del IIDH así como el trabajo legal de la Corte IDH”, Guadamuz, Jairo, “23 años de la Revista IIDH: Un estudio métrico de la revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”..., pág. 8.

A la cantidad de artículos y variedad temática se suma un importante grupo de personas autoras: 258. Estos datos reflejan el objetivo de brindar un espacio accesible para una multiplicidad de inquietudes intelectuales, preocupaciones teóricas y prácticas, problemáticas coyunturales y estructurales, propias de un país y regionales, en fin, un espacio de encuentro para la creación y construcción de una cultura de derechos humanos.

Más aún, esta publicación seriada llega, en su versión impresa, “a más de 170 instituciones diferentes en todo el mundo [cifra que sumada a] la cantidad de ejemplares que se distribuyen por compra [y donación, evidencia que] en materia de difusión y accesibilidad la Revista IIDH ocupa una posición de privilegio frente a muchas otras publicaciones similares”³. Adicionalmente, casi la totalidad de números y artículos están disponibles en versión digital, tanto en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Catálogo de la Biblioteca Conjunta) como en el del IIDH (Publicaciones).

En sus casi 25 años de existencia, la Revista IIDH ha ido cambiando, adaptándose a los tiempos. En un inicio su estructura se basó en la publicación de una sección titulada *Doctrina*, donde se incluían artículos que abordaban temas teóricos referentes al sistema interamericano y a los derechos humanos en general. A esta sección fija se adjuntaban informes de actividades, jurisprudencia, discursos y documentos oficiales de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos principalmente, aunque en ocasiones se incorporaban documentos de otros organismos internacionales. Con una estructura como la descrita era posible publicar un volumen significativo con tan solo 3 o 4 artículos, por lo que durante sus primeros años de publicación las dos ediciones anuales incluyeron tan solo de 6 a 8 artículos.

A partir de dos cambios centrales, la productividad de la revista ha subido a un promedio de 19 artículos anuales. En primer lugar vale mencionar la importancia cada vez mayor de Internet. A medida que se fueron desarrollando y consolidando los sitios web de la Comisión y de la Corte Interamericanas, entre otros, fue desapareciendo la necesidad de publicar documentación que empezaba a estar disponible en línea. La revista entonces fue poco a poco dedicándose a publicar artículos inéditos, de variada autoría y temática.

El cambio de mayor importancia, sin embargo, fue el que se generó a partir de 2000, cuando la dirección del IIDH dio inicio a

³ Guadamuz, Jairo, “23 años de la Revista IIDH”..., pág. 5.

una estrategia centrada en el enfoque en tres grupos de derechos: participación política, acceso a la justicia y educación en derechos humanos; derechos que, a su vez, serían analizados mediante tres ejes transversales: equidad de género, diversidad étnica y participación de la sociedad civil. Más adelante se agregaría otro grupo de derechos: los económicos, sociales y culturales; así como la preocupación que atiende hoy la estrategia institucional: la situación de pobreza vista desde una perspectiva de derechos. A partir de entonces, el número de la revista correspondiente al segundo semestre de cada año recoge las ponencias de algunos de los docentes y algunos de los trabajos de investigación de personas participantes en el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, en una serie de números monográficos.

En la entrega número 47 incluimos ocho artículos, que recogen investigaciones y reflexiones en torno una temática variada, y aparecen en orden alfabético, por el primer apellido de la persona autora. El primero es el artículo *Justicia transicional en Uruguay* de Jorge Errandonea, abogado uruguayo, candidato a Doctorado de la Universidad La Sorbonne Nouvelle Paris III, en el que describe las estrategias empleadas para el tratamiento de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura uruguaya, resaltando la interdependencia que existe entre los distintos mecanismos de tratamiento de la violencia y la importancia del secuenciamiento de los mismos, para proponer una serie de recomendaciones en el afán de contribuir a mejorar el que considera un proceso incompleto.

En su ensayo *La lucha contra la tortura o la lucha contra la naturalización del horror: Comentarios sobre la tradición dialéctica oficial y nuestra aparente neutralidad como espectadores*, Gabriel Elías Ganon, Director de la Defensa Pública del Departamento Judicial de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, Argentina, invita a la reflexión a partir de la que describe como una distorsión discursiva del contenido histórico de la palabra “tortura”, ocasionada por un uso eufemístico que facilita tanto su justificación como la proliferación de todo tipo de mecanismos de negación de la misma.

Laura Glanc, antropóloga argentina, candidata a Doctorado en Gobierno por la Universidad de Essex, examina en su artículo *Memoria Activa y demandas de justicia en Argentina*, los cambios en la noción de “justicia” en el marco de las demandas al Estado Argentino de la agrupación Memoria Activa (MA) luego del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) y a la Asociación de Delegaciones Israelitas Argentinas (DAIA), el 18 de julio de 1994. Su objetivo es mostrar cómo esta demanda de justicia

se ha ido modificando durante todos estos años, en un esfuerzo por ampliar su particularidad e incluir otras relacionadas con el lenguaje de los derechos humanos.

De Marianne González Le Saux, egresada de Derecho de la Universidad de Chile, y Óscar Parra Vera, colombiano, abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha incluido el artículo *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*, revisión crítica del manejo del derecho a la igualdad en la sentencia emitida en agosto del 2008 por la Corte IDH en el Caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, caso en el que se analiza el procedimiento disciplinario que llevó a la destitución, en octubre de 2003, de tres de los cinco magistrados de una corte (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo). En este caso la Corte analiza tres problemas relacionados con la igualdad: i) la existencia de discriminación en la aplicación de la sanción de destitución; ii) discriminación en el acceso a nuevos cargos en el poder judicial, y iii) discriminación en la aplicación de la ley procesal. En este artículo los autores analizan dos de estos problemas, el primero y el tercero, a partir de una interpretación de la relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales consagran las normas generales sobre igualdad y no discriminación.

El quinto artículo que aquí se publica se titula *La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones*, escrito por Eleonor Faur, oficial del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) en la Argentina. En él describe en qué consiste la consideración de la pobreza como un problema de derechos humanos, pasando luego a revisar algunos criterios y herramientas necesarias en la definición de políticas respetuosas de los principios de derechos humanos.

Sigue el artículo *Internet y la promoción de los derechos humanos*, de Marisol Molestina, antropóloga peruana, editora de esta revista y Coordinadora de la Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH (2001-marzo de 2009). La web tiene el potencial de convertirse en una herramienta de trabajo central para las organizaciones de derechos humanos. En un primer momento, este artículo explora este tema, para luego pasar a analizar el de la brecha digital y sus implicaciones, con la intención de responder a dos preguntas: ¿Cómo pueden estas organizaciones utilizar este medio a modo de minimizar los efectos de la brecha digital? ¿Cuál es el papel especial de estas organizaciones con respecto a Internet, la brecha digital y, en general, a las TIC? El

artículo cierra con algunos comentarios y líneas de acción alrededor de la constatación de que Internet no solo juega un papel central en la promoción de los derechos humanos, sino que las organizaciones de derechos humanos deben jugar uno también prioritario en el campo del desarrollo, acceso a y penetración de Internet.

Hernán Salgado Pesantes, Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador, ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003) nos ofrece en esta ocasión una interesante reflexión en torno al proceso constituyente que llevó adelante este país entre 2007 y 2008. El pueblo ecuatoriano eligió el 30 de septiembre de 2007 una Asamblea Constituyente con plenos poderes. La iniciativa emanó del Ejecutivo, quien buscaba con la nueva constitución una profunda reforma a las instituciones del Estado. Las y los ecuatorianos habían aprobado el proyecto el 15 de abril anterior, mediante una consulta popular; aquellos que votaron por el Sí representaron un 81.72% del total de los votantes.

Este número de la Revista IIDH cierra con el aporte de Isabel Torres García, socióloga nicaragüense especialista en derechos humanos de las mujeres e igualdad de género, y quien dirigiera de 2002 a marzo de 2009 el Programa de Derechos Humanos de las Mujeres del IIDH. En su artículo *Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad*, nos ofrece un estado de la cuestión en relación al ejercicio de los derechos políticos por parte de las mujeres. Para tales efectos analiza las dificultades para el ejercicio pleno de estos derechos por parte de la mitad de la población, describiendo luego las políticas de diferenciación para la igualdad y su sustento jurídico, revisando las lecciones aprendidas en la implementación de cuotas de participación política, para cerrar con una valoración de los retos pendientes.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Justicia transicional en Uruguay

*Jorge Errandonea**

Resumen

Desde hace unos años, Uruguay –al igual que muchos países de América Latina–, está actuando con una mirada nueva sobre su pasado violento y poniendo en tela de juicio los equilibrios entre justicia y democracia logrados en la post-dictadura de los años 80. De esa forma, casi cotidianamente oímos de algún museo que se inaugura, de un torturador procesado o condenado por la justicia, de una ley de reparación a las víctimas o de un tratado que se ratifica. En este trabajo nos proponemos describir las estrategias empleadas para el tratamiento de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura uruguaya. Para ello utilizaremos el marco teórico de la justicia transicional y de sus respectivos mecanismos. Después de haber contextualizado el proceso uruguayo, así como la naturaleza y magnitud de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en ese país, dedicaremos un capítulo para cada uno de los pilares de la justicia transicional, a saber, la justicia, la verdad, las reparaciones y las reformas institucionales como garantías de no repetición. La parte relativa a la justicia será tratada en dos tiempos, empezando con una descripción de las amnistías uruguayas, y siguiendo con un estudio de la justicia retributiva en ese país. Las políticas de memoria serán tratadas en un capítulo aparte. Concluiremos resaltando la interdependencia existente entre los distintos mecanismos de tratamiento de la violencia pasada, la importancia del **secuenciamiento** de los mismos, y proponiendo una serie de recomendaciones que pretenden contribuir a mejorar un proceso incompleto.

* Jorge Errandonea es abogado uruguayo y licenciado en relaciones internacionales de la Universidad de la República en Uruguay, Master en Estudios Latinoamericanos del Instituto de Altos Estudios de América Latina (IHEAL) de la Universidad La Sorbonne Nouvelle Paris III y Candidato a Doctorado de la misma universidad. Su tesis de maestría fue sobre leyes de amnistía, sus estudios de doctorado giran en torno a la justicia transicional de los países del Cono Sur; es autor de varias publicaciones sobre justicia transicional. Actualmente, trabaja en Colombia como consultor en materia de estándares internacionales de derechos humanos de la Agencia de Cooperación Alemana (GTZ).

I. Introducción

En el correr de los años 80, luego de años de regímenes autoritarios, el Cono Sur americano conoce un período en el cual se dan una serie de procesos políticos conocidos como **transiciones a la democracia**¹. En aquel entonces, Argentina, Brasil, Uruguay, Chile y Paraguay se reencontraron con las instituciones democráticas y comenzaron sus procesos de consolidación democrática que se prolongan hasta nuestros días.

Los recorridos y los factores explicativos de cada una de las transiciones son muy particulares a los contextos en que se llevaron a cabo. A pesar de ello, existieron y todavía existen, problemáticas recurrentes en todos los procesos. Por lo general, los gobiernos autoritarios de Seguridad Nacional² dieron lugar a violaciones masivas a los derechos humanos, principalmente, como consecuencia del actuar de agentes estatales. Uno de los puntos de tensión principal de las nuevas democracias se relacionaba con la forma en que se debía tratar la herencia de la violencia pasada. Los dilemas de base, implicaban encontrar un equilibrio entre gobernabilidad democrática y justicia para las víctimas de la violencia; todo ello en contextos nacionales marcados por relaciones de fuerza en los cuales los perpetradores de las violaciones conservaban cuotas de poder muy importantes³.

Los equilibrios logrados para solucionar esos dilemas inherentes a las transiciones pactadas implicaron casi siempre una impunidad para los victimarios. Las diversas leyes de amnistía que fueron aprobadas (o conservadas en el caso de las auto-amnistías⁴), constituyeron la traducción jurídica de ese tratamiento político de la transición en el

¹ Algunos autores se refieren a este momento como la tercera ola de democratización que habría empezado en Europa en los años 70, con las transiciones griegas, portuguesas y españolas, para luego seguir en la década siguiente en América Latina, Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. University of Oklahoma Press, Norman, Oklahoma, 1991.

² Sobre la Doctrina de la Seguridad Nacional referirse por ejemplo a Robin, Marie Monique, *Escuadrones de la muerte-escuela francesa*. Ed. Sudamericana, Argentina, 2005.

³ Garretón, Manuel Antonio, "Revisando las transiciones democráticas en América Latina", *Nueva Sociedad*, No. 148, Caracas, marzo-abril 1997. "También es cierto que su naturaleza misma consiste en que no hay derrocamiento ni derrumbe total del régimen, lo que implica presencia o proyección de éste tanto durante el proceso de transición como en las democracias nacientes", pág. 7.

⁴ Llamadas de esa forma porque fueron leyes o decretos promulgados por los propios gobiernos autoritarios mientras que se encontraban en el poder. Tenemos por ejemplo la amnistía chilena de 1978, la autoamnistía Argentina de 1982 o la Brasileña de 1979.

cual se cambió justicia retributiva por gobernabilidad democrática. En los años siguientes, en el período de la consolidación democrática, la temática de las violaciones pasadas a los derechos humanos fue recurrente en varios de esos países y los distintos gobiernos fueron implementando políticas substitutivas y/o complementarias de la justicia retributiva prevista en los ordenamientos penales clásicos. Además de ser difícil de implementar por imperativos políticos y de correlación de fuerza, la justicia penal clásica se mostraba inadaptada o insuficiente para enfrentar el legado de violencia y de violaciones masivas a los derechos humanos de las dictaduras.

Los distintos mecanismos empleados para aportar soluciones a la problemática de la herencia pasada fueron muy diversos, y surgieron, por lo general, como políticas *ad hoc* que fueron definiéndose en la marcha y que no correspondían a una matriz estratégica de base. Hoy en día, con una perspectiva de unas dos décadas, se pueden visualizar grandes ejes de acción en torno al tratamiento de las violaciones a los derechos humanos que fueron empleados por los distintos actores de las transiciones en esa región. Estos mismos ejes que funcionaron de forma atemporal por medio de mecanismos que se potenciaron unos a otros, constituyen los pilares de la llamada justicia transicional⁵. De esa forma, en Uruguay, como en otros países de América Latina, se pueden identificar los mecanismos tendientes a aplicar justicia a los perpetradores de las violaciones, los tendientes a reparar a las víctimas, aquellos que son la expresión de un derecho a saber la verdad de lo ocurrido, y los que pretenden reformar las instituciones como garantías de no repetición.

⁵ La justicia transicional es aquí entendida como aquella disciplina que pretende aportar soluciones y herramientas a las sociedades para enfrentar un legado de violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en un momento determinado de la historia (puede ser reciente o más lejano) para llegar a una reconciliación nacional, para reparar a la víctimas y para lograr una convivencia pacífica en la cual no se vuelvan a repetir los mismos hechos. Los mecanismos propuestos para llegar a tales fines son de distinto tipo: tenemos los vinculados con el logro de una justicia retributiva, los que pretenden actuar sobre la búsqueda de la verdad de lo ocurrido, los que buscan reparar a las víctimas y aquellos que reforman las instituciones como garantías de no repetición. No existe una formula estándar que se debe aplicar para el logro de los objetivos, ello depende de cada contexto y de cada una de las situaciones. De todas maneras, los mecanismos empleados son complementarios y deben ser aprehendidos de forma holística. Para consultar definiciones sobre justicia transicional referirse a Freeman, Mark et al, "Qu'est-ce que la justice transitionnelle?" ICTJ, noviembre de 2007, <http://www.ictj.org/images/content/7/5/752.pdf> (disponible en línea al 2 de julio de 2009) o Bickford, Louis, "Transitional Justice", en: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference USA, 2004, págs. 1045-1047.

1. El proceso militar uruguayo, la naturaleza de las violaciones a los derechos humanos y la transición a la democracia

A partir de los años 60, en un contexto de crisis económica que ponía en tela de juicio el modelo social uruguayo, surgen tensiones y conflictividades sociales muy importantes⁶. En ese marco y en una lógica de polarización política y sindical generalizada, comienzan a surgir los grupos guerrilleros que con el correr de los años se fueron radicalizando, paralelamente a la aparición de movimientos de ultraderecha tales como la JUP (Juventud Uruguaya de Pie) que perpetraban atentados contra dirigentes y militantes de izquierda. En cuanto al gobierno, su actuación se fue endureciendo de forma creciente y a fines de los años 60 el Estado de Derecho se encontraba gravemente comprometido por el gobierno del presidente Pacheco⁷. En el marco de la lucha contra la **subversión** las garantías constitucionales se veían constantemente limitadas y se violaban sistemáticamente los derechos humanos, hasta llegar al golpe de Estado de 1973⁸. La dictadura cívico-militar⁹ uruguaya se prolongó desde el golpe de Estado de 27 de junio de 1973 hasta la instalación del gobierno electo de Julio María Sanguinetti el primero de marzo de 1985.

Según Gerardo Caetano y José Rilla¹⁰, la dictadura uruguaya puede ser analizada en varias etapas. La **dictadura comisarial** encargada de poner la casa en orden (es decir de vencer la subversión), luego a partir de 1976 comenzaría una fase de **dictadura fundacional** que se plantea una refundación política del Estado, y la **dictadura transicional**¹¹, tercera y última etapa dentro de ese esquema, que comenzaría con el rechazo por la ciudadanía del proyecto de constitución propuesta por

⁶ Ver Caetano, Gerardo y José Rilla, *Historia contemporánea del Uruguay: de la colonia al siglo XXI*. Editorial Fin de Siglo, Montevideo, Uruguay, 2005.

⁷ A fines de los años 60, durante el gobierno de Pacheco (1968 a 1971), el país estuvo de forma casi permanente bajo medidas prontas de seguridad (Estado de Excepción que limita las garantías constitucionales a los ciudadanos).

⁸ El Proyecto de Reparación Integral remitido por el gobierno en el año 2009, reconoce la práctica de terrorismo de Estado en Uruguay desde el año 1968. Diario La República, Vázquez: “Reparación integral inicia una etapa en la reconstrucción democrática”, 5 de mayo de 2009.

⁹ Llamada de esa forma porque es el presidente electo, Juan María Bordaberry, un civil, que disuelve las cámaras y participa en el golpe de Estado.

¹⁰ Caetano, Gerardo y José Rilla, *Breve historia de la dictadura (1973-1985)*. Ed. de la Banda Oriental, Montevideo, Uruguay, 1987.

¹¹ Caetano, Gerardo y José Rilla, *Breve historia de la dictadura...*, pág. 9.

los militares en el referéndum popular del año 1980¹² y se prolongaría hasta 1985. Luego de esa derrota electoral de las Fuerzas Armadas, el país comienza a encaminarse hacia la salida de la dictadura. El referéndum de 1980 marcó un verdadero hito, indicando por un lado la salida a los militares, abriendo la transición, y por otro lado, como lo indica José Rilla, iniciando el país a una nueva herramienta en el diálogo entre ciudadanía y poder político: la democracia directa¹³.

2. El pacto del Club Naval

Este pacto, firmado el 3 de agosto de 1984, fue el último paso del proceso de transición hacia la salida de la dictadura. En ese acuerdo **secreto** entre dirigentes políticos de casi todas las formaciones políticas (a excepción del Partido Nacional) y las cúpulas castrenses, se negoció el retorno a la democracia así como la organización de elecciones¹⁴. Varias cláusulas permanecieron secretas y muchos consideran que los dirigentes políticos cambiaron las elecciones por una garantía de impunidad por las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura¹⁵. Los participantes en el pacto insisten en el hecho que las violaciones de los derechos humanos no fueron evocadas debido a que ello podría haber llevado a un fracaso en las negociaciones. De todas formas, esta temática podría haber sido considerada posteriormente por un círculo más reducido de personalidades¹⁶. Las elecciones de 1984 culminan esta fase de la

¹² El proyecto obtuvo un 41.9% de sufragios a favor y 55.9% en contra. Caetano, Gerardo y José Rilla, *Historia contemporánea del Uruguay: de la colonia al siglo XXI*, pág. 560.

¹³ José Rilla se refiere al referéndum de 1980 de la siguiente forma: "...una de las marcas más expresivas e indelebles del plebiscito de 1980 es su constitución como herramienta política y electoral recurrente. El medio fue aquí el mensaje". Rilla, José, "Uruguay 1980: transición y democracia plebiscitaria", en: *Nueva Sociedad*, No. 150, Caracas, julio-agosto 1997, pág. 5, disponible en http://www.nuso.org/upload/articulos/2611_1.pdf, al 7 de agosto de 2009. disponible en http://www.nuso.org/upload/articulos/2611_1.pdf, al 7 de agosto de 2009.

¹⁴ Caetano, Gerardo y José Rilla, *Breve historia de la dictadura...*

¹⁵ Polack, Ana, "Ciudadanía y Derechos Humanos en el período de transición a la democracia. Un estudio comparado de los casos de Argentina y Uruguay", e-l@tina Revista electrónica de estudios latinoamericanos, Volumen 3, No. 9. Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, octubre-diciembre de 2004, pág. 32: "Si en estas negociaciones se incluyó la cuestión de la violación de los derechos humanos por parte del gobierno militar o no es motivo de discusión tanto entre historiadores como entre politólogos. Según Enrique Tarigo, esto no se trató, tanto porque hubiera atascado las posibilidades de llegar a un acuerdo como porque los militares no se sentían responsables. De hecho, nada ha sido explicitado en la letra del Pacto".

¹⁶ Rehren, Alfredo y María del Huerto Amarillo, "Sanguinetti: liderazgo presidencial hacia la 'rutina democrática'", *Cuadernos del CLAEH*, No. 68, 2 serie,

dictadura en la cual civiles y militares negociaron por más de tres años el retorno de la democracia. Julio María Sanguinetti (del Partido Colorado) es electo Presidente¹⁷.

3. Las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura

Las dictaduras de seguridad nacional se caracterizaron por violaciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos. Los métodos represivos utilizados más frecuentemente no eran los mismos en todos los países. En el caso de Uruguay, los guarismos de víctimas mortales son menores a los países de la región, aunque hubo desapariciones forzadas (el informe de Serpaj del año 1985 habla de 171 desapariciones forzadas, cifra que hoy es vista a la alza), hubo vuelos de la muerte¹⁸, prisión política (en esa época, Uruguay contaba con el número más alto de presos políticos por habitante de toda América Latina¹⁹) y aplicación sistemática de la tortura. Se cuentan también algunos casos de niños secuestrados.

Esas peculiaridades, como se verá, determinaron –junto con otros factores– que las prioridades en la agenda fueran diferentes a las de Argentina o Chile y que las políticas en la materia se centraran en diferentes problemáticas.

4. Plan del texto

En este trabajo nos planteamos describir el proceso vivido en Uruguay para enfrentar el legado de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el período autoritario. Hasta el momento, no existen prácticamente textos que estudien esa temática desde la perspectiva de la justicia transicional. En ese sentido, este estudio

año 18, 1993/1994, Montevideo, Uruguay, pág. 144: “Por estos motivos es plausible pensar que Sanguinetti condujo personalmente las relaciones civiles-militares...”.

17 Electo con 41.2% de los votos para el Partido Colorado. Caetano, Gerardo y José Rilla, *Historia contemporánea del Uruguay: de la colonia al siglo XXI*, pág. 546.

18 En los cuales se capturaban a las víctimas en Argentina y se las trasladaba clandestinamente a Uruguay en donde eran torturadas y/o desaparecidas.

19 SERPAJ, “*Uruguay Nunca Más*”, *Informe sobre la violación a los derechos humanos (1972-1985)*. Servicio Paz y Justicia, Montevideo, Uruguay, tercera edición, diciembre de 1989. Ver también: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México), *Memoria. Seminario internacional Tortura, reparación y prevención. Comisiones de la Verdad*. México, 2004, pág. 293. Disponible en: <http://directoriodchdf.org.mx/libros/comisionesverdad/comisionesver.pdf> (disponible en línea al 2 de julio de 2009).

puede ser relevante en la medida que pretende sistematizar la experiencia uruguaya a través del cristal de cada uno de los pilares de esa disciplina.

Para ello, abordaremos el objeto de estudio dedicando un capítulo para cada uno de los pilares de la justicia transicional (partes III, IV, V y VI). Adicionalmente incluiremos una parte consagrada a las políticas de memoria (VII) y otra a la amnistía uruguaya (II) que constituye –a nuestro entender– el verdadero centro de gravedad del tratamiento de la violencia pasada en aquel país. Finalmente, concluiremos el estudio con un balance de lo hecho hasta el momento, procurando describir los escenarios futuros, y recomendando medidas para paliar los puntos débiles del proceso uruguayo.

II. Las leyes de amnistía

En Uruguay las amnistías se llevaron a cabo en dos tiempos, a través de dos leyes diferentes que fueron votadas por el parlamento entre los años 1985 y 1986.

1. Contexto en que surgen las leyes de amnistía en Uruguay

Una de las primeras medidas del nuevo gobierno de transición que asumió el mando el 1 de marzo de 1985 fue votar una ley que comprendía una amnistía a los civiles que habrían cometido delitos por móviles políticos. Gracias a esa ley de amnistía, pudieron ser liberados los presos políticos uruguayos.

En el período siguiente, comenzaron a plantearse demandas y denuncias judiciales por las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura por miembros de las Fuerzas Armadas. A partir de ese momento, con las citaciones a los militares en puerta, el comandante de Ejército, Hugo Medina, desencadena una crisis institucional declarando que no cumplirá con los pedidos del poder judicial²⁰. A raíz de ello, luego de intensas negociaciones políticas, una ley de amnistía a los militares es votada por el parlamento el día antes que venza el plazo en que estaba prevista la primera comparecencia solicitada por la justicia²¹.

²⁰ Ver Caetano, Gerardo y José Rilla, *Historia contemporánea del Uruguay: de la colonia al siglo XXI...*

²¹ Según las propias palabras del entonces presidente Julio María Sanguinetti, "...la opción real está planteada entre la crisis institucional que implica el enfrentamiento, sin solución a la vista, entre el poder civil y el poder militar, y la superación de la crisis, mediante la adecuación del derecho a los hechos", Rehren, Alfredo y María del Huerto Amarillo, "Sanguinetti: liderazgo presidencial hacia la 'rutina democrática'...", pág. 146.

Estas dos amnistías fueron presentadas como leyes simétricas por el gobierno²². Veremos a continuación que las disposiciones de esas dos leyes son diferentes, en cuanto a los tipos de delitos a los cuales se refieren y en cuanto a sus aspectos temporales.

2. Las dos leyes de amnistía

La Ley 15.737 votada el 8 de marzo de 1985

La importancia de esta ley radica en cuatro aspectos: proclama la amnistía para los actores de delitos políticos (o conexos a delitos políticos), crea la Comisión Nacional de Repatriación y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” (esta ratificación ocurre un año antes de la adopción de la amnistía a los militares y permitirá a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la redacción del reporte sobre la Ley de Caducidad –Ley 15.848– y su compatibilidad con las obligaciones internacionales de Uruguay²³). Por último, consagra una amnistía conforme al artículo 85-14 de la Constitución²⁴ para los autores de delitos políticos²⁵ (Art. 1). Los funcionarios militares y policiales no están comprendidos en la misma²⁶ (Art. 5).

Asimismo es importante destacar que la ley no amnistía los autores de delitos de homicidio intencional²⁷ (Art. 1). La misma prevé

22 Por ejemplo cuando se trataba de defender la ley de amnistía uruguaya ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Ver reporte 29/92 de 1992 de la CIDH.

23 Informe 29/92 de la CIDH. Ver en: <http://www.cidh.org/annualrep/92span/Uruguay10.029.htm> (disponible en línea al 2 de julio de 2009).

24 Constitución de la República Oriental del Uruguay:
“Artículo 85.- A la Asamblea General compete...
14) Conceder indultos por dos tercios de votos del total de componentes de la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras, y acordar amnistías en casos extraordinarios...”.

25 Ley 15.737: “Artículo 1º.- Decrétase la amnistía de todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con éstos, cometidos a partir del 1º de enero de 1962”.

26 “Artículo 5º.- Quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas”.

27 “Artículo 5º... Respecto a los autores y coautores de delitos de homicidio intencional consumados, la amnistía sólo operará a los fines de habilitar la revisión de las sentencias...”.

solamente la revisión de las sentencias condenatorias y estipula que en caso de confirmación de la sentencia cada año de detención sufrido será contabilizado como tres (Art. 9).

La Ley 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado votada el 22 de diciembre de 1986

Aprobada un año y medio después de la ley de pacificación nacional, esta ley introduce la temática de la amnistía a los funcionarios militares y policiales en la órbita jurídica uruguaya. La misma protege a los militares o policías actores de delitos políticos cometidos entre el 27 de junio de 1973 y el 1° de marzo de 1985 (Art.1), mencionando igualmente a los funcionarios equiparados²⁸. Los responsables civiles de la dictadura no se encuentran por lo tanto incluidos en las disposiciones de esta ley (aunque pueden ampararse en la Ley 15.737 siempre y cuando no hayan cometido un delito de homicidio).

La norma se refiere a los delitos cometidos ya sea con un móvil político, en el ejercicio de funciones militares o policiales o en cumplimiento de órdenes recibidas por los responsables de la dictadura (Art. 1)²⁹. Los autores de delitos de tipo económico no están comprendidos en esa ley (Art. 2). A su vez, al igual que en Argentina, esta normativa oficializa una concepción de la obediencia debida, aunque con la diferencia que la Ley de Caducidad no establece una presunción absoluta de obediencia debida como lo hace la ley argentina³⁰ de 1987.

Estas disposiciones son importantes en la medida que son susceptibles de abrir grietas a la propia ley de amnistía. ¿Cómo deben ser considerados los secuestros de niños? A primera vista no existe allí ningún móvil político, aún menos un ejercicio de las funciones militares. ¿Qué ocurre con un guardia de prisión que viola a una mujer encarcelada para su satisfacción personal? Es probable que no existan motivos políticos para hacerlo ni órdenes que lo puedan eximir

28 Artículo 1 de la Ley 15.848: "...ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto".

29 Artículo 1 de la Ley 15.848.

30 Ley de obediencia debida (Ley 25.521). "Artículo. 1° - Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida..."

de responsabilidad. Finalmente, ¿qué ocurre con los responsables militares que cometen o mandan cometer crímenes que no son por móviles políticos?

El artículo 3 de la Ley de Caducidad es un verdadero punto crítico de la amnistía uruguaya. Sin dicha disposición tendiente a controlar el Poder Judicial, la Ley de Caducidad podría haber sido vulnerada a raíz de las disposiciones amplias del artículo 1°. Esta supremacía de lo político por sobre lo judicial podría ser considerado como el aspecto crucial de la ley de amnistía uruguaya.

La redacción del artículo 3 es la siguiente:

A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, **requerirá al Poder Ejecutivo que informe**, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, **si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1° de la presente ley.**

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. (Los resaltados son del autor.)

Notemos que este tipo de precepto es muy raro en una ley de amnistía, siendo el uruguayo uno de los únicos casos en el mundo. Gracias a esa disposición, el actor político podrá decidir qué casos son susceptibles de ir ante la justicia y qué casos no lo son (pudiendo tener interpretaciones extensivas, como ha ocurrido con los pedidos de extradición de militares uruguayos por delitos cometidos en Argentina). Con esta fórmula, el actor político aparece como el **guardián** de la transición, y los gobernantes del futuro tienen la posibilidad de calibrar la justicia retributiva según la conveniencia del momento.

Finalmente, el artículo 4 establece la obligación del Estado de investigar sobre el destino de los desaparecidos durante la dictadura militar. Volveremos sobre esa disposición en la parte consagrada a la búsqueda de la verdad.

3. La ratificación por la Suprema Corte de Justicia en 1988 y el referéndum de 1989

El recurso ante la Suprema Corte de Justicia

El 2 de mayo de 1988, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) uruguaya se pronunció respecto de la Ley de Caducidad y a su eventual inconstitucionalidad³¹. La Corte declara que la naturaleza jurídica de

³¹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia Uruguaya del 2 de mayo de 1988, Montevideo.

esta ley corresponde a la de una ley de amnistía de acuerdo a lo previsto por el artículo 85 numeral 14 de la Constitución de la República³².

Una crítica importante formulada contra la Ley 15.848 se refiere al principio de la separación de poderes, característica esencial de un sistema republicano de gobierno. En esa tesitura, la Ley de Caducidad atentaría contra la “separación de poderes y las garantías de un proceso equiparable ante un tribunal jurisdiccional nacional”, principio establecido en el artículo 12 de la Constitución³³. La SCJ estimó sin embargo que dicho principio no se veía afectado. Según esta interpretación, la Constitución no prohíbe la intervención de otro poder del Estado en un proceso judicial en la medida que los titulares de la pretensión punitiva del Estado no son los jueces sino el Ministerio Público, que es un órgano del poder ejecutivo³⁴.

Dos de los cinco ministros de la Corte manifestaron una opinión disidente. El argumento según el cual la Ley de Caducidad no respeta la separación de poderes es el más convincente. Para estos ministros, es claro que la Constitución no autoriza a los poderes del Estado a delegar sus competencias originales (entre las cuales figuran las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial). Al establecer que los

32 *Ibidem* pág. 8: “Coincide la caducidad, en sus efectos, con la amnistía, la cual por imperativo legal ‘extingue el delito, y si mediara condena hace cesar sus efectos’. (C. Penal, a. 108). También en este caso, la extinción del delito o de la pena constituye su característica más definida... Tanto uno como otro instituto corresponden a la competencia específica del Poder Legislativo: la amnistía, por expresa previsión de la Carta (a. 85, No. 14); la caducidad, en mérito a la facultad del Parlamento de crear tipos penales, modificarlos y suprimirlos en todo tiempo. (Const., arts. 7, 12, 15, 18, 22, 23 y 85 núms. 1o. y 3o.; C. Penal, arts. 1 y 15 *cits*)”.

33 *Ibidem*, pág. 12: “Esta disposición se impugna afirmando, en síntesis, que viola el principio de separación de poderes, desconoce la función jurisdiccional y las garantías del debido proceso... Se alega la inconstitucionalidad del artículo 3o. de la ley, afirmando que deja en manos del Poder Ejecutivo determinar en qué casos es de aplicación la exención de responsabilidad penal y en cuáles no, debiendo el juez, con mengua de su independencia técnica, atenerse a esa determinación”.

34 *Ibidem*: “La mayoría de la Corte no comparte esta conclusión. En primer lugar, y fundamentalmente, por un principio de lógica: quien puede lo más, puede lo menos. Si el Poder Legislativo podía dictar una ley general de amnistía, porque lo faculta expresamente la Constitución, amplia, lisa y llana, con más razón podía establecer ciertos límites o controles, por estrechos o especiales que haya decidido establecer... Por otra parte, es sabido que la pretensión punitiva del Estado incumbe al Ministerio Público; la función del Juez se halla limitada o condicionada, en materia penal, por la actividad de dicho Ministerio (D. L. No. 15.365 y C.P.P.). Esa actividad no está regulada por la Constitución, sino por la ley; nada impide que otra ley atribuya a otro órgano el ejercicio de la pretensión punitiva, sin perjuicio de asegurar la independencia técnica del Ministerio Público cuando éste ejerce la acción penal”.

jueces, para poder llevar a cabo un proceso contra un militar acusado de crímenes cometidos con un motivo político o por órdenes recibidas antes del 1° de marzo de 1985, deben contar con la aprobación del Poder Ejecutivo³⁵, el legislador estaría claramente privando al Poder Judicial de sus atribuciones jurisdiccionales previstas en el artículo 233 de la Constitución³⁶.

El referéndum de 1989

Luego de la sanción de la Ley de Caducidad se creó un Comité Pro Referéndum que agrupaba a distintos sectores opuestos a la amnistía, con el objetivo de recolectar las firmas necesarias para la organización de un referéndum para la derogación de la ley³⁷. De esta forma se dio inicio a la campaña nacional por el **voto verde**³⁸ llevada a cabo por organizaciones de derechos humanos, familiares de las víctimas y dirigentes políticos, entre otros³⁹.

La consulta popular tuvo lugar el 16 de abril de 1989. La Ley de Caducidad fue apoyada con un 56,65% de los votos contra 43,34% que votaron por su derogación. En Montevideo el voto verde reunió un 56,40% de los sufragios marcando así una clara diferencia entre la capital y el interior del país.

En cuanto a los efectos jurídicos de la ratificación de la ley por referéndum, estos no son otros que los de mantener la vigencia de la ley⁴⁰. Además, el recurso de referéndum contra las leyes solamente puede ser usado una vez en el plazo de un año⁴¹. Los efectos políticos

³⁵ Artículo 3 de la Ley 15.848.

³⁶ *Ibidem* pág. 23: “Visto está que la Constitución no ha asignado de manera alguna al Poder Ejecutivo funciones jurisdiccionales y, por tanto, el Parlamento no puede asignárselas, así como tampoco este órgano puede resolver pleitos por medio de leyes o asignarse otras funciones jurisdiccionales que las concretadas a texto expreso”.

³⁷ La Constitución uruguaya en su artículo 79 prevé el recurso a un referéndum contra las leyes votadas por el Parlamento.

³⁸ Ese era el color de la papeleta del voto por la cual se derogaba la ley mientras que aquella de color amarillo era el voto por la cual se mantenía la ley.

³⁹ A propósito del referéndum ver: Delgado, María M., “*Pour que le peuple puisse décider*”. *Le référendum contre la loi sur l’impunité en Uruguay (1986-1989)*, Programme International de Stages sur les droits de l’Homme (IHRIP), Washington, 2001. Ver en: <http://www.iie.org/pdfs/ihrip/Delgado-French.pdf> (disponible en línea al 2 de julio de 2009).

⁴⁰ López Goldaracena, Óscar, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*. Serpaj, Montevideo, Uruguay, 2006, pág. 81: “El hecho de que la ley fuera confirmada por un referéndum, le otorgó sustentabilidad política pero no modificó cualitativamente su contenido antijurídico, ni lo convalidó”.

⁴¹ Artículo 79 de la Constitución.

y sociales fueron mucho más importantes. La ley de caducidad se vio investida de una triple legitimación: la del poder político, la del poder judicial y –ahora– la del ciudadano.

4. Pronunciamientos internacionales sobre la Ley de Caducidad

La Ley de Caducidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como se ha señalado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaba en vigor en Uruguay al momento de la adopción de la Ley de Caducidad y por lo tanto obligaba al Estado uruguayo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos analizó el caso de la Ley 15.848 y el informe N°29/92 de 2 de octubre de 1992 resume la posición de la misma respecto de la Ley de Caducidad⁴².

Según dicho informe, la Ley de Caducidad viola el derecho de acceso a la justicia consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII) y en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículos 8.1 y 25.1). Asimismo, se afirma que el Estado uruguayo no cumplió con su obligación de garantizar el libre ejercicio de los derechos consagrados en la Convención a toda persona sometida a su jurisdicción (Artículo 1.1).

La Comisión –en la parte final del informe– recomienda al Estado uruguayo tomar las medidas necesarias a los efectos de identificar a los responsables de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el período de facto y que éste otorgue a las víctimas peticionarias una justa compensación por las violaciones a las cuales se hizo referencia. Este informe vino a ratificar la postura de la Comisión con respecto a las leyes de amnistía⁴³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*⁴⁴ (conocido bajo el nombre *Barrios Altos*) declaró que las leyes de amnistía peruanas son incompatibles con la Convención, no teniendo por lo tanto ningún efecto jurídico. Esta sentencia es un antecedente de gran importancia ya que cristaliza a través de un órgano jurisdiccional la posición del sistema interamericano respecto de las leyes de amnistía para los actores

⁴² Informe 29/92 de 1992.

⁴³ Ver informes 28/92 y 34/96 para los casos de las amnistías en Argentina y Chile.

⁴⁴ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafos 42, 43 y 44.

de violaciones masivas a los derechos humanos. Esta sentencia fue confirmada en el 2006, por dos otras sentencias en las cuales se planteaban –entre otros temas– el de las leyes de amnistía⁴⁵ (*La Cantuta vs. Perú*⁴⁶ y *Almonacid y otros vs. Chile*⁴⁷).

La Ley de Caducidad uruguaya posee la misma naturaleza jurídica que las leyes de amnistía peruanas (y chilena), por lo que podría ser objeto del mismo análisis por parte de la Corte Interamericana⁴⁸.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano instituido para realizar el seguimiento de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, formuló las siguientes observaciones:

La Ley de Caducidad viola los artículos 2-3 del Pacto (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos). Ello fue afirmado en 1993⁴⁹ y nuevamente en 1998⁵⁰. Esta ley viola asimismo el artículo 7 (tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica)⁵¹. En el

⁴⁵ La Corte está conociendo en este momento un caso que se refiere a la amnistía en Brasil. Para ver la demanda interpuesta por la CIDH, Caso 11.552, presentado el 26 de marzo de 2009.

⁴⁶ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 174.

⁴⁷ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 114.

⁴⁸ En este momento, la CIDH está conociendo de un caso que está relacionado con la ley de caducidad y que podría eventualmente llegar ante la Corte IDH.

⁴⁹ CCPR/C/79/Add.19, 5 mayo de 1993, párr. 7.

⁵⁰ CCPR/C/79/Add.90, 8 abril de 1998, párr. 7.

⁵¹ Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004), Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile/OHCHR, Santiago, 2005, pág. 501, párr 7: “El Comité expresa una vez más su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”.

mismo documento, el Comité recomienda al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la Ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales⁵².

Los argumentos del Estado en defensa de la ley de caducidad giran en torno a ese concepto **weberiano** de la ética de la responsabilidad⁵³ aplicado en términos jurídicos a través de las limitaciones de los intereses individuales en función del interés general. Las disposiciones de la Constitución uruguaya en su artículo 7 consagran esa limitación y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 30 también. Ese es uno de los argumentos esgrimidos por el Estado en los casos mencionados en el informe 29/92 de la CIDH y por Julio María Sanguinetti (presidente uruguayo de 1985-1989 y 1995-1999) cuando contesta a una petición de Madres y Familiares de Uruguayos Detenidos-Desaparecidos⁵⁴ el 29 de diciembre de 1997.

Importancia del derecho internacional en el sistema jurídico uruguayo

Uno de los aspectos sorprendentes de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya es, sin lugar a dudas, la ausencia total de referencias al derecho internacional (tanto de parte de los ministros de la Corte como de los abogados que invocaron la inconstitucionalidad de la ley). Al igual que en muchos otros países, existe en Uruguay una resistencia de los tribunales nacionales al momento de aplicar el derecho internacional.

La arquitectura jurídica y constitucional uruguaya es funcional a esta tradición. Por un lado, el orden jurídico uruguayo le otorga la jerarquía de ley a los tratados y pactos internacionales y por otra parte,

⁵² *Ibidem*, párr. 11.

⁵³ A propósito de la ética de la responsabilidad en el marco de las transiciones del Cono Sur, ver Zalaquett, José, "The Mathew O. Tobriner Memorial Lecture. Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations". *Hastings Law Journal*, Vol. 43, N°6, University of California/Hastings College of the Law, August 1992, págs. 1425-1438. También en idioma castellano en http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/zalaquett/Zalaquett_Tobriner_Final.pdf (disponible en línea al 2 de julio de 2009).

⁵⁴ Informe del Poder Ejecutivo. Asunto: Respuesta a la petición presentada por Madres y Familiares de Uruguayos Detenidos-Desaparecidos el 16.04.1997 (29.12.1997) Ver en: <http://www.trilce.com.uy/pdf/anexos/11b-familiares-doc.pdf> (disponible en línea al 2 de julio de 2009). "Aún la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica en 1969 reconoce que los derechos de cada persona están limitados por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática...".

en ningún momento reconoce a la comunidad internacional como fuente de normas **imperativas, universales e inderogables**. Cabe señalar además que en Uruguay la jurisprudencia y la costumbre no son fuentes de derecho. El derecho internacional sería parte del orden jurídico interno únicamente cuando existe una ratificación por el parlamento y en ese caso tendría una jerarquía legal. La única puerta de entrada para los instrumentos de protección a los derechos humanos –y más particularmente las normas de *jus cogens*– en el sistema uruguayo no ratificados por el parlamento sería el artículo 72 de la Constitución⁵⁵. Veremos que ese es uno de los argumentos utilizados por algunos juristas para defender la idea de que esa ley es nula.

A su vez, la cultura jurídica del operador del derecho en Uruguay no es propicia para integrar normas internacionales en contradicción con normativa nacional. La sub-utilización del sistema interamericano de derechos humanos en Uruguay⁵⁶ o las dificultades encontradas por Uruguay a la hora de aplicar los estándares previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de prisión preventiva⁵⁷, son indicadores de esos problemas de interfaz entre ámbito externo y ámbito interno.

5. Estado del debate actual: interpretación, nuevo referéndum, anulación y derogación

La interpretación de la ley de amnistía⁵⁸

Una de las propuestas planteadas en noviembre 2005 por los legisladores de la izquierda uruguaya en el poder desde el mes de

⁵⁵ “Artículo 72: La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Ver Ochs, Daniel, “El derecho internacional humanitario y la Ley uruguaya No. 15.848 de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado”, Trabajos on-line, Facultad de Derecho Universidad Católica del Uruguay. Ver en: [http://www.ucu.edu.uy/Facultades/Derecho/areasydepartamentos/constitucional_ddhh/trabajos_on_line/Ley%20de%20%20caducidad%20\(Ochs\).pdf](http://www.ucu.edu.uy/Facultades/Derecho/areasydepartamentos/constitucional_ddhh/trabajos_on_line/Ley%20de%20%20caducidad%20(Ochs).pdf) (disponible en línea al 2 de julio de 2009).

⁵⁶ Canton, Santiago A., “Amnesty Laws”, en *Victims Unsilenced. The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*. Due Process of Law Foundation, Washington DC, 2007, pág. 176.

⁵⁷ Camaño Viera, Diego, “La falta de reconocimiento de los estándares internacionales sobre prisión preventiva en la justicia uruguaya”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 3, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007.

⁵⁸ Ver Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, No. 58-Tomo 428, 15 de noviembre de 2005. C.S 250. Ver también Diario La República, “Ley de Caducidad: El Frente definirá en marzo futuro de la norma interpretativa”, 15 de enero de 2006.

marzo del mismo año fue un proyecto de ley interpretativo de la Ley de Caducidad. El artículo 4 del proyecto decía lo siguiente:

Quedan excluidos de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, los siguientes delitos:

2) **Los delitos que hubieren cometido los civiles y los mandos militares o policiales que actuaron durante el período comprendido entre el 27 de junio de 1973 y el 1° de marzo de 1985, cualquiera fuere su cargo.**

3) Los delitos cometidos **fuera del territorio nacional.**

4) Los delitos de **privación de libertad y los de sustracción o retención de menores que hubieran continuado consumándose con posterioridad al 1° de marzo de 1985.** (Los resaltados son del autor.)

La intención del proyecto era clara: por una parte mantener la ley de amnistía y por otra parte vaciarla de su contenido. El numeral cuarto pretendía resolver una polémica surgida a raíz del hecho que las desapariciones forzadas no se encuentran tipificadas en el código penal como tales. A pesar de ello, el orden jurídico debe contemplar la acción delictuosa, de allí que se recurrió a la figura de **privación de libertad**⁵⁹ que es un delito que continúa a consumarse más allá del período establecido en la ley de caducidad para amnistiar a los militares.

A pesar de ello, muchas de las disposiciones de ese proyecto son jurídicamente irrelevantes porque se deducen de la lectura de la propia ley de amnistía o de los principios del derecho uruguayo. Por ejemplo, es superfluo resaltar que los delitos cometidos fuera del territorio no están incluidos en la ley. Este proyecto debe ser leído en su intencionalidad política. Por una parte el gobierno elude el costo político de una derogación o anulación, y por otro lado, vacía el contenido de la ley limitando notoriamente su espectro de aplicación.

Ese proyecto no convocó la adhesión de los parlamentarios y menos aún de las ONG de derechos humanos porque la interpretación, aún perforando la ley, legitima la ley y admite que los crímenes contra la Humanidad quedan impunes. Finalmente, es legítimo preguntarnos –en ausencia de una amenaza militar inminente y actual– hasta qué punto no se trata de un atajo inmoral en la resolución de los problemas del pasado. En consecuencia el proyecto fue descartado y la solución de la interpretación fue abandonada.

⁵⁹ Artículo 281 del Código Penal uruguayo.

Miradas cruzadas:

El caso de la anulación de las amnistías en Argentina

El caso de Argentina presenta varias peculiaridades que influyen en el proceso uruguayo particularmente teniendo en cuenta que las leyes de amnistía (Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida) fueron anuladas, tanto por impulso judicial⁶⁰ como por impulso político⁶¹. Es relevante mencionar que las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en materia de amnistías jugaron un papel relevante como fuente para las sucesivas sentencias (caso Barrios Altos).

La derogación y la anulación de la Ley de Caducidad

A partir del año 2005 nace una movilización importante desde la sociedad civil en torno a la anulación de la ley de amnistía. Esa idea de la anulación –que seguramente no es independiente de los eventos en Argentina en torno a las anulaciones de las leyes de amnistía– está basada en varios supuestos. Por una parte los defensores de la anulación señalan que la derogación de la ley no tendría efecto porque el principio de no retroactividad de la ley penal impediría que se lleven a cabo procedimientos penales en contra de las personas beneficiadas hoy por la amnistía⁶². Por otro lado, la ley de caducidad sería nula porque se opone a normas de *jus cogens*⁶³ desde el momento de su

⁶⁰ En el año 2001 el juez Gabriel Cavallo declara las leyes de Obediencia Debida y Punto Final nulas (Sentencia del Juez Federal argentino Gabriel Cavallo, del 6 de marzo de 2001. Buenos Aires, Argentina. Causa 8686/2000). La derogación del año 1998 no tenía un alcance retroactivo. La anulación por parte del magistrado Cavallo le da eficacia retroactiva la ley penal, como si nunca hubiese existido la amnistía. La sentencia fue confirmada por los tribunales de alzada (Sentencia del 14 de junio de 2005). Ver Sentencia de la Corte Suprema argentina, Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, recurso de hecho, causa N° 17.768, 14 de junio de 2005. Ver también Fernández Valle, Mariano, “La Corte Suprema argentina frente al legado de la última Dictadura Militar: reseña del caso Simón”, en José Zalaquett (Dir.), *Anuario de Derechos Humanos 2006*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2006, págs. 165-174.

⁶¹ Con la llegada de Nestor Kirchner a la presidencia de la República en el año 2003, el impulso político para la lucha contra la impunidad se encuentra en su apogeo, y el 3 de septiembre de 2003 el Congreso de la Nación Argentina anula las leyes de amnistía (Ley 25.779 del 3 de septiembre de 2003). Las leyes de amnistías ya habían sido derogadas por el Congreso en 1998, planteando en su momento el problema de la aplicación retroactiva de la ley penal.

⁶² Es importante aclarar que el principio de no retroactividad de la ley penal es un principio legal (Artículo 15 del Código Penal uruguayo) y solamente podría ser considerado como constitucional a través del ya mencionado artículo 72 de la Constitución.

⁶³ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define la norma de *jus cogens* como “una norma imperativa de derecho internacional general... aceptada y reconocida por la comunidad internacional

concepción. Además los crímenes cometidos durante la dictadura militar son crímenes contra la Humanidad y por consiguiente son imprescriptibles y no **amnistiables**⁶⁴.

La posibilidad de un nuevo referéndum

Frente a la negativa por parte del parlamento de considerar la anulación de la ley, la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos adoptaron la estrategia de juntar firmas a los efectos de volver a plantear un recurso de referéndum⁶⁵. En ese caso sería posible que para las elecciones nacionales, en octubre de 2009, se organice la consulta popular en ejercicio de la democracia directa⁶⁶.

Pronunciamientos por inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia y del Poder Ejecutivo

En el marco de la causa Sabalsagaray Curutchet, el Ministerio Público solicitó a la SCJ un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Ley de Caducidad. La Corte le confirió traslado al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo para que se expidiera sobre ese punto antes de resolver. El 17 de febrero de 2009, el Poder Ejecutivo se pronunció en favor de la inconstitucionalidad de la ley (por medio de un allanamiento al planteo de inconstitucionalidad⁶⁷) y el 25 de febrero el parlamento se pronunció en igual sentido⁶⁸. Falta aún el pronunciamiento definitivo de la SCJ en el caso particular de Nibya Sabalsagaray (que tendrá efectos únicamente respecto a ese caso).

III. Justicia retributiva:

La perforación de la ley de amnistía

Cómo ha sido establecido en la parte consagrada a la amnistía, la estrategia del gobierno de izquierda uruguayo en el poder desde el

de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

64 López Goldaracena, Óscar, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad...*, págs. 76 a 79.

65 Brecha, “Se lanzó la campaña por la anulación de la Ley de Caducidad”, 8 de febrero de 2008.

66 Radio El Espectador, “Lanzan campaña para anular la Ley de Caducidad”, 19 de junio de 2006. Ver en: <http://www.espectador.com/nota.php?idNota=71440> (disponible en línea al 2 de julio de 2009).

67 Diario La República, “Poder Ejecutivo: la Ley de Impunidad es inconstitucional”, 18 de febrero de 2009.

68 Diario La República, “Histórico: Parlamento se pronunció por la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad”, 26 de febrero de 2009.

primero de marzo de 2005 en cuanto a la ley de amnistía tiene tres componentes esenciales:

- En primer lugar, ni el gobierno de Vázquez ni la mayoría parlamentaria del mismo partido (que posee la mayoría absoluta en cada una de las cámaras) tienen la intención de actuar sobre la ley de caducidad anulándola o derogándola. Las fuerzas políticas de izquierda no están dispuestas a asumir el costo político que ello implica.
- En segundo lugar, como lo veremos, el objetivo aparente del gobierno consiste en vaciar poco a poco la ley de su contenido, permitiendo o favoreciendo procesos a militares y civiles que participaron en la dictadura.
- Por último, la perspectiva de una anulación por referéndum trae consigo la ventaja de trasladar la responsabilidad del proceso al ciudadano. En esa eventualidad, ni el poder político, ni la Suprema Corte de Justicia –verdadero responsable de anular la ley– tendrían que tomar decisiones difíciles en cuanto a la ley de amnistía.

Para lograr desarrollar esa estrategia triple, el gobierno dispone de varias herramientas: permitir la extradición de militares requeridos por países extranjeros; los procesos a los civiles no incluidos en la ley de amnistía; los procesos a policías y militares no incluidos en la ley de amnistía, y el referéndum de octubre de 2009.

Asimismo no debemos perder de vista, como ya se ha mencionado cuando fuera descrita la ley de amnistía, que es el Poder Ejecutivo el que tiene el poder de dejar actuar al juez y que, en todos los casos, es el político de turno quien tiene la conducción del proceso que puede poner en marcha o no la justicia penal⁶⁹.

En cuanto al Poder Judicial, a pesar de los impulsos provenientes de los tribunales inferiores, la Suprema Corte de Justicia no se ha expresado desde el año 1988 sobre la constitucionalidad de la ley. Las declaraciones de inconstitucionalidad (declaraciones políticas **sin un valor jurídico**) por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo, pedidas por la SCJ, demuestran una necesidad de blindarse políticamente antes de tomar una posición jurídica.

1. Los mecanismos de jurisdicción extraterritorial

Los pedidos de extradición que se procesan conciernen los crímenes cometidos durante la dictadura en el marco del Plan Cóndor, y también tienen que ver con la nacionalidad de las víctimas. Hacia

⁶⁹ Artículo 3 de la Ley 15.848.

finales de los años 90 y principios de esta década, comenzaron a plantearse pedidos de extradición de militares uruguayos por crímenes cometidos en el marco del Plan Cóndor⁷⁰ (ya en 1986 Uruguay había negado pedidos de extradición de militares uruguayos requeridos por la justicia Argentina⁷¹). Al principio, la actitud del gobierno uruguayo fue la de seguir negando los pedidos de extradición considerando que los casos de los militares requeridos se encontraban incluidos dentro de la ley de caducidad⁷². Con el correr de los años, los pedidos de extradición continuaron⁷³ y a partir del 2004, Uruguay comenzó a aprobar algunas extradiciones⁷⁴. A partir del año 2005, los pedidos de extradición aprobados son mucho más numerosos⁷⁵ (hubo casos de militares uruguayos que huyeron para evitar las extradiciones⁷⁶ o incluso declaraciones por parte de los mandos militares que analizan la posibilidad de juzgar a los militares en Uruguay a los efectos de evitar

70 Reuters, "Abogada francesa pide captura de ex dictador uruguayo", 26 de noviembre de 1998. Diario Página 12, "Uruguay, último paraíso de la impunidad. Silencio de plomo", 10 agosto de 2003, Buenos Aires, Argentina. Radio El Espectador, "El juez argentino Rodolfo Canicoba Corral libró la orden de captura internacional de Gavazzo, Silveira, Cordero y Campos Hermida", 26 de junio de 2001. Europa Press, "Argentina/Uruguay. Un juez argentino ordena la detención de cuatro militares uruguayo", 23 de junio de 2001.

71 Reuters, "Uruguay negaría información de militares a gobierno argentino", 13 de septiembre de 2000.

72 Reuters, "Uruguay niega arrestos de militares pedidos por Argentina", 6 de julio de 2001. Reuters, "Uruguay sigue negando arrestos militares pedidos por Argentina", 7 de agosto de 2001,.

73 NOTIMEX - Agencia Mexicana de Noticias, "Piden detención de militares que operaron plan Cóndor en Argentina", 1 de septiembre de 2003. Reuters, "Justicia chilena pide extradición militares uruguayos por crimen", 29 de diciembre de 2003.

74 AP español, "Aprueban extradición de militares uruguayos a Chile por Berríos", 8 de septiembre de 2004. Agencia EFE, "Argentina pide detención y extradición de militares uruguayos", 21 de octubre de 2005. Diario La República, "Juez federal argentino Daniel Rafecas prioriza indagación sobre 'Caso Orletti'", Uruguay, 8 de diciembre de 2005.

75 AFP, "Tres militares uruguayos fueron extraditados a Chile", 18 de abril de 2006. Diario La Nación, "Aceptan extraditar uruguayos a la Argentina", Buenos Aires, 8 de diciembre de 2006. Diario el País, "Juez envía pedido de extradición de Cordero", Montevideo, 2 de marzo de 2007. Diario La República, "'Drácula' sacó pasaje de ida", Montevideo, 29 de noviembre de 2007. Agencia AP, "Arrestan coronel uruguayo por extradición a Paraguay", 7 de diciembre de 2007.

76 Diario La República, "Sospechan que el prófugo Cordero huyó de Brasil para sortear su inminente extradición", Montevideo, 2 de enero de 2006. Reuters, "Militar Uruguayo detenido por el caso Gelman se fuga", 3 de julio de 2006.

las extradiciones a Argentina⁷⁷). Los pedidos vienen esencialmente de Argentina, pero también de España, Chile, Paraguay o Italia⁷⁸.

También hubo casos de militares uruguayos que fueron detenidos en el exterior en aplicación de jurisdicción extraterritorial por crímenes cometidos contra nacionales de esos países⁷⁹.

2. Los procesos a los mandos civiles

En la parte consagrada a las leyes de amnistía hemos visto que la ley de amnistía uruguaya no concierne a los civiles⁸⁰. También se ha mencionado que estas dos leyes siempre han sido presentadas como dos leyes simétricas por los defensores de la impunidad⁸¹. A pesar de ello, las dos leyes presentan numerosos contrastes, abarcan marcos temporales diferentes y, sobretudo, no cubren exactamente el mismo tipo de delitos. Por ejemplo, la Ley 15.737 (ley para los civiles) no amnistía los delitos de homicidio, mientras que la Ley 15.848 tiene prevista esa posibilidad.

En esa medida, si se piensa la Ley 15.737 tomando en cuenta que podría beneficiar tanto a los civiles que participaron en actividades de guerrilla como a los mandos civiles de la dictadura, nos encontramos con la constatación siguiente: los mandos civiles de la dictadura implicados en delitos de homicidio no están amparados por ninguna amnistía. En consecuencia pueden ser pasibles de rendir cuentas ante la justicia penal por los crímenes que hubiesen cometido.

De esa forma, a partir de principios de la presente década comenzaron a interponerse demandas ante la justicia penal en contra de Juan María Bordaberry (antiguo presidente de Uruguay –electo en 1971– que llevó a cabo el golpe de Estado del 27 de junio 1973 en cooperación con las fuerzas armadas y se constituyó en el primer dictador del período de facto, coincidiendo con el período más violento de la dictadura⁸²) y

⁷⁷ Diario El Clarín, “Las violaciones a los derechos humanos en el Cono Sur; Uruguay, el Ejército analiza juzgar a los militares de la dictadura”, Argentina, 23 de junio de 2006.

⁷⁸ Diario La República, “Justicia italiana también reclama los Cóndores”, Montevideo, 11 de enero de 2008.

⁷⁹ Radio El Espectador, “Tróccoli podría ser juzgado en Italia”, Montevideo, 24 de diciembre de 2007, http://www.espectador.com/lv4_contenido.php?id=111933 (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

⁸⁰ Se podría suponer que éstos ya fueron beneficiados con la ley de amnistía número 15.737.

⁸¹ Veremos que ese razonamiento viene a justificar la teoría de la guerra también llamada **teoría de los dos demonios**.

⁸² Por más información sobre la dictadura Uruguay, referirse a Caetano, Gerardo y José Rilla, *Breve historia de la dictadura...*

Juan Carlos Blanco (el antiguo ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay durante el período de facto; particularmente sería responsable de los asesinatos ocurridos en Argentina de los legisladores Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, y de los militantes del Movimiento de Liberación Nacional Rosario Barredo y William Whitelaw).

El 16 de noviembre, por primera vez, un juez uruguayo, Roberto Timbal, procesó al ex dictador y su canciller por ser responsables de los homicidios de las cuatro personas mencionadas⁸³. En un primer momento se había desechado el procesamiento por considerar que se había operado una prescripción por los referidos homicidios⁸⁴.

A pesar de esos procesamientos de gran valor simbólico, no hubo –hasta el momento– otros procedimientos en contra de civiles involucrados en crímenes de sangre durante la dictadura.

3. Los casos no incluidos dentro de la ley de amnistía

La ley de amnistía a los militares uruguayos ofrece otros flancos débiles para el intérprete del derecho a la hora de entablar procedimientos propios de la justicia retributiva. Las desapariciones (consideradas como delitos continuados o permanentes), los crímenes cometidos en el exterior o en las fechas no previstas en el período cubierto por la amnistía, serían formas de eludir la impunidad.

El presidente de la República declaró el primero de marzo de 2005, en oportunidad de la asunción del mando, que la ley de amnistía no se aplicaba a los casos de los asesinatos de Zelmar Michelini, Héctor Gutiérrez Ruiz, así como el de María Claudia, la nuera de poeta argentino Juan Gelman⁸⁵. En el correr de los años 2005 a 2007, el Poder Ejecutivo (Ministerio de Defensa Nacional) consideró excluidos de la ley de caducidad numerosos casos que el poder judicial le sometió a consideración⁸⁶ (siempre en virtud del artículo 3 de la Ley 15.848).

83 Diario La Nación, “Uruguay: detuvieron al ex dictador Bordaberry”, Buenos Aires, Argentina, 17 de noviembre de 2006. Diario Página 12, “Cárcel para el dictador Bordaberry”, Buenos Aires, Argentina, 17 de noviembre de 2006. Diario La República, “Juez procesó a Bordaberry y Blanco por asesinatos de Michelini y Gutiérrez Ruiz”, Montevideo, 17 de noviembre de 2006.

84 Diario El País, “Juez confirmó la decisión de no procesar a Bordaberry y Blanco”, Montevideo, 23 de noviembre de 2005.

85 Ver discurso del presidente Tabaré Vázquez del primero de marzo de 2005, http://www.presidencia.gub.uy/_web/pages/vazquez06.htm (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

86 Resolución 365 del 31/10/05 (MDN); Resolución 368 del 31/10/05 (MDN); Resolución 430 del 12/12/05 (MDN); Resolución 627 del 24/05/06 (MDN); Resolución 748 del 02/08/06 (MDN); Resolución 1230 del 16/04/07 (MDN); Resolución 1261 del 14/05/07 (MDN); Resolución 1290 del 11/06/07 (MDN); Resolución 1454 del 10/09/07

De 2006 a 2009 varios militares uruguayos, presuntamente culpables de crímenes cometidos en tiempos de dictadura, fueron detenidos y reclusos, sea por sentencia de condena o en prisión preventiva. De esa forma, en septiembre de 2006 ocho militares fueron procesados por el juez Charles⁸⁷ acusados de la desaparición de Adalberto Soba (considerando que se trata de un delito permanente). A raíz de ese procesamiento, uno de los militares se suicidó⁸⁸.

A partir de entonces, los procedimientos en contra de militares y civiles perpetradores de violaciones a los derechos humanos se suceden⁸⁹. En marzo de 2009, la justicia uruguaya condenó –por primera vez– a ocho militares con participaron en la represión durante la dictadura por el homicidio de 28 personas⁹⁰ (las penas se escalonaron entre 20 y 25 años de penitenciaría).

4. Caso Gregorio Álvarez

Gregorio Álvarez fue el último dictador durante el período de facto. El 17 de diciembre de 2007 fue acusado⁹¹ y puesto en prisión preventiva por el crimen de genocidio⁹² por medio de desaparición

(MDN); Resolución 1577 del 12/11/07 (MDN); Resolución 1727 del 18/02/08 (MDN). Todas estas resoluciones están disponibles en la página de la Presidencia en la parte consagrada a la legislación, http://www.presidencia.gub.uy/_web/pages/legal.htm#res (disponibles en línea al 30 de julio de 2009).

87 Agencia AFP, “Procesan a ocho ex militares en Uruguay por violaciones a los DDHH”, 11 de septiembre de 2006. Diario el País, “Los militares ante la Justicia”, Montevideo, 12 de septiembre de 2006. Diario La Nación, “Uruguay: Procesan por primera vez a militares”, Buenos Aires, 12 de septiembre de 2006.

88 Agencia AFP, “Proceso a militares y suicidio conmocionan al ámbito castrense en Uruguay”, 14 de septiembre de 2006.

89 Agencia AP, “Uruguay: justicia ratifica procesamiento a dos militares”, 27 de febrero de 2007. Agencia AP, “Uruguay: general ante tribunales por desapariciones”, 30 de octubre de 2007. Diario La República, “Más militares, policías y civiles a juez en dos causas emblemáticas”, 20 de abril de 2009.

90 Diario El País, “Plan Cóndor: 20 a 25 años de condena a militares y policías”, 28 de marzo de 2009. Diario La Nación, “Uruguay: condena a ocho represores por el Plan Cóndor”, 29 de marzo de 2009.

91 Diario El País, “Procesaron a Gregorio Álvarez por delitos de desaparición forzada”, Montevideo, 17 de noviembre de 2007.

92 Ley 18.026, Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. La definición de genocidio es de las más extensivas que existen, el artículo 16 de la ley incluye a los grupos sindicales, o con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, social... <http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=> (disponibles en línea al 30 de julio de 2009).

forzada⁹³ (bajo la nueva legislación aprobada el 25 de septiembre de 2006 por Ley 18.026). Uno de los aspectos más interesantes de esta acusación radica en el hecho que se aplica la legislación sancionada en el 2006 de forma retroactiva. La acusación de Gregorio Álvarez (también llamado el Goyo Álvarez por la posición que ocupó y por la violencia que caracterizó su acción en los años anteriores a la toma de posesión del cargo de presidente) se ve revestida de un enorme valor simbólico⁹⁴. El Tribunal de Apelación mantuvo el procesamiento con prisión de Álvarez, aunque cambió la tipificación de desaparición forzada (para no contrariar el principio de legalidad) por el de homicidio agravado⁹⁵.

5. La justicia retributiva y la institucionalidad democrática

Lo podemos comprobar empíricamente, a pesar de ese regreso de la justicia retributiva y de algunas manifestaciones de malestar sin consecuencias por parte de algunos militares⁹⁶, la gobernabilidad democrática no es afectada por estos hechos, que manifestamente alteran los equilibrios entre justicia y consolidación democrática de los años 80.

IV. Búsqueda de la verdad. Políticas de verdad como expresión de un derecho a saber

Desde el regreso de la democracia, las políticas de verdad desarrolladas por los sucesivos gobiernos fueron parciales y –por lo general– se encontraron ante la falta de cooperación por parte de los sectores castrenses.

⁹³ La desaparición forzada es considerada por el juez Charles un delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de las víctimas. A su vez, ese delito es una de las formas de llevar a cabo el crimen de genocidio (literal B/ del artículo 16 de la Ley 18.026).

⁹⁴ Diario El País, “Álvarez, un símbolo”, Montevideo, 9 de diciembre de 2007.

⁹⁵ Diario La República, “Tribunal agrava imputaciones al Goyo y Larcebeau”, Montevideo, 24 de octubre de 2008.

⁹⁶ Diario Página 12, “Viejos golpistas que nunca mueren”, Buenos Aires, 30 de diciembre de 2005. AFP, “Uruguay: jefe militar dice ‘luchar’ para evitar ‘quiebre institucional’”, 18 de julio de 2005. Diario El Comercio, “El Ejército uruguayo defenderá ante los jueces a los torturadores de la dictadura”, España, 19 de julio de 2005. Diario La Reforma, “Asoma crisis en Uruguay”, México, 20 de julio de 2005.

1. La Comisión Investigadora sobre Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron⁹⁷

En 1985, a la salida de la dictadura, el parlamento uruguayo estableció dos comisiones de investigación oficiales que se referían a las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura. Ambas comisiones fueron creadas en el ámbito del Poder Legislativo, como comisiones parlamentarias. Los resultados arrojados por estas dos comisiones fueron poco concluyentes aunque es relevante mencionar algunos.

La Comisión Investigadora sobre Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, creada dentro de la estructura de las comisiones parlamentarias de la Cámara Baja, repertorió 164 casos de desapariciones forzadas⁹⁸. El informe final fue presentado ante la Cámara de Representantes en noviembre de 1985, pero sin que se llevara a cabo una publicación.

La Comisión entrevistó a unos 75 personas, testigos de los actos de detención o familiares de las personas desaparecidas. Asimismo, el informe menciona que se recibió información de organismos oficiales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) o privados nacionales e internacionales (SERPAJ, IELSUR, Amnistía Internacional, CELS entre otros). Los referidos testimonios tenían el carácter de reservado para proteger a los que intervinieron en las investigaciones.

La labor consistió en identificar a los uruguayos desaparecidos en Uruguay y a aquellos desaparecidos en el exterior. Las conclusiones hacen alusión al hecho que la mayoría de las desapariciones ocurrieron entre 1975 y 1978. De los 164 desaparecidos, 32 lo habrían sido en Uruguay, 127 en Argentina, tres en Chile y dos en Paraguay. De esos datos se puede inferir que —ya en esa fecha— existía una coordinación represiva entre las dictaduras de los países del Cono Sur, que involucró a Uruguay.

El informe menciona la práctica de tortura en centros de detención clandestinos, el trato cruel al que fueron sometidos las víctimas, menciona los casos de niños secuestrados que fueron probable-

⁹⁷ Comisión Investigadora sobre Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, *Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos. En cumplimiento del artículo 4° de la Ley 15.848*, Tomo IV, págs. 4-22. La Comisión fue creada en abril de 1985, http://www.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2007/06/2007060509.htm (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

⁹⁸ *Ibidem*, “Conclusiones al informe final”, pág. 16.

mente entregados a los familiares del mismo aparato represivo. La Comisión informa asimismo que se comprobó la constancia de tumbas “NN”, coincidiendo con las fechas en que se producen las desapariciones.

La Comisión también menciona en sus conclusiones que se habrían identificado a 61 militares uruguayos y 3 extranjeros que son, reiterada y coincidentemente, citados en los testimonios como directamente vinculados a las torturas y desapariciones. La Comisión aprobó una resolución (de fecha 4 de noviembre de 1985) en la cual se decidió remitir los antecedentes de las actuaciones conjuntamente con la nómina de los oficiales de las Fuerzas Armadas y policiales al Poder Ejecutivo, para que éste **proceda en consecuencia**.

Notemos, finalmente, que el lenguaje utilizado por los legisladores no deja entrever que se esté buscando una justificación al actuar de los perpetradores de las violaciones. No encontramos rastros de la teoría de los dos demonios, ni tampoco de la teoría de la guerra. El numeral 11 de las conclusiones dice: “Que estos hechos sólo ocurren cuando la sociedad pierde el control de las instituciones democráticas y la degradación de algunos hombres encuentra libre impunidad para su monstruosa acción”. En el numeral 13 el informe agrega: “el Poder Legislativo... está seguro que el Poder Judicial, dotado idónea, técnica y constitucionalmente, podrá avanzar rápida y definitivamente en el esclarecimiento total de los hechos, enjuiciamiento y condena de los culpables”.

De modo que la Comisión parlamentaria aparece en un momento en dónde la cuestión de la impunidad a los perpetradores de violaciones masivas a los derechos humanos no se había planteado.

En cuanto a la Comisión Investigadora sobre el Secuestro y Asesinato Perpetrados contra los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmar Michelini⁹⁹, esta no arrojó ningún resultado concluyente.

2. El informe de SERPAJ: Uruguay nunca más¹⁰⁰

En diciembre de 1989, SERPAJ publica *Uruguay nunca más*, un informe fruto de un esfuerzo de la sociedad civil para divulgar la

⁹⁹ Comisión Investigadora sobre el Secuestro y Asesinato Perpetrados contra los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmar Michelini, *Reporte final*. Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, No. 1968, vol. 631, noviembre de 1985.

¹⁰⁰ SERPAJ - Servicio Paz y Justicia, “*Uruguay nunca más*”, *Informe sobre la violación a los derechos humanos (1972-1985)*. Montevideo, diciembre de 1989, tercera edición.

verdad sobre las violaciones a los derechos humanos en Uruguay. El reporte detalla las violaciones a los derechos humanos ocurridas en Uruguay entre 1972 y 1985. El documento no se limitó a las desapariciones forzadas, pretendió abarcar una descripción de todas las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el período en Uruguay.

Serpaj pudo publicar esa obra con el apoyo financiero de la ONU, de iglesias extranjeras, y organizaciones internacionales de derechos humanos¹⁰¹. En lo que se refiere a la metodología empleada, ésta consistió en entrevistas a cientos de presos políticos y torturados durante el período de facto.

En el reporte se identifican 171 desapariciones forzadas, aunque el objetivo del trabajo no era llevar a cabo una investigación sobre su paradero. También se menciona la aplicación sistemática de la tortura, el alto índice de prisión política y las muertes atribuibles a las Fuerzas Armadas.

3. La Comisión para la Paz (COMPAZ) y “la verdad posible”

Antecedentes

Una vez ratificada la Ley 15.848 por referéndum, la temática de los derechos humanos desapareció del espacio público dando la impresión que había quedado sellada. A pesar de ello –a través del trabajo incansable de las organizaciones de derechos humanos y de la acción de algunos sectores políticos– en el correr de la segunda mitad de los años 90, el tema del cumplimiento del artículo cuarto vuelve a los primeros planos (hemos hecho referencia en el presente trabajo al artículo 4 de la Ley de Caducidad, en el cual se obliga al Estado a investigar sobre el paradero de los desaparecidos cuando se presenta la denuncia¹⁰²). Sin embargo, los resultados de las nuevas movilizaciones

¹⁰¹ Lefranc, Sandrine, *Políticas del perdón*. Editorial Norma, Madrid, España, 2005, pág. 53.

¹⁰² Ley 15.848, Artículo 4º.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes **el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas** hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos.

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia **dará cuenta a los denunciantes del**

fueron escasos y el gobierno seguía negándose a darle impulso a las investigaciones, alegando que ese tema ya había sido cerrado y que había que dar vuelta a la página.

Uno de los casos más emblemáticos en materia de la falta de impulso político en la averiguación del paradero de los desaparecidos, es el de la nuera del poeta argentino Juan Gelman¹⁰³.

En 2000 el presidente electo, Jorge Batlle¹⁰⁴, crea una Comisión para la Paz¹⁰⁵ con el objetivo de sellar definitivamente la paz entre los uruguayos (la Comisión para la Paz estaba encargada de investigar sobre el paradero de los desaparecidos uruguayos de la dictadura militar¹⁰⁶). Unas semanas antes el Presidente había creado una sorpresa general al declarar que conocía el paradero de la nieta de Juan Gelman, cuando unos meses antes el presidente Julio María Sanguinetti se había negado a revelar esa información arguyendo su desconocimiento¹⁰⁷. Con la Comisión para la Paz se pretendía cerrar definitivamente el tema, y a pesar de la enorme expectativa generada luego de las

resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada. (Resaltados nuestros.)

¹⁰³ Sus hijos (Nora Eva y Marcelo Ariel) fueron desaparecidos en Argentina durante la dictadura militar, así como su nuera, María Claudia. Al momento de su desaparición, María Claudia estaba embarazada de 7 meses, y no se volvió a tener noticias de su hija nacida en cautiverio hasta el año 1998, en que se supo que había sido trasladada a Uruguay. En el año 2000, luego de que Jorge Batlle asumiera la presidencia de Uruguay, se pudo reencontrar con su nieta. Diario el Clarín, “El poeta Gelman encontró a su nieta desaparecida en Uruguay”, Buenos Aires, 1 de abril de 2004.

¹⁰⁴ Electo en noviembre de 1999; asume el mando el primero de marzo de 2000.

¹⁰⁵ Creada por decreto del presidente Jorge Batlle el 9 de agosto de 2000, a los efectos de cumplir con el artículo 4 de la Ley de Caducidad. Para más información sobre la COMPAZ, ver Méndez, Juan, “The human right to truth: lessons learned from Latin American experiences with truth telling”, en: Borer, Tristan Anne (comp.), *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*. The University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 2006.

¹⁰⁶ Como se ha indicado *supra*, en 1985 el Parlamento uruguayo había creado dos comisiones de investigación. La primera fue encargada de investigar sobre el secuestro y asesinato perpetrados contra los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmar Michelini; la segunda sobre los desaparecidos uruguayos. Igualmente, hubo un reporte independiente llevado a cabo con los esfuerzos de una ONG (SERPAJ) que publicó un informe llamado *Uruguay nunca más* en diciembre de 1989. Este último se refería al conjunto de las violaciones a los derechos humanos en el Uruguay y no únicamente a los desaparecidos. Para más información sobre las investigaciones de estos años ver Comisión De Derechos Humanos Del Distrito Federal, *Comisiones de la verdad, Memoria. Seminario internacional Tortura, reparación y prevención*. México, 2004, pág. 301.

¹⁰⁷ Diario La República, “Sanguinetti obstruyó la investigación para reparación de nieta del poeta Juan Gelman”, Montevideo, 29 de marzo de 2003.

revelaciones del presidente Batlle sobre el caso Gelman, el efecto obtenido fue el contrario. Mientras que en los años 90 referirse a la cuestión de la violencia durante la dictadura era visto como algo **de mal gusto** (considerando que el referéndum de 1989 había consolidado definitivamente la solución uruguaya de salida de la dictadura), la COMPAZ le confirió a este tópico una nueva legitimación política. Los desaparecidos y el tema de los derechos humanos dejaron de ser marginales y pasaron a ocupar uno de los primeros lugares en el espacio público.

La COMPAZ fue creada por Resolución 858/000 del 9 de agosto de 2000¹⁰⁸ –es decir, 15 años después del final de la dictadura– con el cometido de “recibir, analizar, clasificar y recopilar información sobre los las desapariciones forzadas ocurridas durante el régimen de facto”¹⁰⁹.

El preámbulo establece que la COMPAZ se crea con los objetivos de “consolidar la pacificación nacional y sellar para siempre la paz entre los uruguayos”. Asimismo, se considera una obligación ética del Estado y una tarea imprescindible para preservar la memoria histórica, que permitirá además generar las condiciones necesarias para aprobar, en su momento, las medidas que correspondan para reparar las situaciones que se constaten.

En cuanto a las potestades, el artículo 3 de la Resolución establece que la COMPAZ tendrá “las más amplias facultades para recibir documentos y testimonios”, y tendrá que mantener la confidencialidad y una estricta reserva en cuanto a sus actuaciones. Agreguemos que en el caso de la COMPAZ no se prevé la remisión de los antecedentes de lo actuado a la justicia (como es el caso, por ejemplo, en la Comisión Nacional para los Desaparecidos en Argentina).

Notemos que tanto las potestades como los cometidos de la COMPAZ se refieren a actividades de recepción más que de investigación. La actitud de la COMPAZ aparece como pasiva, de recolección y clasificación más que de búsqueda activa, como es el caso en otras comisiones de la verdad. La identificación de los responsables no forma parte de los cometidos de la Comisión.

La resolución se refiere a una **obligación ética del Estado** cuando en realidad se trata –antes que nada– de una obligación desde el punto

¹⁰⁸ Texto disponible en Comisión Investigadora sobre Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, *Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...*, págs. 320 y 321.

¹⁰⁹ *Ibidem*, Artículo 1.

de vista jurídico, dispuesta por la propia Ley 15.848 en su artículo 4, por la Constitución, y por diversos tratados internacionales de los cuales Uruguay es parte.

En lo que se refiere a la composición de la Comisión, se prevé que ésta estaría integrada por seis personas. El Arzobispo de Montevideo, Monseñor Coitúño, nombrado presidente; Uruguay es uno de los países más laicos de América Latina, en esa medida, el valor simbólico del representante de la Iglesia es menos importante que en el caso de otras Comisiones de la Verdad en el Continente. Los otros integrantes fueron: José Artigas D'Elía, proveniente del mundo sindical, muy respetado en casi todos los sectores políticos y de los derechos humanos; Luis Pérez Aguirre de SERPAJ (una de las principales ONG de derechos humanos en Uruguay), fue propuesto por la organización Madres y Familiares de Uruguayos Detenidos-Desaparecidos; Carlos Ramela, representante del presidente, y Gonzalo Fernández, un abogado penalista, consejero del entonces presidente del Frente Amplio y actual Presidente de la República, Tabaré Vázquez.

La Comisión contó con la colaboración de las organizaciones de derechos humanos (IELSUR, SERPAJ y Familiares de Detenidos-Desaparecidos) que aportaron información para la recopilación de antecedentes y diligenciamiento de pruebas.

Resultados

El 10 de abril de 2003, la Comisión hizo público el informe final que elevó al Presidente de la República. En su informe, la Comisión establece que “ha formado convicción plena acerca de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el período de facto...” agrega que “se constata la actuación de agentes estatales que, en el ejercicio de su función pública, obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales”¹¹⁰.

La Comisión confirmó las denuncias de 26 uruguayos desaparecidos en Uruguay, no pudiéndose establecer con claridad lo ocurrido con otras seis personas cuya desaparición se había denunciado ante la misma Comisión. Las personas detenidas-desaparecidas fueron detenidas en “procedimientos no oficiales, sometidas a apremios físicos y torturas en centros clandestinos de detención y fallecieron, en definitiva, sea como consecuencia de los castigos recibidos... o

¹¹⁰ Informe final de la Comisión para la Paz, párr. 44. Comisión Investigadora sobre Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, *Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...*, págs. 23 a 43.

como consecuencia directa de actos y acciones tendientes a provocar su muerte en algún caso excepcional”¹¹¹.

En un solo caso, la Comisión estuvo en condiciones de averiguar dónde se encontraban los restos de las personas desaparecidas¹¹². En cuanto al destino de los restos –cuya determinación constituía una tarea fundamental de la COMPAZ– el informe distingue entre el lugar en que fueron enterrados inicialmente y el lugar del destino final y definitivo. El párrafo 52e del informe dice lo siguiente, en lo concerniente a 24 casos de desaparecidos: “Los restos de todas las personas desaparecidas a partir de 1973 –24 en total– habrían sido exhumados hacia finales de 1984, incinerados o cremados... y arrojados finalmente al Río de la Plata”. Veremos que esta información –de fundamental importancia en cuanto a los resultados de las indagaciones de la COMPAZ– resultó ser falsa.

El informe final también menciona el destino de los desaparecidos uruguayos en Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay y Colombia. En estos casos se aclara que las denuncias a la COMPAZ “no tienen conexión directa con la información general y las fuentes manejadas por este Cuerpo”¹¹³.

Otro aspecto importante de las conclusiones finales de la COMPAZ radica en las **sugerencias generales**¹¹⁴. Allí se hace mención –aunque de forma muy vaga y general– a la necesidad de educar y de promover la cultura de los derechos humanos y del Estado de Derecho. Asimismo, de forma más concreta, se recomienda “ratificar los tratados, pactos y convenciones internacionales que se impulsan a nivel internacional... como forma de mantener a nuestro país a la vanguardia de aquéllos que hacen del individuo y del respeto de sus derechos una prioridad básica y esencial”. También se sugiere rever y actualizar las normas legales vigentes de forma a contemplar delitos (como por ejemplo, tortura, delitos contra la humanidad, genocidio, desaparición forzada, etc.) que han sido reconocidos y sancionados en el derecho comparado –e incluso en convenios multilaterales–, con la finalidad de evitar y reprimir los excesos y los desvíos en que pueda incurrir el propio Estado y sus agentes. En otras palabras, son reformas de tipo institucionales como garantías de no repetición¹¹⁵.

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 45.

¹¹² *Ibidem*, párrs. 49 y 52a. Caso de Roberto Julio Gomensoro Josman.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 57.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 82.

¹¹⁵ NOTIMEX, “Seguirá recomendaciones presidente uruguayo en caso de desaparecidos”, 10 de abril de 2003.

Uno de los aportes fundamentales de la COMPAZ es el de haber contribuido de manera decisiva a **desmarginalizar** la temática de los derechos humanos en general, y lejos de haber sellado el tema de las violaciones pasadas a los derechos humanos –como lo pretendía el presidente de entonces, Jorge Batlle–, permitió que se instalara sin mayores problemas en la agenda política y mediática¹¹⁶ de principios de la década de 2000. También, es importante resaltar la intención por parte del gobierno de hacer participar a todos los sectores sociales y políticos en la COMPAZ.

En lo que se refiere a las insuficiencias de la COMPAZ, podemos hacer alusión al hecho que muchas de las conclusiones a las que se llegó –como se demostrará más adelante– resultaron ser falsas¹¹⁷. Por otro lado, la Comisión no contaba con los medios materiales (el presupuesto o la infraestructura), humanos, y jurídicos como para llevar adelante verdaderas investigaciones¹¹⁸. Tampoco contaba con poderes inquisitivos que les posibilitara ejercer una coerción¹¹⁹ sobre los que presumiblemente detienen la información¹²⁰. En lo que se refiere a los objetivos, se subraya que se trataba **de sellar para siempre la paz entre uruguayos y consolidar la pacificación nacional**, cuando en realidad se trata de cumplir con una **obligación** del Estado (y no simplemente de un imperativo moral). En el capítulo correspondiente al tema de los memoriales, insistiremos sobre esa inconsistencia de la mirada desde el Estado, interpretando la violencia pasada.

En cuanto a las repercusiones de los resultados de las indagaciones, el informe de la COMPAZ no convocó la adhesión de las organizaciones

¹¹⁶ Radio El Espectador, “Las dificultades de una solución definitiva al tema de los derechos humanos”, 22 de junio de 2007, <http://www.espectador.com.uy/nota.php?idNota=98271> (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹¹⁷ Situación que se comprobó cuando se encontraron restos de desaparecidos que supuestamente habían sido incinerados (según el informe final de la COMPAZ) y tirados al río.

¹¹⁸ NOTIMEX, “Denuncia madre uruguaya de desaparecidas omisiones en investigaciones”, 22 de marzo de 2002.

¹¹⁹ Diario La República, “Amnistía Internacional destacó logros del gobierno en DDHH. La Comisión para la Paz tendría que tener ‘capacidad coercitiva’”, Montevideo, 31 de mayo de 2001. Diario La República, “SERPAJ considera que la Comisión para la Paz debe tener ‘poderes coercitivos’”, Montevideo, 12 de diciembre de 2000.

¹²⁰ *Ibidem*, “la Comisión, tuvo amplias facultades para recibir documentos y testimonios pero no tuvo potestades de orden coercitivo que son ajenas a su condición...”, párr. 12.

de derechos humanos, que rechazaron sus conclusiones¹²¹ en la medida que consideraron que no se aportaba elementos nuevos sobre el paradero de los desaparecidos, rechazando las conclusiones que revelaban que los desaparecidos habían sido cremados y echados al Río de la Plata, pretendiendo establecer su “muerte por decreto”. Los militares tampoco se conformaron con las conclusiones del informe de la Comisión para la Paz¹²² considerando que se trataba de un “revisiónismo tendencioso” y que no habría logrado su objetivo de pacificación¹²³.

Por último, la Comisión reveló sus limitaciones en lo que se refiere a la búsqueda de la verdad, se restringió al tema de los desaparecidos sin incurrir en indagaciones sobre otros tipos de violaciones a los derechos humanos, y no contó con la colaboración efectiva de los miembros de las Fuerzas Armadas¹²⁴ que cerraron filas en torno a “un pacto de silencio”. En suma, esa impotencia de la Comisión se ve reflejada en la expresión utilizada en el párrafo 38 de las conclusiones: “Se trató, en definitiva, no de lograr “una verdad” o la “verdad más conveniente”, sino solamente “la verdad posible”.

4. Informes militares

A partir del momento en que asumió el mando en el 2005, el gobierno de Vázquez decidió impulsar las investigaciones sobre los desaparecidos a los efectos de darle cumplimiento al artículo 4 de la ley de amnistía. En ese marco, el presidente requirió a los comandantes de las Fuerzas Armadas que informaran sobre el destino final de los desaparecidos uruguayos durante la dictadura¹²⁵.

De la lectura de algunos de los informes¹²⁶ en respuesta a los requerimientos del presidente, surge que se habrían llevado a cabo

¹²¹ ABC, “Familiares de desaparecidos en Uruguay rechazan el informe oficial”, 1 de noviembre de 2002. Diario La República, “Familiares de desaparecidos rechazarán la versión de que restos fueron cremados”, Montevideo, 19 de diciembre de 2002.

¹²² Europa Press - Servicio Internacional, “Uruguay, los militares uruguayos critican el preinforme final de la Comisión para la Paz sobre los desaparecidos”, 7 de noviembre de 2002.

¹²³ Diario La República, “Comisión para la Paz no pacificó, según el General (r) Alberto Balestrino”, Montevideo, 5 de diciembre de 2002.

¹²⁴ Agencia Reuters, “Militares de pasada dictadura uruguaya mantendrán silencio”, 25 enero de 2001.

¹²⁵ Los informes están publicados en <http://www.presidencia.gub.uy/web/noticias/2007/06/2007060509.htm> (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹²⁶ Comisión Investigadora sobre Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, *Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...*, págs. 73 a 105.

investigaciones internas secretas en el seno de las propias Fuerzas Armadas, recaudando información voluntaria y anónima. Así, en lo que se refiere al reconocimiento de los métodos represivos empleados, estos fueron informes fueron elocuentes:

Debido a lo expresado, cuando un detenido fallecía antes, durante o después de los interrogatorios, no se daba intervención a la justicia, y en algunos casos se le comunicaba que se había producido una fuga, lo que determinaba un comunicado solicitando su detención, habiendo el ciudadano fallecido con anterioridad...

Por lo expuesto **no se refieren a acciones de carácter individual**, sin perjuicio de reconocerse que, durante las mismas se perdieron los puntos de referencia a que se debe ajustar la conducta y la acción misma, **fuera de la doctrina existente en el Ejército Nacional**¹²⁷. (Resaltados nuestros)

Nótese aquí el reconocimiento de responsabilidad institucional que no se resguarda ante la posibilidad de acciones de carácter individuales. Habrían sido acciones que respondían a la doctrina existente en el Ejército Nacional. A pesar de eso, los hallazgos que hubo hasta el momento no se vinculaban con la información propiciada por las Fuerzas Armadas.

5. Los hallazgos recientes

Hemos visto que, gracias al impulso de la COMPAZ y al apoyo más decidido del gobierno desde 2005, se pudo llegar a averiguar el paradero de algunos desaparecidos¹²⁸. Esos hallazgos fueron de fundamental importancia a nivel simbólico para la sociedad uruguaya, además de los familiares de las víctimas, en la medida que se plasma concreta y materialmente —a través de los restos de dos desaparecidos— la legitimación de las reivindicaciones de tantos años de lucha por parte de los familiares y de las organizaciones de derechos humanos.

6. Publicación de cinco tomos en 2007

Como será desarrollado más adelante, el 26 de diciembre de 2006, el presidente Vázquez, en un decreto que tenía por objeto la oficialización del **Nunca más**, realizó una serie de acciones simbólicas y de difusión en cuanto a las violaciones pasadas a los derechos humanos¹²⁹. Luego de declarar que la etapa de la investigación sobre

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 78.

¹²⁸ Por ejemplo, los restos de Ubagesner Chávez Sosa. Diario El Clarín, “Identifican restos humanos en Uruguay”, Buenos Aires, Argentina, 11 de enero de 2006. También se identificaron los restos de Fernando Miranda. Diario El País, “Fueron sepultados los restos de Miranda”, Montevideo, 31 de marzo de 2006.

¹²⁹ Ver http://www.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2006/12/2006122603.htm (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

los desaparecidos en Uruguay estaba **culminada**, y de disponer una Secretaría de Seguimiento para recibir nuevas informaciones, una de las medidas dispuestas fue la publicación de un extenso reporte en cumplimiento del artículo 4 de la Ley 15.848¹³⁰.

V. Políticas de reparación

En un primer tiempo, las políticas de reparación llevadas a cabo por el gobierno uruguayo fueron parciales y se limitaron a beneficios jubilatorios y para los exilados que regresaron al país. Más recientemente se tuvo en consideración a los detenidos políticos a través de una ley de compensación y de beneficios de seguridad social. Asimismo, el tema de las reparaciones pone al desnudo –al igual que los memoriales o la amnistía– los problemas de lectura y de interpretación sobre el pasado violento.

1. La Comisión Nacional de Repatriación

Una de las primeras medidas tomadas por el gobierno de transición de Julio María Sanguinetti, fue la adopción de la Ley 15.737. Dentro de las numerosas disposiciones previstas por esa norma, se encuentra la creación de la Comisión Nacional de Repatriación¹³¹, que permitió a miles de uruguayos volver al país luego de haber pasado años de exilio y que contó con la colaboración de organismos como ACNUR o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹³². Esa ley (que comprende una amnistía, la ratificación de un tratado de derechos humanos, la liberación de los presos políticos) tuvo la pretensión de funcionar como un instrumento que pretendía sanar partes de las heridas dejadas por el período autoritario.

¹³⁰ Cinco tomos publicados en el sitio de la Presidencia y que contaron con la colaboración de historiadores y diversos científicos sociales, http://www.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2007/06/2007060509.htm (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹³¹ Lira, Elizabeth y Germán Morales, *Derechos humanos y reparación: una discusión pendiente*. Lom Ediciones, Santiago, Chile, 2005, pág. 109.

¹³² Para más información sobre el impacto de la CNR, ver Pérez, Leticia, “Impactos del exilio político y su retorno, en las redes sociales de pertenencia. Aportes para la construcción de una memoria colectiva sobre la dictadura militar uruguayana (1973-1985) y sus efectos”. Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República, monografía, www.rau.edu.uy/fcs/dts/Publicaciones/Monografias/leticia Perez.pdf (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

2. Las disposiciones que reintegran los funcionarios públicos en sus puestos y que reconocen la antigüedad a los efectos jubilatorios

La Ley 15.783¹³³ reintegra a sus puestos a más de 10.000 funcionarios que habían sido destituidos por motivos políticos. La Ley 16.561 del 19 de agosto de 1994 beneficia a los empleados del Frigorífico Nacional y Casablanca, asimilándolos al régimen de la Ley 15.783. A ellos se les agregará los del Frigorífico Victoria por Ley 16.194.

Una serie de disposiciones sancionadas en lo sucesivo, permitirán contar los años en el exilio o en prisión a los efectos jubilatorios: la Ley 17.449 del 4 de enero de 2002 y la Ley 18.033, benefician a los trabajadores de la actividad privada que hubiesen tenido que abandonar el país por motivos políticos a los efectos jubilatorios (la segunda ley amplía los derechos consagrados en la primera). La Ley de 17.949 del 8 de enero de 2006 beneficia a los militares sustituidos por razones políticas o ideológicas durante el período que comienza el primero de enero de 1968 hasta el 28 de febrero de 1985.

También encontramos aquellas que permitían obtener compensaciones económicas en caso de despidos abusivos durante el período de facto¹³⁴.

3. Indemnización a los presos políticos

Hasta el momento, fuera de las medidas ya enunciadas, existe únicamente la Ley 18.033 que prevé una pensión especial reparatoria para aquellos que hubiesen sido procesados por la justicia civil o militar durante la dictadura y sufrido privación de libertad¹³⁵. Notemos que esta pensión no es acumulable con otras jubilaciones o pensiones (artículo 11), lo que nos lleva a preguntarnos cual es la verdadera naturaleza de ésta prestación.

4. Los proyectos de reparación actuales

El proyecto García Pintos

El 11 de enero de 2007, el diputado Daniel García Pintos presentó un proyecto de ley en el cual se dispone la reparación patrimonial en beneficio de los familiares “de los caídos en defensa de las instituciones de la democracia” ante la Cámara de Representantes del Parlamento

¹³³ Ley 15.783: “Se establece el derecho a ser reincorporadas al organismo correspondiente a todas las personas que hubieran sido destituidas entre el 9 de febrero de 1973 y el 28 de febrero de 1985”.

¹³⁴ Leyes 16.102, 16.451 y 18.033.

¹³⁵ Ley 18.033, Artículo 11 y siguientes.

uruguayo. El 26 de marzo de 2006 esa iniciativa fue retomada por el Poder Ejecutivo, que la elevó a consideración de la Asamblea General¹³⁶. El texto sigue hasta el día de hoy en consideración en el parlamento.

El proyecto prevé una prestación pecuniaria por parte del Estado, por única vez, de 150 mil dólares, a los familiares de policías, militares, y civiles fallecidos “en ocasión o a consecuencia del enfrentamiento armado con la sedición que tuvo lugar entre los años 1962 y 1976”. También serían beneficiarios los familiares de las personas declaradas ausentes por causa de desaparición forzada (mencionadas en el informe final de la Comisión para la Paz).

El proyecto de reparación presentado por la derecha radical y apoyado por el gobierno de izquierda plantea varios problemas.

En primer lugar, los funcionarios policiales o militares fallecieron en el ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, es discutible si corresponde que el Estado equipare a agentes del Estado que ejercían una profesión que implicaba un riesgo y que gozaban de mecanismos de compensación previamente establecidos (pensione, por ejemplo) a las víctimas del terrorismo de Estado.

Un segundo punto, más polémico, surge de las implicaciones en cuanto a la lectura del pasado que está avalando el proyecto. Los términos utilizados tanto en la exposición de motivos como en el articulado avalan la tesis de la guerra y de la teoría de los dos demonios. Por lo pronto, no queda claro cómo los militares que fallecieron pueden haber **caído** en defensa de las instituciones de la democracia cuando las mismas Fuerzas Armadas llevaron a cabo un golpe de Estado y una dictadura totalitaria por más de una década.

El proyecto de ley ha suscitado críticas¹³⁷ al gobierno, tanto por parte de los integrantes del partido de gobierno (Frente Amplio/ Nueva Mayoría)¹³⁸ como de la sociedad civil¹³⁹. La mayoría de los

¹³⁶ Ver http://www.presidencia.gub.uy/_Web/proyectos/2007/03/E646_15%2009%202006_00001.PDF (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹³⁷ Diario El País, “Critican el reparo a las familias de militares”, Montevideo, 2 de abril de 2007. Diario La República, “Contra el proyecto de reparación”, Montevideo, 24 de abril de 2007.

¹³⁸ Diario La República, “Reparando la Ley de Reparación”, Montevideo, 14 de mayo de 2007.

¹³⁹ Diario El País, “Habrán dos proyectos de reparación para familias de víctimas”, Montevideo, 26 de abril de 2007.

“La organización Madres y Familiares y los diputados del Frente Amplio terminaron ayer por ponerle la lápida a la intención del presidente Tabaré Vázquez de reparar en una misma ley a las familias de las víctimas de los años de enfrentamientos.

debates giran en torno a los puntos resaltados en el párrafo anterior y en la necesidad de considerar una reparación integral a las víctimas. Hoy en día, el proyecto parece haber sido abandonado y el texto sobre reparación integral que está por ser aprobado no se refiere a las víctimas de la **sedición**¹⁴⁰.

El proyecto de Reparación Integral¹⁴¹

Además del proyecto presentado por el diputado García Pintos, otro proyecto de reparación integral a las víctimas de la dictadura fue presentado por el Poder Ejecutivo y se encuentra actualmente ante el parlamento. El texto fue criticado por algunas ONG de derechos humanos en consideración de que la reparación es insuficiente y que no cumple con los estándares internacionales sobre reparación integral¹⁴². El proyecto no incluye compensaciones a expresos políticos ni a los exilados. En cambio, propone indemnizar a familias de víctimas del terrorismo de Estado que hubiesen sido asesinadas, desaparecidas o que hubiesen sufrido lesiones gravísimas¹⁴³.

El proyecto reconoce que el Estado “es responsable por la práctica sistemática de la tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación de las Medidas Prontas de Seguridad”. Se prevén acciones de tipo económico (artículos 11, 12, 13 y 14), simbólico (artículos 7 y 8), el reconocimiento de la condición de víctima (artículo 9) y tratamientos médicos para ciertas víctimas (artículo 10). El proyecto no se refiere a los funcionarios policiales o militares.

‘En el Uruguay no hubo una guerra civil. Hubo un Estado que torturó, encarceló, asesinó y desapareció personas dentro y fuera del país, a través de una política sistemática y planificada de represión que obviamente se hizo posible en el marco de la sustitución del Estado de Derecho por uno terrorista’, afirma Familiares en una carta entregada ayer a los diputados del Frente Amplio en una reunión en el Parlamento”.

¹⁴⁰ Diario la República, “Canciller: el Ejecutivo ya remitió reparación a víctimas de la guerrilla”, Montevideo, 7 de mayo de 2009.

¹⁴¹ Ver el texto del proyecto en: http://www.presidencia.gub.uy/_web/proyectos/2009/05/CM725.pdf (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹⁴² APU CRYSQL, “No es reparación integral”, 9 de mayo de 2009. El Espectador, “Críticas a ley de reparación”, 10 de mayo de 2009, http://www.espectador.com/lv4_contenido.php?id=151170&sts=1 (disponible en línea al 30 de julio de 2009). Diario La República, “No incluye a los presos ilegítimos”, 5 de mayo de 2009, http://www.espectador.com/lv4_contenido.php?id=151170&sts=1 (disponible en línea al 2 de agosto de 2009).

¹⁴³ Diario El País, “Reparación: sólo por desaparecidos y niños”, 5 de mayo de 2005.

Por último, se reconoce “la responsabilidad del Estado en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del poder judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social” (artículo 2) tomando en cuenta el período 13 de junio de 1968 a 27 de junio de 1973 (sin que se estuviese aún en dictadura). El artículo 1 se refiere a las víctimas del quebrantamiento del Estado de Derecho a partir del 27 de junio de 1973 y hasta el 28 de febrero de 1985.

CRY SOL (ONG que representa a los presos políticos) había presentado un proyecto alternativo más completo¹⁴⁴ que consideraba la Ley 18.033 insuficiente, y proponía una reparación integral a las víctimas del terrorismo de Estado y a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado basado, entre otros, en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”¹⁴⁵. El preámbulo del proyecto hacía referencia a los mecanismos de reparación en Argentina, Brasil Chile y Paraguay, mencionando que constituyen verdaderos antecedentes. El proyecto no abarcaba únicamente las prestaciones bajo forma de pensiones, también se preveían indemnizaciones pecuniarias y no pecuniarias (prestaciones médicas por ejemplo), acciones simbólicas de reconocimiento público (artículo 4), el establecimiento de un Día Nacional de la Memoria (artículo 4.4) o restituciones de inmuebles.

5. El alcance del concepto de víctima

Hasta el momento ninguno de los proyectos ha sido aprobado, pero es útil compararlos para entender los debates en materia de resarcimiento a las víctimas que hoy está viviendo Uruguay.

Las pugnas y los debates en torno a quienes deben ser considerados como **víctimas** se encuentra estrechamente ligado a la interpretación que se debe hacer de ese pasado violento. Por un lado, tenemos los partidarios de una teoría de la guerra entre los **sediciosos** y el Estado que se enfrenta a ellos para preservar el orden democrático. Por otro lado, se encuentran las visiones que focalizan más en el crimen de Estado o terrorismo de Estado, considerando que únicamente las víctimas de los agentes de éste tienen derecho a ser resarcidas.

¹⁴⁴ Ver http://www.redh.org/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,75/Itemid/ (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹⁴⁵ Resolución 60/1247 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

VI. Reformas institucionales

Al igual que en muchos países de América Latina, Uruguay no contó con una política coherente y sistemática de reformas institucionales tendientes a transformar las instituciones a los efectos de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos (como garantías de no repetición). A pesar de ello, es relevante mencionar algunos –escasos– avances que hubo en esa materia.

1. La implementación de un nuevo marco jurídico-institucional

Hemos visto que el gobierno de Julio María Sanguinetti, electo en 1985, ratificó el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de entonces y en el correr de los años, Uruguay promulgó, firmó y ratificó una serie de leyes y tratados internacionales de derechos humanos que confirman ese compromiso a futuro en la materia. No se trataba de revisar el pasado, pero de consolidar el marco normativo para prevenir futuras violaciones y confirmar que el período que comienza en los años 60 y termina en 1985, no fue más que un paréntesis bárbaro en la tradición **civilizada** uruguaya.

El caso de la Ley 18.026, por la cual se ratifica el tratado de Roma

En la parte consagrada a la justicia retributiva, hemos hecho referencia a la Ley 18.026 (Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad) de 17 de diciembre de 2007, en la cual se adopta una definición de genocidio muy amplia y se sientan las bases para que puedan ser procesados por ese crimen los responsables de las desapariciones forzadas¹⁴⁶.

Creación de la dirección en derechos humanos

En 2005 se creó, como parte del Ministerio de Educación y Cultura, la Dirección de Derechos Humanos¹⁴⁷. En el marco de esa institución se llevan a cabo seminarios y charlas sobre memoria y derechos humanos

¹⁴⁶ Diario La República, “Una ley largamente esperada”, Montevideo, 1 de febrero de 2007.

¹⁴⁷ El referido órgano fue creado con el cometido de “promover la vigencia y el respeto de los derechos humanos, considerándolos de forma integral e interdependientes, incluyendo tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales y aquellos de naturaleza colectiva, como el derecho a la paz, al desarrollo y al medio ambiente”. Ver en: <http://www.mec.gub.uy/ddhh/mision.html> (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

en relación con la última dictadura militar, se firman acuerdos¹⁴⁸ y se co-auspician, por ejemplo, aperturas de museos¹⁴⁹. Asimismo, la Unidad de Memoria de la Dirección ha tenido un rol importante en la recaudación de información sobre exacciones de los derechos humanos que se encontraba oculta en los archivos¹⁵⁰. En algunos casos, esas investigaciones permitieron que se lograra reunir documentación para denunciar a perpetradores de violaciones a los derechos humanos¹⁵¹.

2. El *vetting*

En materia de *vetting* de los empleados públicos con el propósito de sanear la administración de individuos que podrían, teniendo en cuenta sus actuaciones pasadas, fomentar o incitar a violar los derechos humanos desde situaciones de poder, se ha hecho muy poco en Uruguay.

Neil Kritz, en su libro *How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*¹⁵², cita el caso de Uruguay en cuanto a los médicos que participaron en sesiones de tortura durante la dictadura uruguaya. Entre otras cosas, explica que un 70 por ciento de las víctimas declaraban haber sido torturadas en presencia de médicos. Según el Dr. Gregorio Martirena, del Sindicato Médico del Uruguay (SMU), entrevistado por el autor del capítulo sobre Uruguay¹⁵³, unos 800 a 1000 médicos –de un total de 6000– habrían estado involucrados con el régimen de facto por diversos motivos (real convencimiento,

¹⁴⁸ Por ejemplo, el acuerdo con la Facultad de Artes para las placas en las escuelas.

¹⁴⁹ En la parte sobre memoriales volveremos sobre la apertura del museo de la memoria.

¹⁵⁰ “El trabajo de los expertos del Área Memoria de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura, creada para esta tarea de rescate de archivos, ha logrado en poco más de un año hallar documentación de otras reparticiones estatales, en especial en las carteras de Defensa e Interior, que se consideraba destruida”. Inter Press Service, “Derechos-Uruguay: en busca de la memoria desaparecida”, 31 de agosto de 2006.

¹⁵¹ “Para procesar al dictador Bordaberry y a Blanco fue de vital importancia la documentación encontrada y ordenada por el historiador Oscar Destouet, responsable del Área Memoria de la Dirección de Derechos Humanos, que había permanecido oculta en el Ministerio de Relaciones Exteriores”. Inter Press Service, “Derechos Humanos-Uruguay: se entregó un dictador”, 31 de agosto de 2006.

¹⁵² Kritz, Neil (ed), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. II: Country Studies. United States Institute for Peace, Washington DC, 1995, págs. 393-395.

¹⁵³ Weschler, Lawrence, “Settling Accounts. A miracle, a Universe: settling accounts with torturers”, en: Kritz, Neil (ed), *Transitional Justice...*, págs. 394 y 395.

miedo, codicia o ambición profesional). En los años 80, algunos de ellos enfrentaron procedimientos administrativos, aunque muy pocos fueron sancionados por la Comisión Nacional de Ética Médica. Uno de los casos más renombrados es el del médico militar José Mauttone, sancionado por la Comisión Nacional de Ética Médica en 1989, y expulsado de un centro asistencial¹⁵⁴.

3. Educación en derechos humanos

El tema de la educación en derechos humanos es una deuda pendiente de las políticas de derechos humanos en Uruguay¹⁵⁵, a pesar de que actualmente se esté desarrollando en un proyecto del PNUD en conjunto con el Ministerio de Educación y Cultura (Apoyo al Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos¹⁵⁶). Este proyecto tiene como objetivo avanzar sustantivamente en el diseño y la posterior implementación del Plan Nacional de Educación de Derechos Humanos en el Uruguay. El mismo subraya la importancia del enfoque transversal de la educación en derechos humanos, incluyendo el ámbito universitario. Se tendría que estar atento al desarrollo de este proyecto, ver si se incluye formación en derechos humanos dirigida a los sectores vinculados al sector de seguridad del Estado, y cuales fueron los resultados concretos de su implementación.

4. Las reformas pendientes y los problemas a resolver

A pesar de las reformas mencionadas, todavía queda mucho por hacer en esta materia. Fuera de la ratificación de los tratados sobre derechos humanos, Uruguay no se ha preocupado por construir una arquitectura jurídico-institucional orientada hacia a las garantías de no repetición.

Particularmente, existen importantes insuficiencias en materia de *vetting* de empleados públicos. En Uruguay no hay un mecanismo que impida a los militares involucrados en violaciones a los derechos humanos ocupar puestos de jerarquía en las Fuerzas Armadas u otras posiciones en la administración pública. Los casos de militares involucrados en violaciones a los derechos humanos que ocupan

¹⁵⁴Diario La República, “Hoy indagan a un coronel por el secuestro, la tortura y el homicidio de Sabalsagaray”, Montevideo, 20 de febrero de 2006. Diario La República, “Hermana de Nibia Sabalsagaray pide acceso al expediente penal por el caso de la estudiante secuestrada, torturada y asesinada por el OCOA”, Montevideo, 8 de marzo de 2006. Diario El País, “Acusan un ‘exterminio de opositores’”, Montevideo, 30 de mayo de 2006.

¹⁵⁵Diario la República, “SERPAJ propone clases de derechos humanos para la Policía”, Montevideo, 1 de febrero de 2007.

¹⁵⁶URU/05/007, Apoyo al plan nacional de educación en derechos humanos.

posiciones de poder (en las cúpulas castrenses o diplomáticas) en Uruguay, constituyen un problema no resuelto que tampoco ha sido abordado seriamente por los gobiernos en ejercicio. En todos casos, las soluciones encontradas siguen teniendo una magnitud política e individual y no una de carácter sistémico que plantee mecanismos de *vetting* con el objetivo de cambiar la cultura de protección a los derechos humanos en el seno del Estado.

A ese propósito, es relevante destacar que en América Latina, la tradición jurídica de aplicar los principios inherentes al debido proceso, de legalidad y de irretroactividad (artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) seguida a nivel interno por los Estados, le da poco margen a los Estados para aplicar los mecanismos de *vetting* sin violar las disposiciones del debido proceso. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acompaña ese tipo de razonamiento en sus fallos en materias similares¹⁵⁷.

También, de forma más indirecta, sería necesario avanzar en otros tipos de reformas que transformen la cultura de procedimiento penal uruguayo. En ese sentido, la organización del derecho procesal penal uruguayo sigue siendo inadaptada para un Estado preocupado por el respeto de los derechos humanos y del debido proceso legal¹⁵⁸. En ese sentido la jerarquía que posee el derecho internacional en la arquitectura jurídica uruguaya es un verdadero obstáculo para la aplicación en el orden interno de normas de *jus cogens* universalmente aceptadas.

El problema es doble, por una parte el sistema normativo dificulta la aplicación del derecho internacional, y por otra, los operadores no están preparados para aplicarlo. En otros términos, hay lagunas importantes que se deben a imperfecciones normativas, pero también a problemas en materia de educación de los derechos humanos a todos los niveles. Esta laguna en materia de educación es problemática también en la formación de los funcionarios vinculados con las Fuerzas Armadas o la seguridad ciudadana, en particular.

¹⁵⁷ Ver por ejemplo, Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001.

¹⁵⁸ Recordemos que Uruguay sigue teniendo un proceso penal de tipo inquisitivo y no uno acusatorio, como es recomendado para garantizar de forma más eficaz los derechos del imputado. Para mayor información sobre el sistema procesal penal uruguayo, referirse al Reporte de la Justicia 2006-2007 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol> (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

VII. Políticas de memoria

A continuación proponemos una descripción de los diversos mecanismos empleados desde el Estado o desde los municipios, con el objetivo de operar sobre la memoria colectiva de lo acontecido durante la dictadura. También, como hemos anunciado en las secciones anteriores, haremos una reseña de los problemas principales vinculados con la lectura del pasado violento, que surgieron a raíz de la implementación de los diversos mecanismos de justicia transicional.

Las conmemoraciones, actos públicos, apertura de museos y las distintas políticas en materia de memoriales fueron desarrollándose a lo largo de los años y, más precisamente a partir de la entrada al poder de la izquierda en 2005.

1. Archivo Nacional de la Memoria

En noviembre de 2006, un proyecto de ley para la creación de un archivo de la memoria¹⁵⁹ es sometido a consideración en la Cámara de Representantes¹⁶⁰.

El objetivo del archivo –previsto en el artículo 2 del proyecto– es la promoción de “la importancia de la vigencia de los derechos humanos y de la democracia mediante el pleno ejercicio del derecho individual y colectivo a la verdad, a la memoria y al acceso a la información pública sobre las violaciones a los derechos humanos por parte del Estado, ocurridas en el período comprendido entre el 9 de febrero de 1973 y el 1° de marzo de 1985”.

El proyecto prevé que el Archivo Nacional de la Memoria deberá concentrar todos los documentos de los organismos públicos y poderes del Estado en lo concerniente al período correspondiente a la dictadura militar (artículo 11). El proyecto se encontró frente a críticas por parte de historiadores de mucho renombre, que veían que la creación del archivo implicaba un desmembramiento de otros archivos y la pérdida de integridad de los documentos en relación a su contexto¹⁶¹. Esta cuestión es relevante, en la medida que pone en evidencia el tema de la voluntad política cargada de **buenas intenciones** con el objetivo

¹⁵⁹ Cámara de Representantes, Repartido 847 de noviembre de 2006. Carpeta 1486 de 2006.

¹⁶⁰ Diario La República, “Diputados: fue aprobada la creación del archivo nacional de la memoria”. Montevideo, 9 de agosto de 2007.

¹⁶¹ Diario el País, “Historiadores contrarios al archivo de la memoria”, 29 de agosto de 2007: “La documentación referente al período de la dictadura es parte de un archivo que da cuenta del proceso de modificación de los mecanismos de control social del Estado uruguayo. Sólo su integridad permite comprender en qué medida se perfeccionaron, radicalizaron o transformaron las técnicas de investigación de la policía en la etapa que nos ocupa”.

de producir resultados simbólicos, y las consideraciones científicas e historiográficas que no siempre acompañan esas buenas intenciones. En este caso, los historiadores explicaban que lo primero iría en detrimento de lo segundo.

2. Museo de la Memoria

El 19 de abril se abrió el Museo de la Memoria que “promoverá en forma activa la paz, los derechos humanos y la memoria de las luchas populares por la libertad, la democracia y la justicia social”¹⁶².

La creación del museo se llevó a cabo a través de un convenio entre la Intendencia Municipal de Montevideo, el Ministerio de Cultura y organizaciones sociales de derechos humanos. El museo es visto como un espacio de difusión de la memoria de carácter testimonial utilizando diversos medios (escrito, audiovisual, gráfico, entre otros) y con el objetivo de “impedir el olvido, para la educación para la paz, la justicia social, y educación y reflexión sobre la violación a los derechos humanos sobre las dictaduras del cono sur”.

El museo fue inaugurado en la casa quinta de un dictador uruguayo del siglo XIX, Máximo Santos (presidente de 1882-1886), buscando precisamente **resemantizar** el valor simbólico del museo¹⁶³. Notemos también que otras experiencias museológicas inspiraron al museo de la memoria en Uruguay, como por ejemplo el Museo del Holocausto, en Berlín, y el Museo del Arte y la Memoria de Santiago de Chile (Fundación Salvador Allende)¹⁶⁴.

Por último, es relevante mencionar que el museo de la memoria contó con algunas críticas, particularmente aquellas según las cuales la memoria sería parcial, y no tendría en cuenta los crímenes cometidos por la guerrilla. Una vez más, volvemos a esos mecanismos de la memoria por parte de los sectores de la derecha uruguayo que implican –cada vez que se evoca la dictadura– la necesaria mención al actuar de las guerrillas.

3. La biblioteca de la memoria

En 2007 se creó la biblioteca de la memoria en el seno de la Dirección de Derechos Humanos en el Ministerio de Cultura¹⁶⁵ (MEC).

¹⁶² Ver, http://www.presidencia.gub.uy/_Web/noticias/2007/04/2007041915.htm (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹⁶³ Diario El País, “La llama de la memoria en la vieja quinta de Santos”, Montevideo, 8 de diciembre de 2007.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ver sitio Web de la Biblioteca: http://www.mec.gub.uy/ddhh/biblioteca_memoria.html (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

La biblioteca fue llamada Biblioteca del Nunca Más Terrorismo de Estado. Surgió de un convenio entre la Dirección de Derechos Humanos del MEC y la Suprema Corte de Justicia. Reúne los libros requisados en allanamientos en tiempos de dictadura (el sitio Web del MEC se refiere a los tiempos del terrorismo de Estado) y que se encontraban en manos del Poder Judicial.

4. Día del Nunca Más

El 26 de diciembre de 2006 fue establecido el Día del Nunca Más, para ser celebrado todos los 19 de junio. Esa fecha corresponde al natalicio de José Gervasio Artigas, el **máximo prócer** uruguayo, celebrado como el héroe y fundador de la nacionalidad oriental. En el mismo decreto, además de crearse el Día del Nunca Más ¹⁶⁶ se consideraba cerrada **la primera etapa**¹⁶⁷ de la investigación sobre desapariciones dejando encargada a una secretaría de seguimiento la recolección y la búsqueda de datos sobre desaparecidos, y se manda publicar los resultados de la investigación¹⁶⁸.

Las declaraciones del presidente Vázquez en oportunidad de la creación por decreto presidencial del Día del Nunca Más han generado polémicas en torno al significado que se le debe dar a ese día¹⁶⁹. El presidente expresó:

ese día, que es un día de encuentro de la mayoría de los uruguayos con sus raíces, debe ser también el día del compromiso a que nunca más sucedan hechos de intolerancia y violencia entre los ciudadanos uruguayos¹⁷⁰.

Las organizaciones de derechos humanos y algunos sectores de izquierda, entendieron que el **nunca más entre uruguayos** significaba que el gobierno estaba avalando las interpretaciones del pasado que daban crédito a la teoría de la guerra con dos bandos que

¹⁶⁶ Fue muy criticada la manipulación histórica de esa fecha. También hubo críticas en torno al método empleado. Algunos consideraban que hubiese sido mejor, y en acuerdo con las disposiciones constitucionales, crear ese día por vía de una ley. Diario El País, "El Nunca Más", Montevideo, 29 de diciembre de 2006.

¹⁶⁷ Diario El País, "El gobierno pone fin hoy a una etapa sobre derechos humanos", Montevideo, 25 de diciembre de 2006.

¹⁶⁸ Diario la Nación, "Uruguay ya tiene su Día del Nunca Más", Buenos Aires, 27 de diciembre de 2008. Diario El País, "Enredando las fechas patrias", Montevideo, 29 de diciembre de 2006.

¹⁶⁹ Radio El Espectador, "Día del 'Nunca Más': una pifia del gobierno", Montevideo, 28 de mayo de 2007, en: <http://www.espectador.com/nota.php?idNota=96383> (disponible en línea al 30 de julio de 2009). Diario El País, "Fecha para dividir", Montevideo, 15 de enero de 2007.

¹⁷⁰ Ver en: http://www.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2006/12/2006122603.htm (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

se enfrentaron y con caídos de ambos lados¹⁷¹. También los sectores de derecha reclamaban una mayor condena de la guerrilla en el significado del **nunca más**¹⁷². Las críticas fueron de tal magnitud que el propio presidente se vio obligado a **aclarar** su postura en cuanto al significado del Día del Nunca Más, enunciando que “Cuando dijimos de conmemorar el Día del Nunca Más, hablamos de nunca más terrorismo de Estado, nunca más violaciones a los derechos humanos, nunca más jóvenes muertos”¹⁷³. Más tarde, el mismo presidente explica que el **nunca más** incluye un **nunca más terrorismo de Estado** (como era reclamado por las organizaciones de derechos humanos) “pero que no se agota en él”¹⁷⁴, poniendo en evidencia un ejercicio de equilibrista entre las distintas posturas del espectro político y de la sociedad civil.

La primera conmemoración del Día del Nunca Más durante el año 2007¹⁷⁵ estuvo marcada por divisiones¹⁷⁶ en las diversas instituciones sociales, religiosas¹⁷⁷, políticas¹⁷⁸ y en el seno de la propia izquierda. Las organizaciones de derechos humanos tampoco llamaron a participar al evento¹⁷⁹. En oportunidad de la segunda conmemoración, el presidente uruguayo dijo que los “uruguayos debemos decir nunca más a la intolerancia, nunca más al desencuentro... nunca más al enfrentamiento... nunca más al terrorismo de Estado, y que sea el

171 Diario El País, “Las heridas del pasado complican a Vázquez”, Montevideo, 7 de abril de 2007. Diario El País, “Madres y Familiares se distancian de Vázquez”, Montevideo, 13 de abril de 2007.

172 Diario El País, “La Historia por decreto”, Montevideo, 20 de enero de 2007.

173 Diario El País, “Vázquez citó un cónclave por el ‘Día del Nunca Más’”, Montevideo, 29 de mayo de 2007.

174 Diario la República, “Vázquez explica el Nunca Más hoy a ministros y legisladores del FA”, Montevideo, 4 de junio de 2007.

175 Diario la República, “Civiles, militares y policías convocados por el presidente Vázquez proclaman el Nunca Más”, Montevideo, 19 de junio de 2007. Agencia AFP, “Uruguay conmemora Día del Nunca Más contra la violencia y la dictadura”, 19 de junio de 2007.

176 Agencia AFP, “Protesta radical contra el Día del Nunca Más en Uruguay deja 4 detenidos”, 19 de junio de 2007.

177 Diario la República, “Onajpu dio libertad de acción; Iglesia Metodista apoya el Día del Nunca Más”, Montevideo, 19 de junio de 2007.

178 Agencia AP, “Divisiones políticas antes de acto en Uruguay”, 18 de junio de 2007. Diario la República, “Grupo de Pedro Bordaberry confirmó participación en el Día del Nunca Más”, Montevideo, 19 de junio de 2007. Diario la República, “Los comunistas no vamos a ir”, Montevideo, 3 de junio de 2007.

179 Diario la República, “El PIT-CNT no convoca; Castillo anunció que no asistirá a la plaza”, Montevideo, 19 de junio de 2007.

camino del diálogo y el camino del entendimiento y la concordia los que marquen el futuro de nuestro país”¹⁸⁰. También en esa oportunidad, el acto dividió a las ONG de derechos humanos y a los sectores políticos¹⁸¹.

5. Monumento a los desaparecidos y placas en las escuelas

El 10 de julio de 2001, el parlamento aprueba por Ley 17.365 designar una escuela pública de Montevideo con el nombre “Zelmar Michelini”¹⁸².

El 10 de diciembre de 2001, coincidiendo con el aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se inauguró en la ciudad de Montevideo un monumento a la memoria de los desaparecidos uruguayos¹⁸³. La ciudad de Montevideo, junto con organizaciones de derechos humanos, impulsó su creación. Se trata de una galería de cristal en la cual constan los nombres de todos los desaparecidos uruguayos¹⁸⁴.

El 11 de abril de 2007 se firmó un acuerdo de cooperación entre la Dirección de Derechos Humanos del MEC y la Escuela Nacional de Bellas Artes para la implementación de un proyecto de colocación de placas recordatorias de estudiantes y docentes víctimas del terrorismo de Estado en las escuelas públicas¹⁸⁵. El 19 de mayo de 2009, el IABA (Instituto Alfredo Vázquez Acevedo) –centro educativo de gran importancia en Uruguay– colocó una placa conmemorativa para recordar a estudiantes, docentes y funcionarios desaparecidos durante la dictadura¹⁸⁶.

¹⁸⁰ AFP, “Presidente uruguayo conmemora en Cuba el ‘Día del Nunca Más’”, 20 de junio de 2008.

¹⁸¹ Diario La República, “Nunca Más: una fecha para la reflexión y significados múltiples”, Montevideo, 19 de junio de 2008.

¹⁸² Ya hemos hecho mención al legislador uruguayo asesinado el 20 de mayo de 1976 en Buenos Aires, junto con otro legislador, Gutiérrez Ruiz, y dos militantes de izquierda, Rosario Barredo y William Whitelaw.

¹⁸³ Agencia Reuters, “Inauguran en Uruguay monumento en memoria de los desaparecidos”, 10 de diciembre de 2001.

¹⁸⁴ Para una descripción arquitectónica del lugar ver <http://www.trama.com.ec/espanol/revistas/articuloCompleto.php?idRevista=6&numeroRevista=82&articuloId=64> (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹⁸⁵ Ver http://www.mec.gub.uy/ddhh/educacion_divulgacion.html# (disponible en línea al 30 de julio de 2009).

¹⁸⁶ Diario La República, “Una placa en el IAVA recuerda a desaparecidos”, Montevideo, 20 de mayo de 2009.

6. Marchas del silencio

A partir de 1996, en vista de la falta de avances en materia de investigación sobre el paradero de los desaparecidos¹⁸⁷, comenzó a organizarse una forma de protesta pacífica, llamada Marcha del Silencio, en el centro de la Capital, convocada por las organizaciones de derechos humanos (particularmente Madres y Familiares de Detenidos-Desaparecidos) para protestar contra el no cumplimiento del artículo 4 de la ley de caducidad¹⁸⁸, reclamar la verdad sobre los desaparecidos de la dictadura¹⁸⁹ y también justicia para las víctimas de la dictadura. La fecha elegida para la realización de esa manifestación es el 20 de mayo, que corresponde a la fecha en la que fueron asesinados los dos legisladores uruguayos (Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz) junto a los dos militantes del Movimiento de Liberación Nacional (Rosario Barredo y William Whitelaw).

La marcha se ha convertido hoy en un momento de concentración anual del movimiento de derechos humanos en Uruguay en la cual participan decenas de miles de personas¹⁹⁰, incluyendo a individuos que se identifican con las consignas de verdad y justicia sin por ello ser militantes en una ONG de derechos humanos. En la edición de 2008, además de los reclamos por la verdad, los participantes de la marcha promovieron la colecta de firmas con el propósito de convocar a un referéndum para la anulación de la ley de caducidad¹⁹¹. La marcha del 20 de mayo de 2009 contó con una participación muy importante por parte de la ciudadanía¹⁹².

A pesar de haber nacido en abierta contradicción con la política del gobierno en materia de derechos humanos, a partir de 2005 la marcha del silencio –ya inserta en el espacio público simbólico uruguayo– contó con la participación de autoridades del Poder Ejecutivo preocupadas por marcar una ruptura con los gobiernos anteriores y

¹⁸⁷ Agencia Reuters, “Gobierno uruguayo inmutable ante presiones por desaparecidos”, 3 de abril de 1998. Agencia AFP, “Marcha del Silencio en Montevideo cuestiona ‘punto final’ sobre desaparecidos”, 21 de mayo de 2003.

¹⁸⁸ Obliga al Estado a investigar el paradero de los desaparecidos.

¹⁸⁹ Allier Montaño, Eugenia, “La mémoire et l’oubli dans l’espace public: les violations des droits humains en Uruguay, 1985-2001”, en Barril, Claudia (dir.) *et al*, *Le public en action, l’Harmattan*. Paris, Francia, 2003, págs. 273 a 292.

¹⁹⁰ Agencia Associated Press, “Uruguay: marcha en silencio por los desaparecidos”, 20 de mayo de 2004.

¹⁹¹ Diario la República, “Nueva multitudinaria Marcha del Silencio exigió ‘verdad y justicia’”, Montevideo, 21 de mayo de 2008.

¹⁹² Diario la República, “La mayor ‘Marcha del Silencio’ desde 1996”, 21 de mayo de 2009.

posicionarse como portadoras de las temáticas del movimiento de los derechos humanos¹⁹³.

7. Los problemas que surgen de la lectura del pasado violento

En el caso de Uruguay, el tratamiento del pasado violento por parte de la clase política (sector del presidente y de una parte del Frente Amplio, del Partido Colorado y del Partido Nacional) desemboca en el reconocimiento de la existencia de un conflicto bélico en el cual habría habido **caídos** en ambos bandos¹⁹⁴, con los excesos propios de un estado de guerra. Esa apreciación es reflejada tanto en los tratamientos legislativos paralelos (en el caso de las amnistías, lo hemos visto, siempre fueron presentadas como instrumentos paralelos a pesar de no serlo) como en los discursos, o en los actos simbólicos (Día del Nunca Más¹⁹⁵). En la parte consagrada a las reparaciones, se ha mencionado el polémico proyecto de ley de reparación¹⁹⁶ (proyecto García Pintos). A pesar de ello, lo hemos visto en la sección de reparaciones, se han elevado voces para protestar contra esa visión del pasado, tanto en el seno de la sociedad civil como dentro del partido de gobierno.

Esa falta de consenso en cuanto a un relato común de lo ocurrido es perceptible incluso en el seno del propio gobierno. El día del **nunca más entre uruguayos** es muy diferente de la biblioteca de la memoria para **nunca más terrorismo de Estado**, creada por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Cultura. No se trata aquí del mismo **nunca más**¹⁹⁷. Los objetivos planteados en oportunidad de la creación del Museo de la Memoria tampoco corresponden a esa visión de la existencia de un conflicto bélico entre el Estado, por un lado, y la sedición, por otro lado.

¹⁹³ Agencia AFP, “Presidente Tabaré Vázquez asistirá a Marcha del Silencio por desaparecidos”, 20 de mayo de 2005. Agencia AFP, “Uruguay recuerda a los desaparecidos en un nuevo contexto político”, 20 de mayo de 2005.

¹⁹⁴ Teoría de los dos demonios. Para más información sobre la teoría de los dos demonios, referirse a Lefranc, Sandrine, *Políticas del perdón...*

¹⁹⁵ Hemos hecho referencia al hecho que el presidente Vázquez se refiere a un Nunca Más entre uruguayos. Esa expresión fue muy mal recibida por los sectores de defensa de los derechos humanos.

¹⁹⁶ Diario El País, “Las heridas del pasado complican a Vázquez”, Montevideo, 7 de abril de 2007.

¹⁹⁷ El Servicio Paz y Justicia, el 18 de junio de 2007, es decir, la víspera del Día del Nunca Más, emitió un comunicado en el cual declara: “entendemos inconveniente el contexto en que se ha definido este ‘Día del Nunca Más’, así como la falta de precisión conceptual”.

En Argentina el relato de lo ocurrido parece ser más coherente y claro desde las estructuras del Estado, en armonía con la interpretación de las ONG de derechos humanos. El reciente cambio del prólogo del reporte de la CONADEP (*Nunca Más*) para eliminar todo los indicios de la teoría de los dos demonios es un indicador de ello¹⁹⁸. Hoy en Argentina, se intenta construir un relato para el conjunto de la sociedad sin pasar por retóricas de la existencia de un conflicto bélico o de los dos demonios.

Conclusión y recomendaciones

En el desarrollo de este trabajo, se ha podido ver que el avance de la justicia transicional en Uruguay se llevó a cabo de forma dispareja, a pesar de haber tenido un gran impulso en el correr de los últimos años, y de forma más decidida desde que el gobierno de Tabaré Vázquez asumió el poder.

Lo hemos mencionado, Uruguay transita hacia la democracia a través del acuerdo político y del voto ciudadano, siempre manteniendo la estabilidad de los conflictos atemperando las demandas maximalistas¹⁹⁹. También aparece el rol central de los partidos políticos, verdadero eje y centro de la matriz político-cultural uruguaya, así como medio idóneo como para canalizar los conflictos²⁰⁰.

El objetivo de la transición uruguaya era cerrar un paréntesis bárbaro en el cual Uruguay no se pareció a sí mismo, en el que los principales aspectos del imaginario colectivo nacional fueron puestos en tela de juicio. La transición pretendía reencontrarse con la realidad anterior a la dictadura, momento en que imperaba el Estado de Derecho y la civilidad de forma excepcional.

En Uruguay, el espacio público estuvo ocupado –en la década de los 90– por un discurso consensual que apuntaba a una clausura definitiva de la temática de los derechos humanos por parte de los partidos políticos. Esa realidad se vio reforzada por el enorme peso político del referéndum dentro del imaginario colectivo uruguayo. Nos hemos referido a la importancia que adquiere la democracia directa

¹⁹⁸ Ver La Nación, “Controversia por el prólogo agregado al informe ‘Nunca Más’”, Buenos Aires, 19 de mayo de 2006.

¹⁹⁹ Real de Azúa, Carlos, *Uruguay: ¿una sociedad amortiguadora?* Banda Oriental, Montevideo, 1985.

²⁰⁰ Chasqueti, Daniel y Daniel Buquet “La democracia en Uruguay: una partidocracia de consenso”, en: *Revista Política*, Vol. 42. Santiago, Chile, otoño de 2004, págs. 221-247.

en el sistema político-cultural uruguayo en el período de transición²⁰¹ aunque, al fin de cuentas, un referéndum no le da más o menos validez jurídica a una ley sobre derechos humanos fundamentales²⁰².

En cuanto al tema de la amnistía, hemos visto que la ley de caducidad vino a resolver un dilema crucial para llegar a la vigencia del Estado de Derecho. La relación entre amnistía y consolidación democrática debe ser vista primero como una relación *sine qua non*. La amnistía era, en ese caso, una precondition y también el verdadero centro de gravedad de la transición. Funcionaba como un punto de tensión entre el pasado y el futuro, entre autoritarismo y democracia, entre violaciones del pasado y violaciones del futuro.

Pero con el paso del tiempo no podemos tener la misma lectura, a pesar de que la amnistía sigue vigente. Hoy, la relación de dependencia entre impunidad y Estado de Derecho no es tan clara. El tratamiento actual de la impunidad es más bien un indicador de la buena salud de la democracia uruguaya, en la medida en que el cuestionamiento de la amnistía no es tan susceptible de desestabilizar el sistema como lo fue en el pasado.

De allí podemos emitir una interrogante, que puede ser leída de forma polémica: ¿acaso la amnistía ejerció algún tipo de funcionalidad? En caso afirmativo, la amnistía habría generado las condiciones para la transición, pero también las condiciones para su propia puesta en tela de juicio a medida que la democracia la digería. Esa última etapa podría ser un prerrequisito esencial para la consolidación democrática uruguaya. En esta tesitura, la amnistía se encuentra lejos de la órbita jurídica, para asentarse cómodamente, como su artículo tres lo determina, en la esfera política.

De lo anterior surge la importancia central de priorizar una perspectiva de largo plazo a la hora de analizar este proceso, en el cual fueron activándose mecanismos propios de la justicia transicional. Sin embargo, los factores explicativos parecen ser más complejos. Por ejemplo, vale mencionar lo relativo a la democracia directa y a la matriz política electoral uruguaya que permiten entender la permanencia de la ley de caducidad a pesar de su perforación actual. Asimismo, la ley de amnistía uruguaya pone sobre la mesa un debate delicado referido a la relación entre democracia directa y derechos humanos.

²⁰¹ Rilla, José "Uruguay 1980: transición y democracia plebiscitaria"... , págs.77-83. Hace incluso alusión al concepto de **democracia bifronte** o a una democracia delegativa al revés.

²⁰² López Goldaracena, Óscar, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*. Serpaj, Montevideo, Uruguay, 2006, pág. 81.

De seguro el proceso uruguayo se nutrió e influyó de otras realidades regionales y universales. Julio María Sanguinetti nunca escondió su admiración hacia la salida de la dictadura en España. La ley de amnistía a los militares uruguayos es contemporánea de la ley de punto final argentina; las leyes de reparación uruguayas se parecen mucho a las implementadas en Argentina durante los gobiernos de Menem y Kirchner. Los mecanismos que pretenden operar sobre la memoria colectiva, como los museos o los archivos, recuerdan lo que ocurre en Chile, Argentina o Paraguay. Asimismo, los dispositivos de búsqueda de la verdad, las confesiones, o la Comisión para la Paz, se inspiran de realidades y modelos regionales y universales. Por último, las estrategias de lucha contra la impunidad, que atraviesan las amnistías por diversos medios, demuestran esa inserción del proceso uruguayo dentro de un sistema de miradas cruzadas regionales y universales, constitutivas de nuevos paradigmas de justicia.

Por lo tanto, el proceso uruguayo debe ser pensado en claves nacionales para explicar sus peculiaridades, pero también en claves internacionales para entenderlo como constitutivo y constituyente de un paradigma regional en materia de justicia transicional.

En cuanto a la relación entre la amnistía uruguaya y el ambiente externo, es pertinente evaluarla desde un doble sentido: por un lado, la amnistía uruguaya pone al desnudo un problema de interfaz entre el derecho interno uruguayo y la protección internacional de los derechos humanos. Por otro lado, paradójicamente, Uruguay se encuentra hoy en una posición única para hacer un aporte al sistema internacional y a la región. Aquello que Uruguay decida sobre la amnistía, y cómo lo decida, puede contribuir a consolidar de forma decisiva la nueva intolerancia en la región en lo que se refiere a las amnistías a favor de los responsables por violaciones masivas a los derechos humanos. Una vez más, el mensaje puede ser el medio, y sería capital que uno de los únicos países en el mundo que ratificó una amnistía por referéndum pueda declararla nula (en la medida en que es percibida como una amnistía que goza de una legitimidad particular).

Un proceso incompleto e insuficiente

A pesar de los adelantos positivos en distintas áreas de la justicia transicional, se ha visto en este trabajo que Uruguay sigue teniendo un proceso incompleto que no satisface las necesidades de justicia, de verdad, de prevención y de reparación para las víctimas.

El hecho de que no existiera una verdadera Comisión de Reconciliación que se preocupara por llegar a la verdad y no solamente a una verdad posible; el hecho de que no exista un relato oficial sobre

lo ocurrido que se aparte netamente de la teoría de los dos demonios, o el hecho de que siga en pie una ley de amnistía justificada –en el mejor de los casos– por una extemporánea necesidad de consolidar la democracia, son tantos elementos que nos permiten concluir que lo hecho hasta ahora sigue siendo insuficiente.

Recomendaciones

Es muy probable que seamos testigos de cambios sustanciales en materia de justicia transicional en Uruguay. A pesar de ello, sería necesario avanzar de manera más profunda en cada una de las temáticas fundamentales de la justicia transicional, teniendo en cuenta que todas funcionan de forma holística, potenciándose unas a otras.

Justicia. En materia de Justicia ya nos hemos referido a la necesidad de anular la ley de amnistía a los militares. Hoy en día no existe un peligro para la institucionalidad democrática uruguaya; el militar ya no se encuentra en posición de dictar sus condiciones al poder civil.

A su vez, y en relación con lo anterior, sería conveniente que se exploren otras formas de llegar a la anulación de la amnistía diferentes a la vía referendaria. Además del peligro que significaría la eventual derrota en esos comicios, también se estaría desvirtuando el principio que resguarda los derechos fundamentales de los individuos por sobre las mayorías. Los derechos humanos no pueden ni deben estar sometidos a eventuales fluctuaciones del electorado por medio del ejercicio de la democracia directa²⁰³. El único actor legítimo que debería actuar en ese tipo de instancias es un Poder Judicial independiente de los otros poderes. A ese respecto, la Suprema Corte de Justicia debería solicitar al Poder Legislativo –luego de un examen de constitucionalidad²⁰⁴– que expida un acto legislativo anulando la ley de amnistía (recordemos que las declaraciones de inconstitucionalidad realizadas por la Suprema Corte únicamente tienen efectos para el caso particular²⁰⁵).

La declaración de inconstitucionalidad que hemos mencionado es un paso en ese sentido, pero es insuficiente en la medida que se trató de una declaración política sin fuerza jurídica, y que no

²⁰³López Goldaracena, Óscar, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad...*, pág. 81: “Hemos puesto reiteradamente un ejemplo: si por votación popular estableciéramos la esclavitud ¿estaríamos sancionando una norma substancialmente válida? No. Sería nula; absolutamente nula por ir contra normas y principios de derechos humanos que se encuentran por encima de la disponibilidad de los Estados; sería nula e inconstitucional aunque contara con un respaldo político y social”.

²⁰⁴Artículo 240 de la Constitución.

²⁰⁵Artículo 256, 257 y 258 de la Constitución.

correspondió a una solicitud de la Suprema Corte luego de un estudio de constitucionalidad.

A su vez sería positivo que se ejerciera presión externa para impulsar al gobierno uruguayo a anular esa ley. Sería particularmente interesante observar lo que ocurriría en el caso Gelman²⁰⁶ si este fuera presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se puede imaginar que la presión externa facilitaría o permitiría al gobierno uruguayo la legitimación de ciertas decisiones impopulares (como el hecho de anular una ley ratificada por referéndum). En este caso, el papel que le tocaría jugar a la Comisión Interamericana (al decidir enviar el caso ante la Corte Interamericana) sería esencial.

Por último, es primordial que los operadores jurídicos uruguayos sigan insistiendo en las estrategias de perforación de la ley de caducidad, y ello con un doble objetivo. Por un lado, para seguir vaciando la ley de su contenido, haciéndola cada vez más vulnerable a una anulación, y por otro lado para avanzar en la aplicación de la justicia retributiva clásica a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos.

Verdad. Se ha mencionado en este trabajo que Uruguay, contrariamente a Argentina o Chile, no contó con una Comisión de la Verdad propiamente dicha. Las iniciativas que hasta el momento se han llevado adelante, si bien han logrado avances sustanciales en otros aspectos no han dado resultados conclusivos en cuanto a la averiguación del paradero de los desaparecidos. Tampoco se han tratado otros tipos de violaciones a los derechos humanos como, por ejemplo, la tortura o la prisión política, que constituían los principales métodos represivos de la dictadura.

Reparaciones. En cuanto a las reparaciones, el poder legislativo tendría que adoptar un proyecto de reparación integral a las víctimas, procurando, en la medida de lo posible y en cuanto sea pertinente, seguir los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, de 2005. Recordemos que uno de los proyectos presentado por Crysol hace más de dos años, retoma gran parte de esos lineamientos.

²⁰⁶El 20 de enero de 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concedió una prórroga al Estado uruguayo para cumplir con las recomendaciones. Ver Diario La República, “Caso Gelman: prórroga de 6 meses al Estado uruguayo”, Montevideo, 21 de enero de 2009.

De cualquier forma, el Estado debería buscar una fórmula para que las víctimas y a sus familiares no se sientan agraviados por la eventual inclusión del personal militar o policial dentro de la misma norma de reparación. Esto no implica que no se busquen formas de resarcir a los familiares de funcionarios del Estado, caídos en el ejercicio de sus funciones, como corresponde a cualquier Estado de Derecho, siempre y cuando no hubiesen sido resarcidos en el pasado, o lo hubiesen sido de forma insuficiente de acuerdo a los parámetros actuales. Se trataría, en suma, de no dar mensajes equivocados, las víctimas del terrorismo de Estado deben ser reparadas de forma autónoma, sin que se corra el riesgo de propiciar lecturas que den a pensar que las violaciones a los derechos humanos por parte del Estado son justificables por las acciones de la guerrilla.

Reformas institucionales. En el cuerpo del trabajo se hizo alusión al hecho que este pilar de la justicia transicional es el menos desarrollado de todos en Uruguay. Las garantías de no repetición figuran como una de las grandes deudas del Uruguay. En ese sentido, el Estado debería poner en practica mecanismos de *vetting* que alejen a los presuntos violadores de derechos humanos de cualquier cargo público, como garantía de no repetición, al igual que Argentina²⁰⁷ o Colombia²⁰⁸, Uruguay podría modificar su Constitución, y darle una jerarquía constitucional a los tratados en materia de derechos humanos. También sería importante desarrollar planes transversales de educación en derechos humanos, que abarquen varios ámbitos de educación formal, militar, funcional y profesional. Por ejemplo, se debería modificar las currículas de las escuelas militares o policiales para darle mayor importancia a los derechos humanos. Por último, es fundamental formar a los profesionales del derecho, y particularmente los operadores jurídicos nacionales, para que estos se encuentren en condición de aplicar el derecho internacional.

²⁰⁷ Artículo 75-22 de la Constitución de Argentina.

²⁰⁸ Artículo 93 de la Constitución de Colombia.

La lucha contra la tortura o la lucha contra la naturalización del horror: Comentarios sobre la tradición dialéctica oficial y nuestra aparente neutralidad como espectadores

*Gabriel Elías Ganón**

*“...Si esta cárcel sigue así
todo preso es político.
Un común va pestañear
si tu preso es político.
Obligados a escapar
somos presos políticos.
Reos de la propiedad
los esclavos políticos...”**.*

Introducción.

Consideraciones preliminares sobre los mecanismos de censura del lenguaje, el discurso jurídico y la interpretación

En la antigüedad, el reconocimiento del poder persuasivo de la palabra dio lugar a la aparición de diversos recursos oratorios dirigidos a lograr la adhesión de la voluntad de los oyentes. Es por eso que hoy

* Argentino, Director de la Defensa Pública del Departamento Judicial San Nicolás, Provincia de Buenos Aires. Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Maestría en Justicia Criminal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona. Profesor Asociado de Política Criminal y Criminología de Grado y Postgrado de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor de Postgrado de Sociología de Administración de Justicia en la Maestría Sistemas Penales Comparados de la Universidad de Barcelona y Universidad Nacional de Mar del Plata. Profesor Visitante de la Universidad del Cabo Occidental y de la University of East London becado por Foreign Office. Ex Becario del British Council y del Gobierno Canadiense para la investigación comparada de los sistemas judiciales. Especializado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el IIDH y en Oxford University. Investigador Calificado del Centro de Investigación y Estudios en Derechos Humanos. Profesor Juan Carlos Gardella de la Universidad Nacional de Rosario.

** Parte de la letra de la canción “Todo preso es político”, de la banda argentina de rock *Patricio Rey y sus redonditos de ricota*, conocida como *Los redonditos* y que desarrolló su música en los años 80.

nadie discute la multiplicidad de dimensiones que posee el lenguaje, como así tampoco la flexibilidad de sus medios de comunicación, que permiten adaptar el significado de las palabras a las diferentes situaciones e intenciones de los hablantes.

Sin embargo, –como a menudo ocurre– ciertos “intérpretes”, disociando la teoría de la práctica¹, pretenden siempre establecer dentro de un campo o cultura de entendimiento, los códigos fundamentales de su lenguaje.

De esta manera, no sin intenciones, pretenden reducir a la máxima expresión la invención, la interpretación y la creación para fijar todos los “sentidos comunes” y con ello nuestras ideas de “justicia”, “verdad” y “orden”.

En realidad, su pretensión de fijar de antemano las percepciones, los valores y las prácticas, nunca se sintetiza porque, como lo ha demostrado la historia, siempre ha existido un espacio mucho menos transparente, errático y confuso, en el que las acciones humanas logran despojarse de lo preordenado para responder a la particularidad de lo inmediato². Es cierto que la aceptación contundente de la inutilidad de estos términos causaría no sólo la muerte del deseo humano por buscar la “verdad” sino una frustración brutal.

Por eso, no por casualidad, desde los remotos tiempos griegos cualquier cuestionamiento a la enunciación de “verdades” ha sido tildado de peligroso y, por ende, luego reprimido. Así le ocurrió a Gorgias en la antigua Grecia cuando se atrevió a poner en jaque tanto la justicia de la *polis* como la justicia divina.

Este recuerdo lo he usado de ejemplo para poner de manifiesto cómo la humana voluntad de “poder-saber-verdad”³ se termina transformando en censura, creando todo tipo de mecanismos y procedimientos para controlar desde los resultados hasta los cuestionamientos, y en paralelo

¹ Existe una regresiva tendencia a la formulación de meras preguntas teóricas, que fue denominada por Gramsci como “bizantinismo” o “escolasticismo”. Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la cárcel, Tomo 4*. Edición Crítica del Instituto Gramsciano de Valentino Garretana, Coeditado por Ediciones Era y La Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1970, pág. 45.

² Ver, Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2002.

³ La voluntad de saber impone “al sujeto conocedor una cierta forma de mirar y una cierta función (ver más que leer, verificar más que comentar) una voluntad de saber que prescribía (y de un modo más general que cualquier otro instrumento determinado) el nivel técnico del que los conocimientos deberían investirse para ser verificables y útiles”. Foucault, Michel, *El orden del discurso*. Fábula Tusquet editores, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 21.

declamar alcanzada la “certeza” del hallazgo de la existencia de una única y verdadera interpretación. Esta ansiedad o determinación humana por “esclarecer”, “conocer” o “revelar” las razones últimas de las cosas se mantiene aún en la actualidad, aunque ya nadie discute su escaso –por no decir nulo– sentido en el campo de las ciencias sociales.

Sin embargo, explica tanto la distinción entre lenguaje común y científico como la imposición de círculos de censura para determinar las reglas de juego-consenso en el establecimiento de alguna “verdad” que sea formalmente reconocida. Este estado de situación ha proporcionado a las ciencias sociales –entre otras cosas–, un sinnúmero de beneficios epistemológicos. En este sentido, manifiesta Bourdieu, “la pertenencia a un grupo profesional ejerce un efecto de censura que va mucho más allá de los apremios institucionales o personales: hay cuestiones que no se presentan, que no se pueden presentar, porque tocan las creencias fundamentales que están en la base de la ciencia y en el funcionamiento de su campo científico”⁴.

Los prejuicios y beneficios de esta forma de decir o de hablar se continúan, no por casualidad, expresando con bastante claridad en el campo del derecho. De este modo, pueden comenzar a vislumbrarse algunas de las razones que han determinado al derecho como un campo disciplinario en el que el vallado interpretativo se ha expresado y se expresa con mayor crudeza.

Llegado a este punto, baste poner de manifiesto que esto ha ocurrido porque el derecho ha sido, es y será por mucho tiempo la matriz de la formalización simbólica de la violencia y que, por tanto, su eficacia depende de la rigidez de sus formas⁵. Por otra parte, aclara bastante el porqué de la insistencia permanente de los juristas en la utilización de la hermenéutica como herramienta de censura de alta refinación técnica, para volver previsible el proceso interpretativo⁶.

⁴ Bourdieu, Pierre, *Cosas dichas*. Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1987, pág. 21.

⁵ *Ibidem*, pág. 90. Este proceso de formalización-domesticación del derecho utiliza variados mecanismos que, en su caso, pueden hasta ser utilizados para legitimar o justificar la muerte o la tortura en estados de emergencia o estados de sitio. En estos momentos se suspende el derecho por una zona de no derecho, la cual el mismo derecho reconoce desde el inicio como necesaria. Estos espacios inciertos, que enmascaran la pura violencia, son cada vez más profundos y no hacen más que solidificar las tesis de Benjamin. Ver, Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Ed. Taurus, Barcelona, España, 1991; y, Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005.

⁶ Ver, Bauman, Zygmunt, *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Ed. Nueva

Por estas razones, ingresar en el análisis de la tortura como delito dentro del problemático y espinoso terreno jurídico, implicará que mis juicios generen más dudas de las que mi sentido común y el de los lectores serán capaces de asumir. Por eso, trataré de evitar las generalizaciones y las barrocas explicaciones, para limitarme a describir, quizás en forma tan confusa como errática, algunas estructuras y situaciones que arbitrariamente considero problemáticas en relación con la interpretación del delito de tortura y su prevención.

Una de ellas, quizás la que más me alarma, es la pausada y continua utilización de la palabra “tortura”, para denominar cualquier acción humana destinada a ocasionar sufrimiento extremo sobre otro ser vivo. Así, desde el cine, que produce películas como *Hostel*, en las que la tortura parece un negocio privado, hasta los medios de prensa que titulan “Animal torturado y maltratado... el jamelgo era utilizado por una pareja para recoger basura en la calles”; “Marido tortura a su mujer e hijas antes de asesinarlas y suicidarse saltando al vacío de un octavo piso”; “...delincuente somete a tortura a sus víctimas antes de despojarlas de su dinero...”, etc., se termina banalizando la “tortura” y eliminando su especial contenido político.

Esta distorsión discursiva del contenido histórico de la palabra “tortura” a través de un uso eufemístico, facilita, como intentaré explicar más adelante, tanto su justificación como la proliferación de todo tipo de mecanismos de negación de la misma.

Aunque las técnicas discursivas suelen ser amplias, continuaré con dos ejemplos de banalización del mal bastante comunes utilizados, por ejemplo, en mi país, la Argentina. El primero tiene que ver con el intento de equiparar –en la actualidad se encuentran abiertos numerosos procesos judiciales contra militares y policías– los crímenes de **lesa humanidad** cometidos por los agentes estatales con las acciones desplegadas en la misma época por grupos de civiles armados. El segundo, la introducción en el debate público de nociones como las siguientes: “¿acaso las víctimas de la delincuencia no tienen derechos humanos?”; “¿los derechos humanos son exclusividad de los delincuentes?”; “¿a dónde fueron a parar los derechos humanos de los humanos derechos?” (la frase publicitada en pleno mundial de

Visión, Buenos Aires, Argentina, 2002; Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la moral*. Ed. Alianza, España, 2000; Weber, Max, *Economía y sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944; Foucault, Michel, *Nietzsche, Freud y Marx. El cielo por asalto*. Buenos Aires, Argentina, 1995; Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas...*

fútbol del año 1978 realizado en Argentina y que fuera popularizada por la dictadura militar: “los argentinos somos derechos y humanos”). Este posicionamiento no es nuevo ni exclusivo de mi país de origen, pero implica un intento sostenido por parte de ciertos grupos poco democráticos, que intentan, decía antes, diseminar la confusión mediante la circulación de eufemismos. Los Derechos Humanos desde el punto de vista material y formal no son todos los derechos inherentes a una persona sino que son “las prerrogativas que tiene todo individuo frente a los órganos de poder para preservar su dignidad como ser humano”.

Por todo eso, parafraseando al gran loco de Turín⁷, intentaré tan sólo efectuar una serie de aseveraciones un poco temerarias y difícilmente comprobables. En este marco, me limitaré a plantear las dificultades que surgen del predominio, en la interpretación de la tortura como delito, de un sistema de preferencias que facilita a diversos actores sociales las herramientas esenciales para consentirla, tolerarla o negarla plácidamente sin la existencia de ningún tipo de remordimiento.

En este contexto explicativo, para evitar postergar la evaluación de la complejidad social que encierra la tortura como delito, es necesario –aunque no suficiente–, que se deje de pensar, como habitualmente ocurre, al torturador como un perverso subnormal o como una “manzana podrida”. Nada ha sido hasta hoy más funcional a la tortura que la simplificación analítica que en este sentido predomina en ámbitos políticos, judiciales, académicos y periodísticos. De hecho, al decir de Howard Becker⁸, los puntos de vista que se tienen sobre las conductas catalogadas formalmente como desviadas, quiénes las cometen y quiénes las condenan, casi nunca resultan coincidentes. Esto significa que como consecuencia de “hablar” de las particularidades patológicas del torturador, nos privamos de conocer el dónde, el cuándo, el cómo y el porqué de la tortura.

La tortura a través de la historia

Es necesario aunque no suficiente recorrer muy fugazmente su historia. Paradójico o no, la práctica de la tortura, condenada unánimemente desde el siglo XVIII y abolida formalmente desde

⁷ Nota de la editora. El autor se refiere a Friedrich Nietzsche.

⁸ Howard Becker. *Outsiders. Studies in Sociology of Deviance*. Free Press of Glencoe, New York. Hay edición en Castellano, *Extraños: Hacia la Sociología de la Desviación*, Siglo XXI Buenos Aires

hace más de doscientos años, no ha logrado evitar que la misma siga siendo un delito casi tan común como el hurto de una bicicleta⁹, como así tampoco que diariamente aparezcan “teorizadores” prestos a “justificar”, desde el empleo de la picana eléctrica hasta el exterminio masivo de distintos grupos étnicos, religiosos o sociales. Para dar un ejemplo reciente de la habitualidad de la tortura en el mundo basta citar al Reportero Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, Manfred Nowak, quien manifestó el 28 de octubre de 2008, ante el tercer Comité de la Asamblea General de Naciones Unidas, que la Tortura es frecuente e incluso una práctica estandariza a lo largo y ancho del mundo.

Por eso, para evitar nuestra tendencia habitual al engaño, resulta crucial como punto de partida recordar que la tortura, prohibida formalmente por las leyes del mundo, fue concebida, institucionalizada, ritualizada y codificada para desarrollar una muy específica función jurídico política.

Agregaría incluso que la determinación del significado de la palabra tortura a lo largo de la historia, lejos de esclarecer, oscurece el panorama, porque sus sentidos comunes, legales, políticos, etc., no pueden ser considerados parte de un devenir progresivo sino parte de una serie de acontecimientos materiales, azarosos y discontinuos, que no hacen más que revelarnos que lo que se dice en forma manifiesta sobre la tortura contiene otro sentido, siempre silenciado, que suele ser mucho más fuerte que aquel¹⁰.

Como adelanto, podría afirmar que de una manera u otra, los significados manifiestos y latentes de la tortura han permanecido indemnes al paso del tiempo aunque en ocasiones hayan sido intercambiados, excluidos o incluso yuxtapuestos.

Por eso, en cierta medida me pareció interesante mirar hacia el pasado para apreciar los diversos sentidos discursivos y prácticos de la tortura a través del paso del tiempo.

El proceso judicial y la tortura

La tortura fue utilizada como método de investigación en el proceso criminal o como castigo corporal que podía llevar a la muerte. Sin

⁹ Un claro ejemplo reciente son tanto las denuncias sobre las torturas en las cárceles de Abuh Graib y Guantánamo como también el pedido del gobierno estadounidense al congreso para que habilite a la CIA a aplicar tortura a sospechosos de terrorismo.

¹⁰ Foucault, Michel, *Nietzsche, Freud y Marx. El cielo por asalto...*

embargo, me veo obligado a aclarar que no por casualidad la tortura en la época grecorromana, por ejemplo, solo podía aplicarse a aquellas personas que no reunían el *status* ni de hombre ni de ciudadano, estos eran, los siervos y los esclavos¹¹.

Aunque el paso de los años permitió la extensión formal de su aplicación judicial a todas las personas, como siempre ocurre, muchos lograron –y lograrán– evitarla sólo porque tanto la vulnerabilidad como la riqueza ni se repartían ni se reparten equitativamente. Por eso no debe llamar la atención que ciertos sentidos interpretativos que se le han atribuido se mantengan uniformes y vigentes.

Hasta aquí debería quedar claro, en primer lugar, que a través del tiempo y del espacio lo que ha dado significación a la tortura es, entre otras cosas, la realización de un acto violento por parte de un funcionario estatal que lo ejecuta con un fin, sobre personas determinadas y generalmente vulnerables, y, en segundo lugar, que por este motivo estos actos violentos jamás se practicaron ni se practican “sin sentido”, ni se toleraron ni toleran ingenuamente.

Por estas razones se puede decir, siguiendo a Michel Foucault, que el objetivo principal del movimiento reformista que eliminó la tortura como parte del derecho a castigar, no fue consecuencia de la aparición de sentimientos de equidad o sensibilidad humanitarios hacia los pacientes que públicamente la sufrían, sino más bien la búsqueda de procedimientos que hiciesen más económica y efectiva la aplicación del castigo¹². Más precisamente, el cambio, lejos de producirse en las esencias, se produjo en el modelo simbólico de aplicación del castigo al modificarse la teoría del espectáculo judicial¹³.

¹¹ Ver, Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.

¹² Nos dice Foucault: “el sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo no son ya los elementos constitutivos de las penas. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos... un ejército de técnicos ha venido a relevar al verdugo anatomista del sufrimiento: los vigilantes, los médicos, los capellanes, los psiquiatras, los educadores. Por su sola presencia cantan a la justicia la alabanza de que aquella tiene necesidad: le garantizan que el cuerpo y el dolor no son los objetivos últimos de su acción punitiva”. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, Argentina, 1989, pág. 19.

¹³ Escribe Foucault: “el castigo tenderá, pues a convertirse en la parte más oculta del proceso penal... en el castigo espectáculo, un horror confuso brotaba del cadalso, horror que envolvía a la vez al verdugo y al condenado... es feo ser digno de castigo, pero es poco glorioso castigar” (Ibidem, pág. 17). Ver, para una explicación más detallada, además de la obra citada, Dreyfus, Hubert L. Paul Rabinow, *Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina, 2001, págs. 131 y ss.

Es posible incluso, decir que la tortura pública es reemplazada por un sinnúmero de actos judiciales dentro de los cuales la participación popular en la determinación judicial de la culpabilidad del acusado fue el más importante. Así, se va construyendo un nuevo, diferenciado y complejo entramado de relaciones que atraviesan, en forma más que compleja el discurso manifiesto y latente del derecho a castigar, y, con él, la abolición sólo formal del derecho a torturar.

Considero fundamentales algunas nociones para el análisis al que refiero. En la época medieval, la ejecución y la tortura pública se ubicaban dentro de ese conjunto de escrupulosos rituales de presentación que mezclaban fuertemente la idea de enemigo derrotado con la de delincuente. El estado de situación se visualiza con bastante claridad al observar cómo el poder soberano ultrajado por el acto criminal, lejos de buscar reestablecer el equilibrio, pretendía exhibir su fuerza en la forma, cayendo con toda la rudeza posible sobre el cuerpo del criminal. Estas atrocidades no producían conmoción moral alguna en sus ejecutores porque cumplían no una sino las tres condiciones –de acuerdo a Kelman¹⁴– necesarias para su legitimación: 1) acto de ejercicio de violencia autorizada oficialmente; 2) ejecutada rutinariamente por procesos preestablecidos, y 3) la completa deshumanización del paciente.

Con el paso del tiempo estos actos estatales de violencia perderán formalmente dos de sus condiciones para legitimar su ejecución. De esta forma, la Revolución Burguesa les quitará su autorización “oficial” o manifiesta y su inscripción como parte de rutinas preestablecidas del proceso penal. Sin embargo, la desaparición de estas condiciones será sólo superficial, porque su autorización como procedimiento de interrogatorio o de sanción se volverá tan latente como opaca a partir de la infracción a la ley, que desde el inicio quita grados de humanidad al infractor – tanto por su posición económico-social como por el tipo de delito cometido. Así, la consideración del delincuente como un enemigo alcanzado por la derrota continuará sobrevolando no solamente los discursos manifiestos como latentes de la legitimación-negación de la tortura, sino también ciertos planes de prevención del delito¹⁵.

¹⁴ Kelman, Herbert y Lee Hamilton, *Crimes of obedience*. Yale University Press, 1992.

¹⁵ Es común que se utilicen, en todos los ámbitos y por diversos actores sociales, las siguientes nociones: lucha contra la delincuencia; guerra contra las drogas y el narcoterrorismo; guerra contra el delito, etc.

En definitiva, tanto la magnificencia del proceso como la dureza con la que se desplegaba el uso de la fuerza del príncipe sobre el cuerpo del delincuente etiquetado como enemigo, se enmarcaba –no podía ser de otra manera– en la realización de un importante despliegue militar que develaban las dos caras de Jano del proceso: la de la lucha previa y la de la victoria¹⁶.

Así, la forma adoptada por el castigo en reemplazo de la tortura pública, la pena como privación de la libertad, fue una transformación en la técnica de la aplicación del sufrimiento presentada bajo cierto ropaje “humanitarista” y filantrópico. El análisis genealógico de Foucault¹⁷ establece con bastante claridad que la historia de la tortura nos impide siquiera pensarla como la acción “excepcional” de un “desviado” o como el ejercicio de la “brutalidad” sin ley por parte de representantes estatales. Insisto, los fundamentos originarios de la tortura que la previeron como arte o técnica ritualizada de ejercicio del poder, se mantienen en la mente de los torturadores y en la de los negadores intérpretes aunque no lo expliciten. Por ello, sigue siendo y seguirá siendo una técnica practicada por determinados funcionarios investidos de poder por el Estado para ejercer la violencia por “razones” circunstancialmente determinadas por ellos mismos, y que la ejercen como si ejerciesen el antiguo derecho de venganza del Estado antes de la llegada del derecho procesal y penal burgués que la abolió.

Claro que esta violencia, que en la actualidad formalmente se ha vuelto ilegítima, se sigue ejerciendo sobre determinadas personas a las que informal y previamente se les quita su *status* de “ciudadanas”. De este modo, es posible articular, como ya veremos, un sinnúmero de artilugios interpretativos que permiten ocultar su ilegalidad.

No es casualidad que en la actualidad, desde el momento en que se considera al delito como un “atentado” contra el Estado y a su autor como enemigo público, en forma sencilla los funcionarios con facultades para el ejercicio de la violencia, lo hagan en forma ilegal. De este modo, como decía, estos funcionarios suelen moverse en un espacio donde la línea que separa la violencia legal de la ilegal es prácticamente imperceptible. Tan imperceptible que su definición es resuelta en la práctica de la acción inmediata por ellos mismos. Esta

¹⁶ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar...*, pág. 56.

¹⁷ Sintetizando, la tortura además de acto de venganza y de demostración del poder, era un “arte” por medio del cual, al aplicarse públicamente sobre el cuerpo del acusado, probaba judicialmente la culpabilidad de aquel (Ibidem, págs. 108-136).

indeterminación no causal se vincula, al decir de Zygmunt Bauman¹⁸, en que la ley en su redacción o interpretación limita su preocupación –como decíamos– sólo a ciertas personas, los otros, los exentos o excluidos como, en este caso, los “criminales”, sólo les preocupan para mantenerlos siempre fuera de su dominio reglamentado. De hecho esto es lo que ocurre en el transcurso de los procesos punitivos.

Por este motivo, las leyes que deberían protegerlos contra la tortura nunca lo hacen, aunque formalmente lo declaren en sus “textos”, sencillamente porque no hay otra ley para los excluidos que la que los separa y los excluye. En este sentido, se manifiesta Agamben con su modelo de excluido –el *homo sacer*– su vida está desprovista de todo valor y, careciendo de valor, ni el matarlo podría constituir delito¹⁹.

Resulta interesante analizar ciertas similitudes existentes entre las facultades y funciones del verdugo medieval con las del policía moderno. Si bien el tiempo y los sistemas político-económicos los han separado, ambos fueron investidos por el Estado para aplicar la ley y utilizar la fuerza para someter la violencia del crimen²⁰.

Sin embargo, las diferencias para el cumplimiento de esa función, que a primera vista parecen ostensibles, sólo lo son en el terreno de las “formas” legales para el ejercicio de la violencia. Para ser franco, entre ambas existe una conexión más que contingente. Es cierto que las prácticas de los verdugos son encuadradas como ilegalidades intolerables, pero no por ello han desaparecido de la “acción” policial. Incluso parecería que en general el público se muestra indiferente cuando se le exhiben a través de los medios de comunicación imágenes de todo tipo de atrocidades cometidas en distintos lugares del mundo. Y aunque es cierto que conscientemente no se disfruta como antaño del desagradable espectáculo, sí se es casi indiferente al fenómeno. Quizás esa misma indiferencia sea la que impide generar piedad por las víctimas o indignación contra los victimarios, y viabilice su persistencia.

En este contexto parece ser que con el comienzo del nuevo siglo se va consolidando una cierta forma social que, a la par que carece de postulados morales universales, no logra consolidar la tolerancia

¹⁸ Bauman, Zygmunt, *La hermenéutica y las ciencias sociales...*

¹⁹ Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Paidós Estado y Sociedad, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 48. Ver también, Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos...*; y Foucault, Michel, *Vigilar y castigar...*, pág. 41, 84-85.

²⁰ Ver, Foucault, Michel, *Vigilar y castigar...*; Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos...*

sino que potencia los discursos antagónicos e irreconciliables²¹. Por eso, así como se produce la desaparición de las barreras comerciales²² y la exponencial ampliación de los derechos subjetivos, también se suceden las guerras, el racismo, la tortura, el miedo, el desconcierto y la asunción de posiciones fundamentalistas.

No debe sorprendernos la habitualidad y continuidad de la comisión de hechos de tortura a lo largo y a lo ancho del planeta, situación que debe determinarnos a la búsqueda de herramientas explicativas que eviten reducir el análisis a la “racionalidad” de la determinación de la culpa individual de quien lo comete. Sin embargo, este recurso resulta muchas veces efectivo para dibujar un límite claro, preciso y casi conformista que facilita ocultar las esencias que le pertenecen tanto al torturador como a todos nosotros²³. En otras palabras, lo que quiero decir es que la tortura con sus diferentes matices históricos y culturales es más normal de lo que se reconoce o manifiesta, tanto implícita como explícitamente.

Por este motivo, resulta necesario no pasar por alto el proceso que pretende constituirla como fenómeno individual, para apartarse tanto como sea posible de la tradicional explicación espontánea que

21 “Entendemos por ella una sociedad que repudia la retórica del deber austero, integral maniqueo y, paralelamente coronó a los derechos individuales a la autonomía, al deseo, a la felicidad. Sociedad desvalijada en su trasfondo de prédicas maximalistas y que solo otorga crédito a las normas indoloras de la vida ética... la dominante lógica postmoralista no hace desaparecer en absoluto las corrientes contrarias... el post-deber no es sinónimo de sociedades con tolerancia permisiva que solo aspiran a la ampliación de los derechos individuales: así lo atestiguan los clamores contra el aborto... las recriminaciones contra las transgresiones sin límites, las costumbres disolutas, la pornografía... no abole las cruzadas fundamentalistas ni las legislaciones hiperrepresivas”. Roman, Madeleine, *Estallidos: polisemia y polimorfía del derecho*. Ediciones Puertorriqueñas, San Juan, Puerto Rico, 2005, págs. 12-13.

22 Sin embargo, esto no ocurrió y las guerras comenzaron a sucederse. Con ellas la circulación de personas se limita cada vez más y día a día; son cada vez más los Estados que dictan leyes de excepción para controlar, por ejemplo, la migración, el narcotráfico o el terrorismo. La característica común de este tipo de leyes esta dada por resultar medidas jurídicas de difícil comprensión en el marco del Estado de Derecho (Agamben, Giorgio, *Estado de excepción...*). De esta forma, los Estados se prestan a controlar su territorio en forma estricta y diferenciada con “leyes” que les permite colocar a ciertos individuos, los “ilegales” o “inmigrantes”, fuera de la ley y sin un verdadero estatus jurídico. En esta situación, estas personas se vuelven un objeto de señorío de la autoridad migratoria y por eso casi siempre resultan víctimas de todo tipo de abuso y tortura (informes de la Relatora de la ONU para Poblaciones Migrantes).

23 Arendt, Hannah, *La tradición oculta*. Ed. Paidós Básica, Buenos Aires, Argentina, 2004.

interpreta las acciones sociales como idénticas a las representaciones que comúnmente se hace de ellas, separándolas del contexto histórico en el que éstas se producen²⁴. Con este particular sentido, más a menudo de lo necesario se dice que este tipo de conductas humanas terribles y naturalmente delictivas, que deberían ser perseguidas y sancionadas, no lo son porque los actores sociales responsables tanto de evitarlas como de castigarlas no lo hacen por no disponer de eficientes mecanismos de investigación y/o de control. Sin embargo, estas lecturas “legales” de la realidad sólo sirven para evitar la ruptura con los prejuicios que esa misma “realidad” propone a la percepción original del intérprete.

De esta manera, con voluntad o sin ella, se transita un camino que además de vaciar cualquier discusión posible, determina la producción de discursos de coyuntura, que reúnen lo que vulgarmente se separa y confunde, cuando recurren a marcos analíticos excesivamente ligados a la concepción normativa. En este contexto, la ley o las leyes, tanto aquellas que convierten a la tortura en delito como las que regulan su interpretación, dejan de ser uno de los ejes del análisis para convertirse en la llave maestra de su solución.

Las excepciones relativamente escasas a este recurso, posibilitan que la “ley” “racionalice” todo y nos veamos obligados a pensar sólo en la “realidad” que aquella desea. Este inoportuno deseo se muestra equivalente al de mito griego de Tántalo, que en su situación de desesperación eterna no acepta la realidad y sigue creyendo que en algún momento podrá alcanzar el agua que logre apaciguar su sed. De este modo, a partir de nuestra fe en la *doxa* de la tradición formalista, nuestro “deseo” oculta la realidad y desde ese mismo momento en que adoptamos la norma como marco analítico “racional” de la tortura nos terminamos privando de cualquier aprendizaje o entendimiento fenomenológico sobre ella.

Como si no bastara con semejante complejidad, que rehúye cualquier análisis dialéctico o existencial, la realidad es privada de un mejor entendimiento por la persistente y compulsiva purificación del lenguaje, que lleva a cabo la nueva *vulgata* discursiva contemporánea, que con recursos diversos intenta privar al lenguaje-entendimiento de creatividad, al simular permitirlo todo a la par que alternativamente obliga a hablar y pensar sólo de una determinada manera²⁵.

²⁴ Bourdieu, Pierre, *Pensamiento y acción*. Ediciones del Zorzal, Buenos Aires, Argentina, 2002.

²⁵ Bauman, Zygmunt, *En busca de la política*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2003; Bordoelois, Ivonne, *La palabra amenazada*. Ediciones del Zorzal, Buenos Aires, Argentina, 2005.

El caso argentino: Los procesos de negación durante la dictadura

Argentina cuenta con una particular historia que, por sus especiales características, revela la necesidad de explicar los hechos de tortura del pasado y del presente como hechos sociales, análisis que permite mostrar todo lo que aún no se ha dicho en relación con el fenómeno y las reales posibilidades de lucha contra el mismo. Y hablo de necesidad, porque sin lugar a dudas lo aún no dicho respecto de la tortura condiciona el presente y el futuro del país.

La atrocidad de los crímenes cometidos por funcionarios estatales de todo el mundo, no puede ser interpretada como un suceso singular sino como un conjunto de prácticas culturales, sociales, específicas e históricamente determinadas. No por casualidad la dictadura militar argentina desarrolló en términos de lenguaje una “sofisticada versión del doble discurso: al hacer conocer el terrorismo de Estado mientras que al mismo tiempo se ocultaban y negaban sus detalles particulares”²⁶. Por tal motivo, el ejercicio de la memoria colectiva puede convertirse en proceso anecdótico si queda reducido a la mera reproducción histórica de horrendos sucesos del pasado. Es indispensable lograr una retrospección crítica de lo ocurrido, que a medida que indaga sobre los hechos, indague también sobre las metodologías comunicativas usadas para legitimar las “acciones” de “guerra contra el terrorismo”.

Esta determinación resulta esencial por cuanto las repercusiones materiales del pasado afectan el presente. Así, aquellos recursos comunicativos a los que me refiero siguen hoy siendo utilizados. Para dar al menos un ejemplo: la guerra contra el terrorismo subversivo de la década del 70 ha devenido en declaraciones políticas como la siguiente: “este gobierno ha declarado la guerra a la delincuencia y al narcoterrorismo”. Además, por la forma en que se comunica y se habla de la tortura parece que ésta termina por convertirse en un delito

²⁶ Cohen, Stanley, *States of Denial: Knowing about atrocities and suffering*. Polito, United Kingdom, 2001, pág. 154. Mas precisamente, Stan Cohen agrega: “El régimen negaba por definición la existencia de ‘desapariciones’ y simultáneamente proclamaba que la víctimas obtuvieron lo que merecían. Todo era normal porque al mismo tiempo los opositores eran demonizados, la represión justificada y el terror elevado por la incertidumbre. En el espacio del constante ruido de las palabras los episodios eran exagerados con calidad teatral: doce hombres armados secuestran una víctima en la calle. Estos hechos absolutamente contruados como espectáculos públicos eran además operaciones clandestinas que el gobierno negaba... Aunque el terrorismo de Estado se producía a puertas cerradas se lo proyectaba continuamente sobre el público”.

que cualquiera puede cometer. De este modo, mediante la apelación a un vocabulario confuso, distorsionador, se comienza a horadar la red legal del Estado de Derecho.

Las dificultades lógicas que plantea al ejercicio de la violencia el Estado de Derecho desaparecen en el estado de guerra. En este último, el delincuente se convierte en un enemigo y contra los enemigos los límites formales para el ejercicio de la violencia se diluyen. Dentro de esta coyuntura discursiva aquellas viejas herramientas legitimantes usadas durante la dictadura retoman utilidad para explicar, justificar e interpretar los nuevos “excesos” de los agentes estatales encargados de ejercer la violencia. Esta situación, fácilmente comprobable en cualquier estudio de campo, pone de manifiesto que la utilización de la tortura en una sociedad durante mucho tiempo ocasiona graves efectos que definitivamente se prolongan en el tiempo.

Así, la importancia de la revisión del pasado consiste en lograr –además de la búsqueda de la verdad y castigo de los culpables– establecer los complejos procesos sociales que la produjeron. Y ello puede hacerse partiendo, por ejemplo, del análisis de la “moralidad” del lenguaje periodístico, judicial, eclesial, policial, militar, penitenciario o popular, para así poder conocer algunos de los mecanismos comunicativos de neutralización, racionalización y justificación que se usaron, y que, como más adelante ejemplificaremos, se siguen utilizando en la actualidad para negar los hechos de tortura²⁷. Dentro de este complejo proceso de naturalización y consolidación de los procedimientos legitimantes del terror, ha jugado y sigue jugando un papel nada desdeñable dentro de los aparatos estatales de ejercicio de la violencia, la permanencia del discurso integrista²⁸.

Otro ejemplo paradigmático de la difusión y elusión interpretativa del fenómeno como hecho social, ocurrió mientras escribía las primeras líneas de este ensayo. Así, volvieron a aparecer en los discursos de no tan pocos políticos y periodistas elementos retóricos variados para manifestar una actitud crítica en relación con la sesión especial del Congreso en la que se cuestionó el nombramiento como Diputado de la Nación del asesino y torturador durante la dictadura, del ex Subcomisario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, Luis Abelardo Patti. De este modo, sin penetrar jamás en el análisis de los sucesos fácticos puntuales, hablan algunos de persecución/

²⁷ Ibidem, pág. 240.

²⁸ Ver, Verbitsky, Horacio, *Doble juego: La Argentina católica militar*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 2006.

intolerancia ideológica y otros de la necesidad de “olvidar el pasado” para comenzar “la reconciliación de los argentinos”²⁹.

Desde hace algunos años, distintos actores sociales (Madres de Plaza de Mayo, Abuelas de Plaza de Mayo, Agrupación H.I.J.O.S, Comisión Provincial por la Memoria, entre otros) han desarrollado acciones concretas para desarticular esta fatal forma de hablar y de decir la verdad. La acción de estos actores sociales se ha vuelto políticamente determinante en la lucha por la verdad, la justicia, el derecho, la democracia en Argentina y contra la tortura³⁰, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la impunidad de los crímenes del terrorismo de Estado extiende “la excepción” con miras a los “justos” fines y así condiciona aún más los frágiles límites legales de la violencia estatal³¹. En segundo lugar, porque el develar las herramientas comunicativas de negación del horror usadas durante la dictadura militar, facilita la lucha contra esa forma de decir la verdad que se utiliza para negar los hechos de tortura y muerte que las fuerzas de seguridad comenten masivamente en calles, cárceles y comisarías argentinas, contra los “nuevos enemigos del Estado”.

Tortura y ciudadanía

Es preciso poner de relieve, aunque quizás resulte una verdad notoria y de Perogrullo, que la tortura se convirtió en un hecho formalmente prohibido por la ley con la consolidación de los Estados decimonónicos. Durante este período en el que se prohibió formalmente la tortura, aparece como esencial a esos nuevos Estados el concepto de derechos humanos. La raíz histórica e ideológica de la constitución de los derechos humanos como centrales en la organización estatal, pretende a menudo ser utilizada para facilitar su violación mediante la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos. Sin embargo, su ideología sigue y seguirá siendo una herramienta válida para la lucha contra la opresión y la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado.

En este sentido, es posible decir que para intentar disminuir la opresión, prevenir la tortura y el uso letal de la fuerza o para lograr el

²⁹ Por ejemplo, ver en el diario La Nación los editoriales del 14 y 15 de Diciembre del 2005.

³⁰ Este cúmulo de acciones ha sido materializado tanto en el encarcelamiento de algunos de los torturadores del período más negro de la historia Argentina, como en el paradigmático debate parlamentario al que me refiriese en relación a la asunción como diputado de Luis Abelardo Patti.

³¹ Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos...*; Agamben, Giorgio, *Estado de excepción...*

reconocimiento de los desclasados subyugados, debe modificarse la interpretación cultural tanto de la noción de derechos humanos como de ciudadanía. Sólo un sentir social de respeto a la dignidad integral de la persona humana repercutirá necesariamente en la reducción de los estados de excepción, tan frecuentes y comunes hoy y que se manifiestan/expresan en leyes antiterrorismo, leyes antidrogas, etc.

Dicho de otro modo, el límite entre la violencia legal e ilegal –jamás preciso– siempre pende del hilo de la caracterización de la víctima. La tensión discursiva en la definición de los seres “decentes” o “normales” y los que no lo son, permitiría, en palabras de Carl Schmidt³², la determinación del no valor y, como su contrapartida, permitiría, literalmente, la aniquilación de su contrario. Por este motivo, ciertas personas, como consecuencia de su rotulación –terrorista, delincuente, drogadicto, traficante, etc.– pierden su vinculación social, con esta pérdida desaparece su humanidad y se convierten en algo similar a un tumor o cuerpo maligno, que como tal el cuerpo social debe eliminar. Por ello, es preciso más que legislar, intervenir sobre las estructuras complejas que permiten la naturalización de la violencia ilegal cuando esta se ejerce contra ciertos grupos de personas.

Fetichismo legal: La oscura realidad de la dualidad del derecho

En general, para combatir contra la violencia ilegítima el dogmatismo tradicional insiste en la elaboración de nuevas y supuestamente mejores normas. De todos modos, este lugar no deja de ser –como decía al comienzo de este ensayo– un tránsito plagado de inconvenientes, vicisitudes y contradicciones con resolución siempre insatisfactoria. Dentro de este espacio interpretativo en el que se introduce la política, las normas generales se vuelven aplicables y concretas. La aparición de estas mal denominadas excepciones no son más que otra forma circunstancial y necesaria de lo jurídico. Incluso, como bien dice Agamben³³, el derecho las regula introduciendo una zona de anomia para hacer efectiva la normación de lo real. Estos espacios son, como ya veremos, utilizados para otorgar impunidad a ciertos comportamientos, como la tortura o las ejecuciones sumarias, otorgándoseles forma jurídica –“legítima defensa”, “cumplimiento de un deber”, “atentado y resistencia a la autoridad”, entre otras.

Sin embargo, la lucha siempre se libra contra la verdad universal o la mística del discurso autorizado del dogmatismo tradicional,

³² Schmidt, Carl, *Legalidad y legitimidad*. Ed. Comares, Madrid, España, 2006.

³³ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción...*

que sin capacidad de comprensión crítica, inserta la teoría como la razón sustentable de todos los problemas sociales planteando nuevas “fábulas” sobre las leyes perfectas. Estas sustentaciones limitadas de comprensión de la realidad, jamás logran modificar las acciones de los actores sociales implicados en la determinación del derecho. Por eso, de poco o nada sirve en este contexto seguir hablando de división de poderes, oralidad, juicio por jurados, independencia judicial, imparcialidad, libre albedrío, igualdad de armas, principio de inocencia o resocialización. Al pensar sólo en las “leyes” y dejar de lado la observación del “*habitus*” de los agentes judiciales, policiales o penitenciarios, cualquier intento de prevención de la tortura resulta vano y absurdo. Así, los mitos legales continúan haciendo su trabajo sin ser puestos en discusión y sin revelar sus elecciones teóricas y sus historias más profundas.

Los mitos en el proceso judicial sirven para cubrir, como una nube cubre el cielo, sus enormes ambigüedades. Así ocurre con la imagen de la justicia, ícono que vemos todos los días cuando ingresamos a una facultad o a cualquier tribunal del mundo. Sin embargo, a pesar de la espada, la balanza y los ojos vendados, muchos gobiernos del mundo han torturado, aplicado la fuerza, restringido la libertad o aplicado la pena de muerte en el nombre de la justicia.

Prevención de la tortura. Entre la negación, el Estado de Derecho y el estado de excepción

La muerte y la justicia han podido caminar juntas porque, por un lado, los hechos pueden ser negados porque las víctimas en general son los nuevos enemigos del Estado o las nuevas vidas desechables de la posmodernidad³⁴. Por otro lado, la creciente desconexión cultural y física entre estos sujetos y los “ciudadanos decentes o plenos” facilita la desresponsabilización, que no en vano se conecta con la facilidad con que adoptamos comportamientos para no querer conocer o para justificar el no actuar³⁵.

Desde este lugar y con una particular mirada sobre la complejidad de los crímenes del Estado, se mueve el sociólogo surafricano Stanley

³⁴ Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas...*; Young, Jock, *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. Sage Publications, London, United Kingdom, 2006.

³⁵ Sólo para recordar, puedo decir que muchos de nosotros pasamos por esta etapa durante el juicio a las juntas, donde pudo saberse lo que muchos imaginábamos, pero seguro de haber aceptado qué ocurría, nada nos excusaría demasiado de no haber actuado para impedirlo.

Cohen en su libro *Los estados de la negación: conociendo sobre las atrocidades y el sufrimiento*³⁶. En él, Cohen pone en negro sobre blanco la cara de Jano de la violencia estatal: la acción ilegal propiamente dicha y la ausencia de comportamiento efectivo tanto para enfrentarla como para evitar su concreción. Dentro de esos espacios, se oculta, interpreta y naturaliza cualquier forma adoptada por la violencia ilegal. Sin embargo, Cohen ha logrado develar parte de los complejos mecanismos que permiten institucionalmente su negación.

Resumiendo, la negación como concepto freudiano anula una de las consecuencias del proceso represivo para que su contenido de representación no logre acceso a la conciencia. Negar algo resulta equivalente a reprimir del ingreso a nuestra conciencia de todo aquello que resulte intolerable, sea atribuyéndole una cualidad diferente o borrándolo de la realidad. De este modo, la negación se convierte en la herramienta adecuada para permitir la indefinición de los límites legales a la violencia. Para ello se apoya casi siempre en la implementación del siguiente mecanismo discursivo: “no sabía y cuando supe desde mi posición singular nada hubiese podido hacer”. Por eso creo que es tiempo que de una vez por todas dejemos de quejarnos de cómo funcionan las cosas, para empezar a indagar críticamente como se gestan los procesos sociales que permiten la continuidad de la tortura con su respectiva negación.

En esta tarea tenemos que trabajar con la ética de la convicción y con la ética de la responsabilidad, pensando que hay algo más que anhelar que un futuro mejor. Para ello tenemos que creer que nuestro compromiso con la vida no es otro que nuestro compromiso con la realidad, porque la tortura es una realidad de todos los días. La lucha contra esa realidad es la lucha contra los muy precisos mecanismos de negación instalados institucional y culturalmente. De esa manera, será posible, además de volver visible el horror, convertirlo en nuestra responsabilidad aunque no seamos los autores del mismo. Debemos superar nuestra posición de meros espectadores para impedir así que el sistema de justicia criminal siga actuando guiado por prejuicios respecto de determinados grupos sociales.

Las preocupaciones desplegadas por Cohen permiten marcar, uno a uno, los espacios en donde la negación suele caminar placidamente. En este sentido, puedo afirmar que no existe negación ética, al menos “visible”. Todos los ciudadanos saben que los actos de tortura son éticamente reprochables. Sin embargo, esa imposibilidad ética es más formal que real. La misma presenta más de una rendija que

³⁶ Cohen, Stanley, *States of Denial...*

permite burlar sus lazos vinculantes al momento de llegar a la acción. Un ejemplo de ello lo constituyen las homilias de ciertos obispos, capellanes militares o policiales, etc., durante la dictadura militar argentina³⁷.

De todos modos, podríamos establecer como principio al menos eventual de los “signos de estos tiempos” las acciones –presentes y pasadas– de los distintos organismos de derechos humanos que han podido representar socialmente una “ética” que reprueba la tortura. Esta ética construida con el actuar militante, no deja de ser, como decía, eventual. Para ser más preciso, todo lo que se ha luchado y padecido para lograr la reapertura de los juicios para las juntas no debe hacernos olvidar que:

1. aún siguen existiendo sectores con cierto poder, reactivos a la revisión del pasado,
2. hechos de similares características siguen ocurriendo en las sombras de cárceles y comisarías,
3. esos crímenes ocurren con la complicidad de funcionarios de todos los poderes del Estado, y
4. ‘finalmente’ la condena pública de hechos de tortura no tiene la misma entidad que condena los hechos ocurridos durante la dictadura.

Efectuadas estas aclaraciones, creo oportuno recordar la canción del eterno retorno que los animales cantan a Zaratustra: “Todo pasa, todo retorna; eternamente gira la rueda del ser... eternamente el ser se construye en la nueva habitación... curvo es el sendero de la eternidad”. Entonces, para que el pasado no retorne con facilidad es necesario pero insuficiente argumentar tan sólo la existencia de situaciones de negación jurídica. La continuidad, aunque con complicaciones de la persecución de los crímenes de la dictadura, ha dejado bastante claro que normas válidas existen y que son delitos que deben ser castigados aún cuando el tiempo haya pasado.

Esto demuestra que las dificultades en relación a la tortura son esencialmente políticas y culturales. Sin embargo, para establecer sus condiciones y rutinas actuales, es preciso continuar indagando sobre la base de los lineamientos abiertos por Cohen³⁸:

- ¿Cuál es el modo de garantizar los derechos de los más débiles –delincuentes comunes, pobres, etc.– que, a pesar de las declaraciones formales de las leyes, son continuamente violados mediante su deshumanización?

³⁷ Verbitsky, Horacio, *Doble juego: La Argentina católica militar...*

³⁸ Cohen, Stanley, *States of Denial...*

- ¿Cómo se construye la opinión pública que tolera la restricción de libertades civiles o no considera socialmente desviadas esas conductas?
- ¿Cuándo y cómo los jueces fiscales toleran niveles de violencia policial o penitenciaria ilegítima mediante el sistemático rechazo o nula investigación de estas conductas?
- ¿Cuáles son las “razones” que hacen que jueces o fiscales no interpreten los actos denunciados como actos de violencia estatal ilegítima?
- ¿Cuáles son los campos que crean jueces y fiscales para “razonar” y resolver sin calificar dichas conductas como ilegales?

La ausencia de respuesta a estas preguntas por ausencia de investigación, permite que la prevención de la tortura sea un intento condenado al fracaso, pues lo aceptable o inaceptable de un comportamiento, no lo define la ley sino aquellas condiciones políticas y sociales que determinan la decisión judicial.

Las dificultades en el punto no han cambiado radicalmente porque tanto los autores de los crímenes del Estado como los jueces que los interpretan realizan sus acciones con un sentido práctico. De ese modo, sin sentimientos siguen sus itinerarios de acción acudiendo a un confortable sistema de preferencias, visiones y estructuras que los aleja del remordimiento. Esto determina que la crítica a sus comportamientos se piense teniendo en cuenta que esos esquemas de acción nunca son individuales o excepcionales³⁹.

De todas maneras, la producción de mecanismos de negación es consecuencia de la facilidad con que los seres humanos logramos mantener en la comunicación una situación, condición o fenómeno

³⁹ Ver, Bourdieu, Pierre, *Pensamiento y acción...* En general, los integrantes de las instituciones del Estado cumplen sus funciones, siguiendo unos esquemas de acción que los vinculan con la devoción por la organización y su “misión de salvación”, que los lleva a obedecer las órdenes por sobre cualquier otro compromiso. Tan es así que el honor del funcionario pasa por el cumplimiento de las órdenes. En cierta medida la situación implica la negación de uno mismo y la consecuente deslegitimación de todo lo que no sea reglas internas. Un claro ejemplo de esta posición cuasi paternalista, que no en forma más atenuada se encuentra tanto en el Poder Judicial como en la Policía y el Servicio Penitenciario, es la siguiente frase: “el superior siempre tiene razón aún más cuando no la tiene”. Los procesos son aún más complejos; se puede entender en parte estos comportamientos analizando la definición de Bronislaw Malinowski en relación con las instituciones: “Las instituciones son grupos de individuos organizados que cooperan en una determinada situación, que tienen normas y principios en común. Son sistemas de actividades organizadas y coordinadas en las que se da y recibe un servicio” (*Una teoría científica de la cultura*, EDHASA, 1981).

desagradable como ignorado, desconocido o normal. En este sentido, para ser más preciso, se elabora de acuerdo a la situación una explicación. En realidad, esta seudo explicación no es otra cosa –en relación con la tortura– que la guía inicial para preparar la adecuación legal de ciertos comportamientos que formalmente son ilegales. Así, se va construyendo un presente en que el infractor –en este caso de naturaleza estatal– ya conoce cómo preparar la explicación de su accionar, en función del comportamiento esperado de los intérpretes judiciales.

El razonamiento es más o menos el siguiente: si realizo una conducta formalmente prohibida, ¿cómo me justifico/explico y se lo explicaré a los demás de modo tal que la misma resulte “exteriormente” aceptable?

La explicación simbólica de la acción sigue las pautas básicas de la retórica, primero en las palabras del agente y, luego, en el discurso justificante que elaboran actores políticos, periodísticos y judiciales, en donde finalmente se perfecciona.

En términos básicos, se elabora una explicación que tenga en cuenta la aceptación/compreensión de los interlocutores de la misma. Vale decir se utilizan argumentos/motivos que socialmente puedan convertir la acción natural o al menos tolerable. Para poner un ejemplo más simple: cuando un niño rompe un vidrio de un pelotazo, inmediatamente se justifica diciendo que fue un accidente. Esta sencilla explicación es una forma básica de justificación que se aprehende socialmente. En este sentido, no es solamente explicar lo ocurrido sino que elaborar una explicación que sea moralmente válida. Una metodología similar usa el agente policial al que le resulta imposible –por circunstancias externas– simular un enfrentamiento. Bajo estas circunstancias suele recurrir a la explicación siguiente: “baje del auto con el arma en la mano y cuando comencé a perseguir a los delincuentes me resbalé y se me escapó el disparo”.

Las distintas formas de negación

Siguiendo el esquema conceptual planteado por Cohen⁴⁰, es posible verificar con ejemplos concretos cada una de las formas de negación existentes:

La negación literal: Los funcionarios con responsabilidades políticas suelen afirmar que el hecho no existió. En general se suele atacar la objetividad, credibilidad o imparcialidad de la víctima o del

⁴⁰ Cohen, Stanley, *States of Denial...*

eventual observador. A modo de ejemplo, los generadores de este discurso con numerosos recursos, introducen la idea de que sólo el ciudadano “sano” (no criminal) puede ser víctima de tortura. Así, las personas privadas de su libertad, que la padecen en cárceles y comisarías y que para el imaginario social no resultan inocentes, no podrían ser víctimas o la tortura sería parte del mismo castigo. En un sentido similar, la dictadura militar desconocía la desaparición forzada de personas denunciada en el exterior diciendo que los desaparecidos no existen porque por ser eventuales “subversivos”, tranquilamente podían estar viviendo en el exterior, trabajando con falsas identidades, o quizás habrían sido asesinados por sus propios camaradas. En la actualidad es común decir “que las víctimas tienen objetivos concretos con su denuncia, sea mejorar su situación procesal, cobrar indemnización o desacreditar políticamente a la policía o al servicio penitenciario”. Este procedimiento es cada vez menos utilizado porque se ha construido suficiente prueba para contrarrestarlo.

El siguiente camino –cada día más aprovechado ante el fracaso del primero– es el de **la negación interpretativa**: “no ocurrió lo que se denuncia sino que ocurrió otra cosa”. El derecho, por su plasticidad, permite distintas interpretaciones como así también la utilización de eufemismos o la desnaturalización de los tipos penales. Ejemplos: “No hubo exceso en el uso letal de la fuerza sino cumplimiento del deber o legítima defensa”; “El oficial penitenciario recurrió a la fuerza mínima indispensable para introducir al interno en su celda”; “El oficial de policía al efectuar la detención recurrió a la violencia mínima indispensable para reducir al malviviente, y de ese modo se produjeron las lesiones en el cumplimiento del deber y como consecuencia del atentado y resistencia a la autoridad”. De este modo, como dice Bourdieu⁴¹, el lenguaje que se utiliza se manifiesta como medio de la situación de poder que pretende ocultar. Las palabras que se usa pretenden o buscan una interpretación determinada que no es otra que la de la negación de lo ocurrido.

Finalmente se recurre a **la negación implicatoria**: “no podía hacerse otra cosa”. El fin justo legitima la utilización de medios no legales porque es necesario o es lo que la gente quiere. Por ejemplo: se tortura a una persona porque puede saber dónde se encuentra una bomba que puede provocar la muerte de muchas personas.

Estos distintos métodos resultan útiles porque normalizan el mal. De este modo, normalizar la tortura mediante la negación se vuelve cada día más necesario, porque la comunicación imposibilita llevar

⁴¹ Bourdieu, Pierre, *Pensamiento y acción...*

adelante políticas de control de la información que permitan negar la realidad de los hechos que todos ven.

En resumen, es prioritario sostener –como lo he venido haciendo– que el derecho no requiere de reformas para evitar que se produzca la tortura o cualquier otro tipo de abuso. Siempre existe una zona anómica en la que entra en juego la compleja relación entre violencia y derecho que se completa mediante el uso de herramientas retóricas. Por eso, resulta sencillo para los jueces reinscribir la violencia dentro del derecho con ropaje legítimo. La inscripción de la conducta ilegal bajo ropaje legítimo se rotula en la interpretación como una excepción a la regla⁴².

Existen suficientes normas para prevenir y castigar la tortura. Pero el problema radica en la utilización de dichas herramientas normativas. En este punto aparecen los procedimientos negatorios a los que me refería anteriormente, procedimientos que responden a la existencia de una subcultura judicial que en general tolera la tortura.

La prevención de la tortura en concreto

Como ha ocurrido con el análisis de los delitos callejeros, la tortura como delito ha sido también idealizada al momento de buscar su prevención. Por eso se suele poner mucho énfasis en las normas y el sistema judicial como agentes autónomos que generan problemas. Así, se la minimaliza o se consideran sus causas como obvias. En este sentido, podríamos decir que la tortura, cuando ocurre, es exclusiva consecuencia de la “perversión” o “inmoralidad” de los agentes policiales o penitenciarios. También que la tortura no es sancionada por jueces y fiscales porque el poder judicial tiene una posición ideológica conservadora y tolerante respecto de esta práctica.

Con este análisis parcialmente certero pero simplificador, se comete el mismo error que ha cometido la criminología tradicional al interpretar otros delitos. Es decir, se sigue explicando la tortura ignorando sus relaciones con la estructura social y sus valores fundamentales. Se piensa en que la tortura ocurre porque es culpa del individuo que la comete o de los miembros del poder judicial que no quieren castigarla. Cuando en realidad la tortura, como cualquier otro delito, ocurre como consecuencia de un complejo proceso multicausal en el que debe reconocerse su desarrollo histórico, su forma y la coyuntura social en la que acontece.

⁴² Agamben, Giorgio, *Estado de excepción...*, pág. 117; Bourdieu, Pierre, *¿Qué significa hablar?* Ed. Akal, Madrid, España, 1982.

De este modo, la planificación de una adecuada intervención preventiva requiere efectuar un análisis capaz de establecer la mayor cantidad de causas que la originan. Básicamente, como lo he manifestado, la tortura depende más de la naturaleza del régimen institucional en el ocurre que de las características de la personalidad de los agentes que la ejecutan o que no la sancionan. Como cualquier otro delito, la tortura también responde a una particular realidad vivencial de su autor en su contexto y puede también ser el resultado de una adaptación subcultural a determinadas circunstancias que bloquean los fines que persigue. En su contexto funcional –ejército, policía, penitenciario– el autor aprehende formas no escritas de interpretación de las reglas que conforman su propia subcultura ocupacional⁴³.

Entonces, la instrumentación de dicho análisis requiere necesariamente la descomposición de sus dos binomios –víctimas y delincuentes–, y el control informal y formal –acciones y reacciones–. El proceso se inicia con la determinación del cómo, cuándo y dónde se tortura (análisis extensivo). De este forma, se comienzan a vislumbrar algunos patrones generales que nos van a permitir actuar sobre las oportunidades de su producción. Así, se pueden elaborar procedimientos –prevención situacional– para actuar sobre las actividades y rutinas que las facilitan. Por ejemplo, es común que los presos relaten episodios de tortura ocurridos en sus traslados. En este caso, disponiendo de específicos informes médicos de salida y llegada con detallados formularios a completar en caso de uso de la fuerza –por mínima que esta fuese– es probable que se reduzcan sustancialmente esos hechos.

De todos modos, por su complejidad aún mayor que la de cualquier otro delito, la evitación de la tortura requiere dar un paso más con una tenacidad e inventiva más que considerable. Por eso, es determinante efectuar complementariamente a la implementación de estrategias situacionales que determina el análisis extensivo, la aplicación de una metodología intensiva que nos permita producir información sobre el funcionamiento de los procesos causales en los que la tortura se produce o se ha producido de acuerdo a los patrones generales ya elaborados. Es decir, lograr la concreta deconstrucción de la conducta a través del clásico cuadrado del delito elaborado por el realismo de izquierda británico. De la interacción que se produce entre los vértices de sus cuatro elementos, agencia del Estado/sociedad-víctima/agresor, se devalará el funcionamiento de los procesos causales de la tortura.

⁴³ Young, Jock, y John Lea, *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Así, se analizará en primer lugar el **aspecto temporal**. El pasado de cada uno de los elementos y su impacto recíproco en el futuro. En segundo lugar, se deberá analizar su **dimensión espacial**. Los delitos generalmente tienen lugares de ocurrencia determinados y precisos que requieren de su determinación. La aplicación de estas variables nos llevará a considerar las situaciones fácticas en las que el delito se produce y a considerar a todos los elementos comprometidos con la acción y la reacción⁴⁴ para intentar determinar:

1. Causas estructurales de fondo: como puede resultar por ejemplo el hacinamiento.
2. Contexto moral en el que el agente público involucrado opta por la tortura como medio de castigo al “enemigo/depredador social” o como medio para perseguir su fin (descubrir un delito). La violencia ilegal en estos casos se ve “legitimada” por los fines justos que el agente persigue. En concordancia con esta situación se da forma acabada a las estrategias de negación que describí anteriormente. Para ser un poco más claro, cuando de contexto moral hablamos, que determina esta práctica formalmente delictiva, me estoy refiriendo a un sinnúmero de factores condicionantes, como por ejemplo: la subcultura ocupacional, la posición de los medios de comunicación, de los actores políticos y de la opinión pública en general⁴⁵.
3. Situación de la comisión: es posible determinar los tiempos frecuentes en que ocurre; no son pocos los casos en que se produce la tortura en el momento de la detención para adquirir información o como forma de amedrentamiento para primarios, o en el caso de ingreso a las instituciones penitenciarias como forma de “bienvenida”.
4. Las respuesta del actor y de las agencias estatales: analizar en relación a este aspecto como actúan cada uno de los actores involucrados a partir de la denuncia del delito, para indagar la forma que suele asumir la negación en las propias palabras de los

44 La sociedad y el Estado además de responder en algún sentido ante la detección del delito, también se encuentran comprometidos con cuestiones preliminares como el origen y la definición. A su vez víctimas y victimarios son consecuencia de lo anterior (Lea, John, “The analysis of crime”, en: Young, Jock y Roger Matthews (eds.), *Rethinking criminology: The realist debate*. Sage Publications, Londres, Reino Unido, 1992).

45 Ganón, Gabriel, “Reforma de la policía: ¿cambio organizacional o estructural?”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Seguridad urbana, nuevos problemas*, 1999, y “¿El nuevo mito argentino? La reforma policial o la búsqueda de legitimidad para la policía de ‘la mano en la lata y el gatillo fácil’”, 2005.

actores como en las comunicaciones o documentos oficiales que se producen desde las instituciones involucradas – policía, servicio penitenciario, poder judicial. En definitiva verificar: a) cuál es el discurso habitual que utiliza el infractor para llevar su conducta de violencia ilegal dentro de los parámetros permitidos, b) cuál es la interpretación de la información por parte de las agencias encargadas de reprimirlo. Dos claros ejemplos que asume el actor discursivamente y que se documenta en las comunicaciones oficiales y en las interpretaciones judiciales son: decir que el preso comenzó a golpear su cabeza contra los barrotes en señal de protesta o que se resistió y hubo que utilizar la fuerza necesaria para introducirlo de nuevo en la celda; la aceptación lisa y llana de la información recibida o la desnaturalización del tipo legal en lugar de tortura calificar los hechos como vejaciones.

5. Respuesta de la víctima: Tratar de precisar las respuestas institucionales que se dan a la víctima a partir del momento que decide romper el silencio, por ejemplo: ¿Cuáles son las posibilidades efectivas de asistencia psicológica y legal con las que cuenta? En general, la posibilidad de respuesta de la víctima se encuentra condicionada por ella misma y por el conjunto de condiciones adversas que existen: a) los niveles de tolerancia hacia la violencia son altos, tanto como consecuencia de la desobjetivización que sufre la víctima bajo encierro como así también porque la violencia es la moneda de circulación para la resolución de todos los conflictos intramuros, b) la falta de respuestas adecuadas de protección para el denunciante, que suele sufrir constantes represalias que hacen aún más difícil su encierro, c) la casi nula existencia de sanciones hacia los torturadores, entre otras.

En síntesis, podemos decir que con los parámetros de análisis de la etiología múltiple pueden elaborarse algunas conclusiones preliminares sobre los factores existentes:

1. **Factores estructurales.** Un ejemplo de la existencia de condiciones estructurales favorables para la habitualidad de la tortura en las cárceles latinoamericanas, surge de las condiciones de mayúsculo hacinamiento en las instituciones penitenciarias. Las deplorables e inhumanas condiciones de detención requieren, como consecuencia de una importante cantidad de personas alojadas en espacios reducidos, la aplicación de regímenes violentos para disciplinar con poco personal penitenciario a una cantidad prácticamente inmanejable de personas internas.

2. **Factores culturales o condiciones sociales que afectan el control o la tolerancia/impunidad.** Estos factores producen tanto autores como víctimas potenciales que se vinculan como consecuencia de los complejos procesos sociales existentes que deben necesariamente ser analizados. Como ha quedado bastante claro, y como lo sostenía el Reportero Especial contra la Tortura de Naciones Unidas, Manfred Nowak, la tortura no solo es exclusiva de los estados de excepción o autoritarios en los que las normas legales se encuentran suspendidas. Es un fenómeno demasiado habitual que hace que la violación de las leyes por los organismos de seguridad se convierta casi en una práctica estandarizada o rutinaria.
3. **La situación de especial vulnerabilidad de las víctimas.** En líneas generales, las víctimas de tortura son las personas más vulnerables del sistema social, cuyas vidas parecen ser desechables. Este grupo de personas es especialmente vulnerable porque al encontrarse privado de su libertad las posibilidades de reacción y defensa se encuentran ostensiblemente deprimidas.

El control o la lucha contra la tortura debe reflejar su compleja naturaleza y actuar sobre los niveles informales y formales, porque la tortura ocurre en un espacio y tiene su particular secuencia temporal que comprende el acto entre la víctima y victimario, y el contexto social en el que ocurre.

Por este motivo se debe intervenir en todos los niveles del cuadrado: a) a nivel del probable agresor mediante un cambio cultural, b) a nivel informal mediante las ONG y los movimientos sociales, c) a nivel de la víctima, protegiéndola e informándola para que pueda denunciar los hechos, y d) a nivel formal, con la sanción.

Como corolario, quiero señalar que a esta altura del milenio es menos que insuficiente continuar preocupados por la tortura, el hambre, etc. si no indagamos para conocer cómo funcionan los procesos sociales que los ocasionan. Saberlo, cuestión esencial, nos permitirá accionar clínicamente para luchar contra todo aquello que consideramos pernicioso y generar así mayores espacios de libertad.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Ed. Pre-Textos, Valencia, España, 1998.
- *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Arendt, Hannah, *La tradición oculta*. Ed. Paidós Básica, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- *La condición humana*. Ed. Paidós Estado y Sociedad, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*. Ed. Sequitur, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- *La modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- *En busca de la política*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- *La sociedad sitiada*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Paidós Estado y Sociedad, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Ed. Taurus, Barcelona, España, 1991.
- Bourdieu, Pierre, *¿Qué significa hablar?* Ed. Akal, Madrid, España, 1982.
- *Cosas dichas*. Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1987.
- *Razones prácticas*. Ed. Anagrama, Barcelona, España, 1997.
- *Pensamiento y acción*. Ediciones del Zorzal, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Bordeolois, Ivonne, *La palabra amenazada*. Ediciones del Zorzal. Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Cohen, Stanley, *States of Denial: Knowing about atrocities and suffering*. Polito, United Kingdom, 2001.
- Dreyfus, Hubert L. Paul Rabinow, *Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina, 2001
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, Argentina, 1989.

- Nietzsche, Freud y Marx. *El cielo por asalto*. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- *El orden del discurso*. Fábula Tusquet editores, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina 2002.
- Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la moral*. Ed. Alianza, España, 2000.
- Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- Weber, Max, *Economía y sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- Young, Jock, *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. Sage Publications, London, United Kingdom, 2006
- Young Jock, y John Lea, *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Verbitsky, Horacio, *Doble juego: La Argentina católica militar*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 2006.

Memoria Activa y demandas de justicia en Argentina

*Laura Glanc** **

Resumen

Desde la Segunda Guerra Mundial hasta la fecha las demandas de justicia han estado representadas por los movimientos de derechos humanos. Dichos grupos hicieron posible que la idea de justicia ocupara un lugar central en la configuración del espacio político. De esta manera, la “justicia” se convirtió en un tema de gran relevancia tanto para los gobernantes como para los ciudadanos. Ahora bien, lejos de ser neutral, este término ha estado siempre en disputa y es constantemente rearticulado en diferentes demandas. De este modo, este artículo se propone examinar los cambios que tuvo la demanda de justicia de la agrupación Memoria Activa (MA) al Estado argentino luego del atentado terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) y a la Asociación de Delegaciones Israelitas Argentinas (DAIA) el 18 de julio de 1994. Es decir, mostraremos cómo la demanda de justicia que efectúa MA al Estado argentino se ha ido modificando durante todos estos años. Para ello, analizaremos los momentos coyunturales que dieron origen a nuevas y diferentes significaciones en la demanda de justicia de MA.

Introducción

Desde la década de 1960, nuevos actores irrumpen en el espacio público enarbolando demandas alrededor de los derechos de los homosexuales, mujeres, ecologistas, así como también por la paz y la libertad en el mundo. De esta manera, el terreno político exhibía una heterogeneidad de reclamos hasta entonces desconocida, la cual ya no podía ser explicada en términos de enfrentamientos entre clases económicas. Se produce un cambio del concepto de clase a la noción

* Licenciada en Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Maestría en Ideología y Análisis del Discurso, Departamento de Gobierno, Universidad de Essex. Candidata a Doctora en Ciencia Política, Departamento de Gobierno, Universidad de Essex.

** Quisiera agradecer a Emilio Allier Montano por los comentarios aportados en la elaboración de este artículo.

de movimiento como respuesta a la diversidad de las demandas, constituyendo éste la nueva realidad política que nos rodea¹. Siendo así, la definición de clase, entendida como individuos objetivamente definidos dentro de una estructura, regulada a través de relaciones de producción, no era suficiente para explicar reclamos tales como los de **justicia y democracia**, ya que la definición de clase sólo se limitaba a explicar el cambio social². En América Latina la mayoría de las demandas estaban asociadas a la defensa de una pluralidad de derechos que por muchos años fueron inexistentes. En Argentina, las demandas de justicia han sido representadas por diversos organismos de derechos humanos, uno de los más reconocidos es Madres de Plaza de Mayo. Dentro de este último grupo puede ser ubicada MA, ya que ésta también le demanda al Estado argentino por el incumplimiento de derechos civiles y políticos.

El pedido de justicia que efectúa MA al Estado argentino se ha ido modificando considerablemente durante estos años. De esta manera, en este artículo nos proponemos debatir acerca de qué estamos hablando cuando hablamos de justicia para MA. Sin duda, lo que MA entiende por justicia hoy es muy distinto a lo que entendía en 1994, pues ha habido un esfuerzo constante por ampliar la particularidad de su demanda, ya que ha sido capaz de incluir y abarcar otras demandas de justicia relacionadas con el lenguaje de los derechos humanos.

La emergencia de Memoria Activa

En el corazón de Buenos Aires, una bomba explotó el lunes 18 de julio de 1994 en la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), en el edificio que también alojaba a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA); ambas eran de las instituciones judías más representativas del país. Como resultado de tal ataque, 85 personas murieron y más de 200 resultaron heridas.

Según los medios de comunicación, nadie sabe si fue una bomba en un coche o un coche bomba lo que ocasionó el atentado. Asimismo, se dijo que la bomba que explotó en la AMIA habría sido de calibre similar a la que explotó en la embajada de Israel en Argentina en 1992³. Cuarenta y cinco días antes de la explosión los servicios de inteligencia

¹ Foweraker, Joe, *Theorizing Social Movements*. Pluto Press, Londres, Reino Unido, 1995, pág. 37.

² Veltmeyer, Henry y James Petras, *The Dynamics of Social Change in Latin America*. Macmillan Press LTD, Gran Bretaña, 2000, págs. 105 y 109.

³ Periódico *Página 12*, Buenos Aires, Argentina, 20 de julio de 1994, pág. 2.

habían recibido el aviso que podía haber un nuevo atentado, relacionado con la guerra en Medio Oriente, razón por la cual los teléfonos de la diplomacia iraní se encontraban intervenidos⁴.

No obstante, las instituciones estatales encargadas de la investigación de ambos atentados, la Gendarmería Nacional, la Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE) y la Policía Federal, no supieron dar respuesta alguna sobre los ataques, ni sobre las advertencias mencionadas. Nada se había investigado, y previniendo los reclamos que vendrían, el gobierno menemista (1989-1999) decidió ofrecer una versión oficial de los hechos. Sin embargo, para MA, desde el primer día de la investigación, “en el expediente judicial a cargo del ex Juez Juan José Galeano y los fiscales Eamon Mullen y José Barbaccia comenzaba a escribirse una historia que nunca se correspondería con la realidad”⁵.

Así las cosas, luego del atentado a la AMIA y debido a que ya había un antecedente, la voladura de la embajada de Israel, la comunidad judía comenzó a barajar diferentes estrategias de seguridad frente a la posibilidad de un nuevo ataque. De este modo, no sólo se comenzó a pensar sobre la falta de protección de las instituciones judías, sino también en la posibilidad de que estas se convirtieran en una especie de **búnker**⁶. Efectivamente, días después al ataque diversas instituciones judías exhibían un alto despliegue de seguridad. Es decir, cámaras, policías en las veredas y una novedosa suerte de vallas podían ser vistas en frente de las instituciones; sus “funciones supuestamente eran las de ‘proteger’, ‘defender’ y ‘proveer’ seguridad a las instituciones mencionadas”⁷. Sin embargo, pese al gran despliegue de protección el atentado a la AMIA seguía impune. Pronto, esto llevó a aumentar la desconfianza y el descontento hacia el Estado argentino, dándole origen a MA en 1994⁸.

4 Memoria Activa, “Atentado a la AMIA-12 años. Crónica de un encubrimiento”. Buenos Aires, Argentina, julio de 2006, pág. 1. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/cronica%20de%20un%20encubrimiento/memoriaactiva.2006.pdf>, al 10 de julio de 2009.

5 Memoria Activa, “Atentado a la AMIA-12 años”..., pág. 1.

6 Periódico *Página 12*, Buenos Aires, Argentina, 20 de julio de 1994, pág. 2.

7 Palabras de Gerardo Mazur, integrante de MA, entrevistado por la autora en Buenos Aires el 11 de noviembre de 2001. Ver también, Memoria Activa, “Memoria Activa a dos años del atentado a la AMIA”. Documentos *Página 12*, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 27.

8 La primera vez que MA fue vista públicamente como grupo fue el lunes 8 de agosto de 1994 en la Plaza Lavalle, Buenos Aires. Periódico *Página 12*, Buenos Aires, Argentina, 9 de agosto de 1994, pág. 10.

Para MA la instalación de las vallas, lejos de ayudar a que se clarificara el caso, permitió que el atentado continuara impune, ya que el hecho de que haya vigilancia no implicaba que haya justicia⁹. De aquí que MA eligiera llevar a cabo su reclamo en La Plaza de la Memoria, conocida como la Plaza Lavalle, ubicada en Buenos Aires, Argentina. En la Plaza de la Memoria MA se reunió por más de diez años, haya lluvia, haya sol o sea feriado. Los encuentros de los lunes no se cancelaban ni se suspendían.

Creemos que esta elección se relaciona, en primer lugar, con el hecho de que al ser Plaza Lavalle un espacio público, no había nada que demarcara que se estaba reclamando por un pedido expresamente judío. En segundo lugar, porque desde la Plaza la demanda pudo potencialmente generar un reclamo mucho más amplio, esto es, al demandar desde un espacio público, el reclamo logró involucrar tanto a personas judías como individuos no-judíos. Consideramos que esta estrategia de MA puede ser leída como una fuerte crítica al Estado argentino, puesto que el espacio público –donde las demandas iban a ser articuladas– le permitió a la agrupación, en un momento posterior, mostrar la radicalidad de su denuncia, ya que su reclamo excedía el pedido de justicia por “casos judíos”. A su vez, gracias a esta estructura de demanda, MA pudo articularse con otros movimientos sociales¹⁰, la mayoría de ellos íntimamente vinculados con los hechos ocurridos en la última dictadura militar en Argentina (1976-1983) y relacionados con el lenguaje de los derechos humanos.

El espacio público

Desde 1994 hasta fines de 2004, MA se concentró todos los lunes por la mañana en frente al Palacio de Justicia para reclamar justicia al Estado argentino por el atentado a la AMIA y a la embajada de Israel. A nuestro parecer, lo interesante del evento recayó en que no sólo asistieron integrantes de MA o de la comunidad judía, sino también diferentes grupos sociales que se acercaron para expresar su apoyo y solidaridad hacia la agrupación. Jubilados, grupos de derechos humanos –principalmente: Madres de Plaza de Mayo, Amnistía Internacional, el Centro de Estudios Legales y Sociales– entre otros. De aquí que MA mencione:

⁹ Entrevista de la autora con Gerardo Mazur, integrante de MA, realizada en Buenos Aires el 11 de noviembre de 2001. Ver también, Memoria Activa, “Memoria Activa a dos años del atentado a la AMIA”..., pág. 27.

¹⁰ Estos grupos son Amnistía Internacional, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Madres de Plaza de Mayo, entre otros.

Más de 500 personalidades se acercaron a la Plaza para dar testimonio y acompañar a MA en sus demandas, ya que todos peleamos por lo mismo: justicia¹¹.

Entonces, el empleo del espacio público le permitió a MA relacionarse con otros organismos de derechos humanos, así como también aunar sus reclamos al suyo. Tanto es así que, hoy en día, MA ha dejado de considerar los atentados a la AMIA y a la embajada de Israel como hechos aislados, pues cree que los atentados están íntimamente relacionados con otros crímenes de Estado¹². Siendo así, no es de extrañar que MA diga:

La relación que entablamos con otros grupos de derechos humanos es recíproca, puesto que todos nos juntamos con el mismo propósito, nuestro común denominador es la búsqueda por la justicia¹³.

Tampoco es de extrañar que MA relacione sus demandas y, a su vez, reclame no solamente por el caso AMIA sino por “todos los casos de impunidad que hay en la Argentina”¹⁴.

Esto último nos permite ubicar el pedido de justicia de MA en un nivel más general de demanda; es decir, asociar su demanda con un interés y compromiso social más amplio y generalizado. Es más, creemos que en estos diez años MA no sólo logró vincular sus demandas con otras demandas de justicia, sino también homogenizar su reclamo de manera tal que el mismo pasó a formar parte de todas aquellas denuncias que expresaban un claro descontento hacia el Estado argentino. Pronto, esto se visualizó en la conformación de una frontera política, la cual dividía el espacio social en dos campos claramente antagónicos¹⁵, los que reclamaban justicia y los que proclamaban su encubrimiento.

¹¹ De la entrevista de la autora con Gerardo y Eugenia Mazur, integrantes de MA, y Laura Bonaparte, de Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora, realizada en Buenos Aires el 15 de octubre de 2001. Ver también: Memoria Activa, “Memoria Activa tres años de impunidad por las víctimas de la AMIA”, Documentos Página/12, Buenos Aires, Argentina, 1997, págs. 7-15.

¹² Memoria Activa, “Discurso pronunciado por Memoria Activa en la Plaza Lavalle en el 8 aniversario de la masacre en AMIA”, Buenos Aires, Argentina, 15 de julio de 2002. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/aniversarios.htm>, al 10 de julio de 2009. Ver también, Memoria Activa, “Memoria Activa a dos años del atentado a la AMIA”..., pág. 24.

¹³ De la entrevista de la autora con Gerardo Mazur, integrante de MA, realizada en Buenos Aires el 13 de agosto de 2001.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Howarth, David y Yannis Stavrakakis, “Introducing discourse theory and political analysis”, en: David Howarth, Aletta Norval y Yannis Stavrakakis (editores), *Discourse Theory and Political Analysis*. Manchester University Press, Londres, Reino Unido, 2000, pág. 11.

Durante estos catorce años muchos actores han interactuado con MA; consideramos importante señalar cómo éstos condicionaron las demandas y camino de lucha de MA. En primer lugar se encuentra el Estado argentino, entendiéndolo por éste principalmente al gobierno de Carlos Saúl Menem (1989-1999) y al gobierno de Fernando De la Rúa (1999-2001). Desde 1994, MA considera a la administración de Menem y luego a la de la Rúa sus principales adversarios, razón por la cual reclama justicia junto a otros organismos de derechos humanos, los cuales también acusan al Estado nacional de ser el mayor responsable por la falta de justicia. En segundo lugar, la dirigencia de la comunidad judía en Argentina. Si bien MA considera que esta última no fue la responsable directa del atentado a la AMIA, la agrupación ésta convencida de que es igualmente responsable del ataque, ya que ha sido cómplice de la impunidad que comenzó a girar en torno al atentado, razón por la cual en 1997 constituyó su propia querrela en la causa judicial, separándose de la representación legal de AMIA-DAIA. En tercer lugar, la Agrupación Por el Esclarecimiento de la Masacre Impune de la AMIA (APEMIA), grupo que surgió en el año 2001 como un desprendimiento de MA, ocasionando un fuerte debilitamiento al interior de ésta. Por último, los gobiernos “K” –Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Fernández de Kirchner (2007-presente)–, en particular la figura presidencial de Néstor Kirchner, quien no sólo ha conseguido el apoyo político necesario dentro del Peronismo, sino también por fuera del partido, convirtiéndolo hoy en día a él y la actual presidenta Cristina Fernández de Kirchner en actores fundamentales a la hora de articular reclamos de justicia relacionados con el lenguaje de los derechos humanos.

De esta manera, a lo largo del trabajo nos proponemos mostrar los cambios que ha sufrido la demanda de justicia en MA. Sostenemos que, por un lado, esto se debe a los acercamientos, tanto permanentes como esporádicos, de MA con otros movimientos de derechos humanos que también demandaban o actualmente demandan justicia al Estado nacional. Mientras que por el otro, las negociaciones, situaciones de conflicto y enfrentamientos mismos del espacio político en el que MA lleva a cabo su lucha, han modificado sustancialmente la demanda de justicia enarbolada por este grupo. Así, interpretar el significado que MA le dio y da a su reclamo, es ponerse a hacer, en buena medida, el riguroso y difícil ejercicio de reconstruir el espacio político por el que la agrupación transitó desde sus inicios hasta la actualidad.

El espacio político

El Estado argentino y los gobiernos de Menem y De La Rúa

Desde la emergencia de MA, la agrupación colocó al Estado argentino, en especial al gobierno de Carlos Saúl Menem (1989-1999) y luego a la administración de Fernando De la Rúa (1999-2001), como interlocutores directos de sus demandas. De esta manera, desde sus inicios y sin lugar a dudas, MA identificó al propio Estado argentino como el primer responsable de la impunidad que giró entorno al ataque; siendo así, no tardó en clasificarlo como su principal enemigo:

...los representantes nacionales no hicieron nada para hacer justicia, por el contrario, hicieron lo posible por mantener y permitir que reinase impunidad en nuestro país, ellos se volvieron nuestros enemigos¹⁶.

Desde un principio el terreno político para MA fue entendido como un espacio de conflicto donde el Estado, asociado con el gobierno de Menem –y luego el de De la Rúa– se presentaba como un enemigo concreto y fácilmente identificable. Un ejemplo ilustrativo fue el tercer aniversario al atentado a la AMIA, donde Laura Ginsberg, ex-representante de MA, enfáticamente expresó el famoso “yo acuso”:

Yo acuso al gobierno de Menem y Duhalde¹⁷ por permitir la impunidad, la indiferencia de quienes sabían sobre el atentado y callaron, de permitir la inseguridad y la ineptitud. Yo acuso al gobierno de Menem y Duhalde de ocultar la conexión local que fue usada para matar a nuestros familiares¹⁸.

Desde un primer momento, entonces, observamos que el enfrentamiento de MA con el gobierno de Menem no sólo comenzó a condicionar y conformar el carácter político de MA sino al mismo tiempo a dividir el terreno político en dos campos antagónicos. En efecto, por un lado se podía situar al gobierno de Menem, y por el otro a MA, a quien tiempo más tarde se le unirían diferentes movimientos relacionados al campo de los derechos humanos. Sin embargo, como veremos a continuación, los límites que separaban la arena política en dos campos opuestos, lejos de haber estado determinados o sido

¹⁶ Palabras de Diana Malamud, integrante de MA, entrevistada por la autora en Buenos Aires el 2 de mayo de 2002.

¹⁷ Eduardo Duhalde, ex vicepresidente de Argentina (1989-1991), ex gobernador de la Provincia de Buenos Aires (1991-1999), ex senador de la Provincia de Buenos Aires (2001-2002), ex presidente de Argentina (2002-2003).

¹⁸ Memoria Activa, “Discurso aniversario 18 de julio de 1997”, Buenos Aires, Argentina, 18 de julio de 1997. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/aniversarios.htm>, al 10 de julio de 2009.

precisos, sufrieron desplazamientos tales que llevó a que MA tildara a la propia dirigencia de la comunidad judía de cómplice por encubrir las irregularidades en la causa AMIA. Lo que tiempo más tarde llevaría a MA a romper todo tipo de relación con ésta última.

La dirigencia judía

El distanciamiento de MA con la dirigencia comunitaria tomó estado público recién a mediados de 1997, cuando las discrepancias entre MA y la comunidad judía se tornaron insostenibles. Tanto es así que un integrante del grupo comentó:

No hemos sido legalmente representados como correspondía... [y] aunque la dirigencia [judía] no fue la responsable directa del atentado, fue cómplice de la impunidad que comenzó a rondar alrededor de éste, ya que no ha investigado lo suficiente para que se llegase al esclarecimiento¹⁹.

El enfrentamiento fue aún mayor cuando en 1997, luego del “Yo Acuso” de Laura Ginsberg en el tercer aniversario del atentado a la AMIA, los líderes comunitarios fueron a ofrecerle disculpas a los gobernantes de turno por los insultos recibidos tanto por parte de integrantes de MA como de los manifestantes que asistieron al acto²⁰.

A partir de entonces, se produce un quiebre y ruptura de MA hacia la dirigencia de la comunidad judía, y MA decide conformar su propia querrela en la causa jurídica de AMIA. Así, en 1997, MA conformó una querrela absolutamente independiente, la cual a diferencia de la de DAIA y AMIA, ya que “obstruye la inacción, el esfuerzo menemista por no alcanzar la verdad de los hechos”²¹.

Con la constitución de una querrela independiente, la agrupación pasó a adoptar una posición más firme y activa hacia el Estado, ya que MA dejó de cuestionar al gobierno solamente por fuera de las instituciones estatales. Esta situación, le permitió estrechar aún más los lazos con todos aquellos grupos que también demandaban justicia al Estado nacional. A través de dicha acción, MA logró ampliar todavía más el contenido de su pedido e incluir otras demandas de justicia en su reclamo. Sin embargo, si concordamos en que esta maniobra

¹⁹ Palabras de Diana Malamud, integrante de MA, entrevistada por la autora en Buenos Aires el 8 de julio de 2002.

²⁰ Castro, Ángeles, “Replanteo tras el acto de la AMIA”, periódico La Nación, Buenos Aires, Argentina, 20 de julio de 1997. Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=73140, al 10 de julio de 2009.

²¹ Memoria Activa, “Documento nacional contra la impunidad”, Documentos Página/12, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 15.

fue clave para la ampliación del rango de su demanda, también es importante mencionar que el contenido inicial de la demanda de MA ha sido modificado, puesto que su reclamo se nutre ahora de diversas demandas.

Una vez más observamos cómo la lucha por la justicia se presenta como el principal elemento articulador entre diferentes demandas públicas, permitiendo que se genere entre los movimientos de derechos humanos, de manera constante y sistemática, una homogenización en el contenido de sus pedidos. Sin embargo, esto no impide que mientras demandan justicia al Estado argentino, los diferentes movimientos tengan intereses diversos, y por ende sus motivos de protesta también sean distintos. En este sentido, lo que fue motor y dio luz a la articulación de las demandas fue el oponerse a la injusticia estatal; empero, como bien menciona Laclau, oponerse a la injusticia no implica ponerse de acuerdo acerca de absolutamente nada²². Esto último nos lleva a cuestionarnos sobre la plasticidad de la demanda de MA: la posibilidad de que la misma sea modificada y transformada. Observamos, a su vez, que dicha plasticidad no sólo quedaba restringida a la demanda, sino también se presentaba en la demarcación de los enemigos del grupo.

Por este motivo, creemos que MA no tardó en entender que sus enemigos no sólo podían encontrarse “por fuera” de la comunidad judía sino también dentro de ella. De aquí la necesidad de crear una querrela propia e independiente de la dirigencia judía. En consecuencia, MA comenzó a demandar justicia por ambas vías, es decir, desde la Plaza de la Memoria, lo que vendría a ser por fuera de la Corte de Justicia, y mediante los canales legales. Asimismo, el “dominio” de ambos medios (público/ jurídico) comenzó a ser funcional y complementario en su lucha por la justicia. Ya que pronto uno de sus principales objetivos fue,

...reunirse todos los lunes para informar de una “manera didáctica” el estado actual de la causa y transmitir algunos conceptos que tienen que ver con la justicia²³.

De esta manera, al informar pública y didácticamente el estado actual de la investigación, MA le estaba dando a conocer a la sociedad en su conjunto lo que estaba sucediendo dentro de las estructuras

²² Laclau, Ernesto. *Misticismo, retórica y política*. FCE, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 32.

²³ Palabras de Gerardo Mazur, integrante de MA, entrevistado por la autora en Buenos Aires el 11 de noviembre de 2001.

jurídicas con la causa AMIA. El espacio público se presentaba así como un espacio de presión y denuncia del espacio jurídico.

De este modo, a diferencia de 1994, en 1997 nos encontramos con escenarios políticos completamente diferentes, ya que en 1997 la arena política para MA se dividía entre, por un lado, el Estado argentino y la dirigencia de la comunidad judía y, por el otro, los organismos de derechos humanos y todos aquellos movimientos que reclamaban justicia al gobierno nacional. Sin embargo, a fines de 2001 MA se enfrentó con un panorama político completamente de distinto. Este nuevo escenario estuvo íntimamente emparentado con la crisis económica y socio-política que atravesó la sociedad argentina en su conjunto. Meses más tarde dicha crisis repercutiría en MA con el surgimiento de APEMIA (Agrupación Por el Esclarecimiento de la Masacre Impune de la AMIA). Como es de conocimiento público, a raíz de los acontecimientos acaecidos el 19 y 20 de diciembre de 2001, el entonces presidente Fernando De la Rúa renunció a su cargo. En su reemplazo asumió la presidencia el doctor Adolfo Rodríguez Saá, y aunque duró sólo siete días en el poder, para MA no fuera simplemente un presidente más. Al anunciar el nuevo gabinete²⁴ presidencial, se da a conocer públicamente la noticia de que Rodríguez Saá había convocado al abogado de MA, Alberto Zuppi, para hacerse cargo de la Secretaría de Justicia.

APEMIA

Entonces, si bien para muchos integrantes de MA la emergencia de APEMIA fue producto de un crecimiento interno²⁵, para otros, en especial para Laura Ginsberg²⁶ se debió al hecho de que el abogado de MA fuera convocado por el gobierno entrante para ser parte de su gabinete, abriendo con ello el interrogante,

¿En que quedó el slogan “Basta de impunidad en la causa AMIA” ahora que nuestro representante es quien tendrá que defender al Estado Nacional frente a nuestras acusaciones²⁷?

²⁴ Ver, Moreno, Sergio, “Quiénes son los nuevos ministros de Rodríguez Saa. Gabinete ecléctico y con sorpresas”, periódico *Página/12*, Buenos Aires, Argentina, 24 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-12/01-12-24/pag05.htm>, al 10 de Julio de 2009.

²⁵ De la entrevista de la autora con Mariana, integrante de MA, realizada en Buenos Aires el 15 de julio de 2002.

²⁶ De la entrevista de la autora con Laura Ginsberg, ex integrante de MA, titular de APEMIA. Disponible en: <http://apemia.blogspot.com/>, al 10 de julio de 2009.

²⁷ Palabras de Laura Ginsberg, ex integrante de MA, en el discurso en la Plaza de la Memoria, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/antiores2001diciembre.htm>, al 10 de julio de 2009.

Las semanas siguientes al 24 de diciembre de 2001, lejos de debatir prolijamente lo que había sucedido, se hacía evidente que los roces y desacuerdos dentro de la agrupación no eran recientes. De aquí que las versiones y visiones frente a un mismo episodio hayan sido percibidas de manera distinta y hasta contradictoria por los miembros de MA, pues algunos de sus integrantes expresaron que “el ‘desprendimiento’ fue resultado de un desarrollo interno”²⁸, mientras que otros afirmaron que: “APEMIA surgió porque la dirigencia de MA se había apropiado de un derecho colectivo”²⁹; agregando que de ahora en adelante, “la lucha tomaría lugar donde realmente se enfrenta al gobierno nacional: en la Plaza de Mayo [la plaza presidencial]”³⁰.

En este sentido nos parece necesario retomar al menos dos cuestiones en relación a la forma en que esta agrupación venía demandando justicia. Por un lado, el surgimiento de APEMIA no significó simplemente que un grupo decidiera abandonar la Plaza de la Memoria y reclamar justicia desde la Plaza de Mayo, sino que el hecho mismo de que una nueva agrupación se desprendiera de MA cuestionaba las formas y los medios que el grupo usaba en su demanda de justicia.

Por otra parte, con la emergencia de APEMIA el espacio político, claramente definido en 1997 entre los que apoyaban a MA y los que no, entre los que eran caratulados como enemigos o simpatizantes, comienza a convertirse en un campo de conflicto al interior mismo de MA. Así, las fronteras políticas que en algún momento delimitaron los bordes que separaban a MA de sus enemigos, empezaron a señalar los que se encontraban “afuera” de MA pero desde el “interior” de MA. En efecto, el núcleo mismo de MA pasó a estar dividido en dos polos opuestos. Ello podía observarse a la hora en que APEMIA acusaba a MA de “no ser tan radical e intransigente como lo había sido anteriormente”³¹. De esta manera, se produce un giro en la confrontación del reclamo, MA cuestiona a APEMIA y viceversa, en vez de depositar todas sus energías en enfrentar al Estado. Esto nos lleva a preguntarnos, ¿si es posible interpelar al Estado desde la

28 De la entrevista de la autora con Mariana, integrante de MA, realizada en Buenos Aires el 15 de julio de 2002.

29 Laura Ginsberg, integrante de APEMIA, ex integrante de MA, en el discurso en la Plaza de la Memoria, Buenos Aires, 14 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/antiores2002enero.htm>, al 10 de julio de 2009.

30 Kollmann, Raúl, “Laura Ginsberg lidera otra escisión de Memoria Activa”, periódico *Página/12*, Buenos Aires, Argentina, 25 de junio de 2002, pág. 11.

31 Kollmann, Raúl, “Laura Ginsberg lidera otra escisión de Memoria Activa”...

diferencia, y si la diferencia puede ser vista no como un enemigo, sino como una manera diferente de demandar justicia?

Gobiernos K-I: el acercamiento a MA

En 2003, frente al gobierno de Néstor Kirchner, MA enfrenta un panorama completamente diferente. Cabe recordar que aunque la fórmula presidencial encabezada por Néstor Kirchner y Daniel Scioli no logró posicionarse en el primer lugar en las elecciones del 27 de abril de 2003, el 25 de mayo de 2003, Kirchner asume la presidencia nacional. Esto debido a que el candidato a presidente Carlos Saúl Menem, junto a su compañero de fórmula Juan Carlos Romero, decide no presentarse a *ballottage*³², el cual debería haber tenido lugar el 18 de mayo de ese año.

De esta manera, Kirchner automáticamente se convirtió en el presidente electo de los argentinos, pero con el más bajo porcentaje de votos de la historia argentina: sólo el veintidós por ciento. Ante este escenario, Kirchner acusó a Menem de amenazar las bases democráticas y de tratar de generar una situación de inestabilidad política con el propósito de que el gobierno entrante fuese percibido como débil e inconsistente. De aquí que el presidente electo haya llamado a los diversos sectores a contribuir con el pueblo argentino para lograr la construcción de un país nuevo y diferente. Siendo así, desde un primer momento, la necesidad de generar consenso apareció como prioridad en la agenda política del nuevo gobierno. Dicha necesidad se trasluce en la variedad³³ con la que el gabinete presidencial fue diseñado. El gabinete político pasó a ser un gran abanico de posiciones políticas, que incluía desde simpatizantes del partido radical hasta fieles miembros del partido peronista, intentando al mismo tiempo prestar especial atención a temas de derechos humanos. Para ello, se convocó, por ejemplo, a Rafael Bielsa³⁴ como

³² Ver en La Nación, “Quedaron a dos puntos de diferencia. Menem y Kirchner disputarán la segunda vuelta el 18 de mayo”. Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=492225, al 10 de julio de 2009.

³³ Los ministros que acompañaron al presidente Kirchner fueron: Alberto Fernández, secretario de la Secretaría de Gobierno; Aníbal Fernández, Ministerio del Interior; Rafael Bielsa, Relaciones Exteriores; José Pampuro, Defensa; Roberto Lavagna, Economía; Gustavo Béliz, Justicia; Daniel Filmus, Educación; Carlos Tomada, Trabajo; Ginés González García, Salud; Alicia Kirchner, Desarrollo Social; Julio De Vido, Planeamiento Federal, Servicios e Inversión Pública; Sergio Acevedo a cargo de la Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE).

³⁴ Rafael Bielsa es conocido por haber sido activista político del partido político Frepaso, durante la década de los 90. A su vez, en el gobierno de De la Rúa,

ministro de relaciones exteriores, y se reemplazó a Julio Nazareno³⁵ por Eugenio Raúl Zaffaroni³⁶ en la Suprema Corte de Justicia.

Gracias a la generación de consenso, Kirchner consiguió todo aquel apoyo político que no logró obtener oficialmente en las elecciones presidenciales, específicamente desde los partidos de izquierda. Por esta razón, desde el comienzo de su mandato, las políticas del gobierno de Kirchner se inclinaron a favor de los derechos humanos, cuestión por la cual su gobierno fue clasificado, por muchos, como un gobierno de izquierda, “rojo”.

Ahora bien, este posicionamiento del gobierno tuvo consecuencias directas en la demanda de MA. A los pocos meses que Kirchner se hiciera cargo de la presidencia, MA expresó:

A 9 años de tanta muerte, un nuevo escenario político se nos presenta a los argentinos. Por primera vez en 9 años un gobierno nacional parece asumir la causa AMIA como un tema de Estado

Que hoy el Presidente de la Nación [Néstor Kirchner] se comprometiera con Memoria Activa a abrir toda la información de todos los organismos del estado, significa que siempre fue posible, ¿por qué nadie lo hizo antes³⁷?

Bielsa estuvo a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), organismo nacional a cargo de investigar los fondos y la transparencia del Estado. Su gestión es conocida por dar a conocer las inmensas sumas de dinero que fueron gastadas por la SIDE, en ese entonces a cargo de Fernando de Santibañes. Ver: Política y actualidad.Com, “Rafael Bielsa”. Disponible en: http://www.politicayactualidad.com/autores.asp?id_autor=132, al 10 de julio de 2009.

35 Fue el presidente de la Suprema Corte de Justicia por casi 10 años durante el gobierno de Carlos Menem. Durante su gobierno, fue conocido por integrar e impulsar la “Mayoría Automática Menemista”. Como presidente de la Corte, impulsó la ampliación de la Corte de Justicia, tanto es así que la Corte de tener cinco miembros pasó a tener diez, todos ellos elegidos por el entonces presidente. Ver: Terra, Actualidad, “Cambios en el Tribunal, el juez Julio Nazareno renunció a la Corte”. Disponible en: <http://www3.terra.com.ar/canales/politica/72/72205.html>, al 10 de julio de 2009.

36 Eugenio Raúl Zaffaroni, reconocido activista en el campo de los derechos humanos. La designación de Eugenio Raúl Zaffaroni como nuevo integrante de la Corte Suprema de Justicia, fue apoyada por unas de las principales organizaciones de derechos humanos: Madres de Plaza de Mayo, Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora, y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), entre otros. Ver: Granovsky, Martín, “Zaffaroni, candidato único para reemplazar a Nazareno”, periódico Página/12, Buenos Aires, Argentina, 2 de julio de 2003. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-22167-2003-07-02.html>, al 10 de julio de 2009.

37 Memoria Activa, “Discurso pronunciado por Memoria Activa en la Plaza Lavalle en el 9 aniversario de la masacre en AMIA”, Buenos Aires, Argentina, 14 de julio de 2003. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/aniversarios.htm>, al 10 de julio de 2009.

De esta manera, el ex presidente Kirchner ha conseguido tener un rol fundamental en la demanda de justicia de los diferentes movimientos de derechos humanos, incluida MA, mediante sus políticas relativas a estos derechos. Los diálogos entre MA y el entonces presidente nacional comenzaron a ser más frecuentes y fluidos. Luego de la colaboración del presidente en la apertura de los archivos secretos ocultados por la SIDE, quedaba claro que la acusación de MA apuntaba directamente hacia los gobiernos anteriores, ya que ellos no sólo no habían hecho nada para abrir los archivos de la causa AMIA, sino que además contribuyeron a que no haya habido presión para que éstos fueran abiertos. En este contexto, las políticas empleadas por el gobierno de Kirchner pueden ser entendidas como un momento de ruptura y cambio. A través de abrir los archivos secretos, aquellos que la SIDE fuertemente se oponía a abrir, el gobierno K logró desafiar el pasado y estructurar una nueva realidad política.

Mediante estas acciones y otras, sumadas a sus relaciones en el campo de los derechos humanos, el gobierno de Kirchner logró acercarse y posicionarse en el mismo nivel de todos aquellos que demandaban justicia junto a MA, logrando un amplio apoyo de MA así como también la confianza de otros grupos de derechos humanos.

El soporte por parte de los movimientos de derechos humanos pudo ser visto, por ejemplo, en la conmemoración por el 28 aniversario de la última dictadura militar en Argentina, la cual tomó lugar el 24 de marzo de 2004. Allí, Kirchner anunció que la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), uno de los campos de detención de desaparecidos más grandes de toda Sudamérica, funcionaría como un museo y sería llamado Museo de la Memoria. A su vez, en dicho evento Kirchner terminó de ganarse la simpatía de las diferentes agrupaciones de derechos humanos y movimientos de izquierda al inaugurar el museo en la puerta de entrada de la ESMA, permitiendo con ello que la asistencia al acto fuese abierta a todo el público, sin necesidad de tener invitación previa. Según Kirchner, el objetivo fue comenzar a “crear un poder alternativo”³⁸, cuyas bases surgieran de la arena pública.

Ahora bien, este “poder alternativo” al que Kirchner desde las escalinatas de la ESMA apeló, no sólo se convirtió en el estandarte “K”, sino que simultáneamente comenzó a funcionar como principal arma de apoyo en la búsqueda de consenso político a la hora de

³⁸ Granovsky, Martín, Mario Wainfeld y Sergio Moreno, “Reportaje al presidente Néstor Kirchner sobre la economía, el poder y sus alianzas”, periódico *Página/12*, Buenos Aires, Argentina, 23 de mayo de 2004. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-35715-2004-05-23.html>, al 10 de julio de 2009.

ejecutar sus propuestas. Una vez obtenido, Kirchner articuló una forma particular de hacer política: la política “K”, cuyo éxito recayó en desafiar la dinámica tradicional de las instituciones estatales y caratular de enemigo al autoritario pasado.

El éxito de la administración K se debió a un cuestionamiento de la política convencional, en dos sentidos. Por un lado, desde el interior de las instituciones estatales, al incorporar, por ejemplo, renombrados profesionales, relacionados con el lenguaje de los derechos humanos, tanto en su gabinete como en el poder judicial. Por el otro, desde la arena pública, mediante el uso de canales extra oficiales para condenar el pasado, a través, por ejemplo, de inaugurar el museo de La Memoria desde afuera del edificio.

Claramente, una de las características principales de la política K ha sido su particular preocupación por el tema de los derechos humanos. Para esto fue necesario que el antiguo gobierno K se acercara a las agrupaciones de derechos humanos, incluida MA. Para que ello sucediera, a su vez, era necesario que se enfrentara con los gobiernos anteriores y defenestrara al autoritario pasado. De este modo fue posible que MA se relacionara con la administración K de una manera completamente diferente como lo hizo con los gobiernos anteriores. El gobierno K ya no era considerado un enemigo de Estado. Muy por el contrario, más de una vez fue difícil trazar la distinción de dónde terminan las políticas del Estado y comenzaban las acciones de los organismos de derechos humanos: el acto del décimo aniversario del atentado a la AMIA, el cual tuvo lugar el 18 de julio de 2004, pudo ser un ejemplo de ello.

Frente a la reconstruida AMIA, el 18 de julio, como todos los años, se llevó a cabo el acto en conmemoración al atentado contra la misma. Sin embargo, a diferencia de otros gobiernos, el entonces presidente, la actual presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, y otros funcionarios públicos, asistieron a la ceremonia. Empero, Néstor Kirchner, en vez de ubicarse en el palco principal, como era de esperarse debido a su investidura presidencial, prefirió estar en el piso para tener la oportunidad de hablar directamente con la gente que participaba del evento. En tal acto, Kirchner fue afectuosa y respetuosamente tratado, tanto por los familiares de las víctimas como por la gente que asistió³⁹.

³⁹ Di Nicola, Gabriel, “AMIA: una multitud volvió a pedir justicia”, periódico La Nación, Buenos Aires, Argentina, 19 de julio de 2004. Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=619823, al 10 de julio de 2009.

Así, sus políticas lejos de separar la sociedad civil del terreno político y lo privado de lo público, marcaron una distinción clara entre el pasado y el presente. De esta manera, fue el propio gobierno de Kirchner que demarcó quienes serían asociados con antiguos mandatos y quienes con los nuevos tiempos.

Así las cosas, al poner como estandarte a la justicia y los derechos humanos, el entonces presidente logró culpabilizar a los gobiernos anteriores y distanciarse de éstos. Esta situación le permitió involucrarse más aún en el pedido de justicia de MA. De esta manera, al focalizar el reclamo de justicia en los gobiernos anteriores, el gobierno de Kirchner no sólo consiguió demandar justicia junto a MA, sino también ser uno de los actores principales a la hora de articular su demanda con otros organismos de derechos humanos.

Entonces, a diferencia de 1997 donde la arena política estaba dividida en dos campos antagónicos⁴⁰, esto es, entre el gobierno de Menem, por un lado, y MA y los organismos de derechos humanos, por el otro, en el 2004 el espacio político se caracterizó por delimitar dos momentos opuestos: el pasado autoritario y el presente democrático.

A su vez, contrariamente al año 2001 donde las fronteras políticas delimitaban dos terrenos contrapuestos al interior de MA –MA y APEMIA–, en el 2004 MA volvió a utilizar sus actos para acusar a los responsables del atentado, en vez de discutir públicamente con APEMIA cuestiones internas de su organización. Ello pudo observarse en el acto del 17 de julio de 2004, donde MA focalizó su acto en acusar a quienes fueron los culpables del ataque y los responsables de su posterior impunidad, sin dejar de reconocer la labor del gobierno de Kirchner.

10 años en los que denunciamos al ex Presidente Fernando De la Rúa, quien en su corta y vergonzosa gestión fue continuador de la construcción de la impunidad

10 años en los que denunciamos al ex Presidente Eduardo Duhalde, responsable de la maldita policía, continuador de la impunidad

10 años en los que denunciamos al prófugo de la Justicia Argentina, el ex Presidente Carlos Menem, responsable de consentir la impunidad, la impericia y la ineptitud en la causa AMIA. Máximo responsable de que se haya perdido la posibilidad de conocer la verdad y que se haga justicia. Posible responsable de acuerdos y pactos que permitieron que el atentado tuviera lugar y quedara impune

Después de estos 10 años se puede decir que hay logros??

La respuesta es: NO!!!

⁴⁰ Laclau, Ernesto y Mouffe Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. Segunda edición, Verso, Londres, Reino Unido, 2001, pág. 131.

Pero, sin embargo, algunos hechos son contundentes...

10 años y algunos de los habitantes de este edificio de la Suprema [Corte de Justicia] son otros⁴¹.

Por un lado, en relación al gobierno de Kirchner, estas palabras muestran que el entonces presidente logró distanciarse del acusatorio pasado para apropiarse del justiciero presente formando parte de las demandas populares. Sin embargo, de lo narrado anteriormente se desprende la siguiente pregunta, ¿por cuánto tiempo iba a poder Kirchner ser parte de las demandas populares y acusar a los gobiernos del pasado sin que su propio gobierno se viera afectado? En otras palabras, ¿por cuánto tiempo el gobierno de Kirchner iba a poder controlar las demandas populares y con ellas la de MA?

Según lo dicho anteriormente, Kirchner pudo seguir vinculado a la demanda de MA con éxito mientras continuó comportándose, en ciertos espacios, como un ciudadano común y corriente, preocupado por los crímenes ocurridos en el pasado dictatorial y por la falta de justicia en un contexto democrático, como sucedió en el décimo aniversario del atentado a la AMIA, donde él y su esposa se colocaron en el piso, en vez de en el palco de los oradores, para hablar y ser parte del público. A su vez, el entonces presidente iba a poder seguir entrometiéndose en las demandas populares sólo si se presentaba como “aquel” que por su figura presidencial podía y estaba obligado a terminar con el autoritario pasado, a través de mostrarse lo suficientemente fuerte para seguir aplicando políticas específicas relacionadas con los derechos humanos, así como también para seguir demandando justicia junto a los organismos que encabezan los reclamos en ese sentido.

Luego de diez años de una interrumpida presencia en la Plaza de la Memoria, el lunes 27 de diciembre de 2004 Memoria Activa anunció que sería el último lunes que demandaría justicia desde la Plaza. Resulta oportuno preguntarnos por la relación entre el retiro de la Plaza y las nuevas políticas K.

Gobiernos K-II: MA deja la Plaza

El domingo 26 de diciembre de 2004 aparece en uno de los principales periódicos argentinos la noticia de que “Memoria Activa decidió dejar la Plaza”. El artículo decía que el tiempo en la Plaza se había terminado, no obstante, los integrantes de la agrupación

⁴¹ Memoria Activa, “Discurso pronunciado por Memoria Activa en la Plaza Lavalle en el 10 aniversario de la masacre en AMIA”, Buenos Aires, Argentina, 18 de julio de 2004. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/aniversarios.htm>, al 10 de julio de 2009.

continuarían su lucha mediante su querrela, llamando, a su vez, a participar del último acto en la Plaza, el cual iba a tener lugar el lunes 27, a la misma hora de siempre⁴².

Siguiendo la línea argumentativa de este artículo, el primer interrogante que se desprende es si la decisión de MA de dejar la Plaza estuvo influenciada, de alguna u otra forma, por las políticas K de derechos humanos. Este interrogante surge a raíz de lo mencionado más arriba, respecto a las nuevas políticas K y la cercanía del entonces presidente con los organismos de derechos humanos. Como se ha explicado, durante su mandato Néstor Kirchner fue capaz de participar de manera tal en las demandas de justicia que para muchos organismos de derechos humanos el ex presidente fue, y en gran medida su sucesora lo sigue siendo, una parte constitutiva de las demandas populares.

En este sentido, el hecho de que MA dejase la Plaza podría leerse como la satisfacción de un grupo frente a las políticas K. Siendo así, MA no tendría ningún motivo para seguir demandando, ya que por primera vez podría pensarse que la entidad se sintió representada tanto por el gobierno de Néstor Kirchner como por el de turno: hasta el momento no ha vuelto a demandar justicia desde la Plaza, y solo realiza ahí los actos de conmemoración a los aniversarios del atentado a la AMIA.

No obstante, sostenemos que la transición de lo público a lo jurídico debe ser leída en un sentido más amplio, y no sólo como un desprendimiento político a partir de la implementación de ciertas políticas sociales. En efecto, consideramos que la transición de una esfera a la otra implica un proceso mucho más complejo, que para ser entendido requiere ubicarse en la historia misma de MA.

Cabe recordar que desde su surgimiento la agrupación ha mostrado un cambio considerable en su identidad como grupo, lo que llevó a que su demanda también se fuera modificando a lo largo del tiempo. Lo que había empezado como un reclamo judío en 1994, en el 2004 era visto y percibido como un reclamo más amplio.

Como hemos mencionado anteriormente, por más de diez años la agrupación reclamó justicia por dos vías diferentes, pero no por eso opuestas. Es decir, MA reclamaba por dentro de las instituciones estatales y por fuera de los canales legales. Esto es, congregándose

⁴² Kollmann, Raúl, "El adiós a una tribuna pública", periódico Página/12, Buenos Aires, Argentina, 26 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-45242-2004-12-26.html>, al 11 de julio de 2009.

todos los lunes a la mañana en frente de la Corte Suprema de Justicia, así como también a través de su querrela independiente. Ahora bien, lejos de ser incompatibles o contradictorias, ambas vías de demanda se presentan como complementarias, ya que el espacio público era estratégicamente usado para hacerle saber a los ciudadanos, de forma didáctica, lo que estaba sucediendo en el campo jurídico con la causa AMIA.

De lo narrado arriba se desprenden las siguientes preguntas, ¿qué llevó a MA a tomar la decisión de dejar la Plaza? ¿Por qué a finales de 2004, y no en otro momento? ¿Qué lugar ocupa en la decisión de MA el veredicto final del juicio oral por la pretendida “conexión local” del atentado?

Sin lugar a dudas, desde el punto de vista de la protesta social como desde el plano jurídico, el 2004 fue un año agitado para MA. El 2 de septiembre de 2004, la Corte oral del Distrito Federal número tercero de Buenos Aires dio a conocer, luego de tres años, el veredicto final del juicio oral contra la pretendida “conexión local” en el atentado. En tal sentencia se dictaminó la absolución de todos los acusados por el atentado. Sin embargo, en éste también se pidió el juzgamiento del juez Galeano, quien estuvo a cargo de la causa AMIA, de los fiscales Mullen y Barbaccia, del anterior ministro del Interior, Carlos Corach, Hugo Anzorreguy, encargado de la SIDE, Cavallo y Oyarbide, jueces y miembro de la Comisión Bicameral de Investigación de los atentados a la embajada de Israel y a la AMIA, Rubén Beraja, entre otros⁴³. El fallo fue contundente y a la vez controvertido. Confirmó lo que MA venía denunciando por muchos años, la responsabilidad de funcionarios estatales y de dirigentes de la comunidad judía por las maniobras de encubrimiento y falta de voluntad en el esclarecimiento del atentado⁴⁴.

Como era de esperarse, los lunes siguientes al resultado del fallo MA hizo uso de su tarima para hacerle saber a la población el dictamen de la sentencia y su posición respecto. Allí, la mayoría de sus integrantes expresaron su desacuerdo, pero todos remarcaron la importancia de haber tenido “una querrela independiente”⁴⁵, ya que mediante ésta, fueron capaces de exponer las irregularidades del caso. A su vez, la organización reiteró a Néstor Kirchner:

⁴³ Memoria Activa, “Atentado a la AMIA-12 años”..., pág. 3.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Palabras de Eugenia, integrante de MA, entrevistada por la autora en Buenos Aires, el 26 de septiembre de 2008.

La exigencia de expresar en hechos concretos la voluntad política de que se castigue a todos y cada uno de los responsables del encubrimiento de la causa AMIA. Que aparezcan los archivos secretos que permanecen ocultos en la SIDE y Policías. Solicitamos se separe en forma inmediata al juez Galeano porque es inadmisibles y vergonzoso que tenga el poder de seguir “impartiendo justicia”. Exigimos no se le acepte un eventual pedido de renuncia, tal como se hizo con Vázquez. Requerimos que se separe en forma inmediata al Fiscal Barbaccia mientras se sustancian las investigaciones exigidas por el Tribunal⁴⁶.

Por último, MA remarcó una vez más al gobierno y a la sociedad toda que:

No fuimos ni seremos funcionales a ningún poder de turno, los denunciaremos y denunciaremos. Nuestro único compromiso es con nuestros familiares y amigos asesinados en la AMIA el 18 de julio de 1994⁴⁷.

Ahora bien, el hecho de que MA tuviese entonces la oportunidad de expresar su posición respecto al veredicto final del juicio oral, ¿no reforzaba el rol que ocupaba la Plaza para la entidad? O por el contrario, ¿sacaba a relucir la importancia del campo jurídico en la demanda de MA? ¿Se modificaría de ahora en adelante la demanda de justicia de MA?

Como mencionamos más arriba, el lunes 27 de diciembre de 2004 fue el último lunes que se congregó en la Plaza de la Memoria. Ese día, más de diez personas dieron testimonio y, en sus discursos, el retiro de la Plaza fue asociado con el final de una etapa. Algunos integrantes mencionaron la dificultad de mantener los actos de los lunes, ya que consumía mucha energía⁴⁸, otros, dijeron que:

...ya todo estaba dicho, y por tal motivo, no había razón alguna para seguir acudiendo a los encuentros⁴⁹.

Aunque la agrupación no se arrepiente de la decisión tomada, sin lugar a dudas, “haber dejado la Plaza fue un gran cambio y una gran ruptura en muchos sentidos”⁵⁰.

46 Malamud, Diana, “Comunicado de Memoria Activa ante el fallo del Tribunal Oral Federal, Buenos Aires, Argentina, 6 de septiembre de 2004. Disponible en: <http://www.memoriaactiva.com/antiores2004septiembre.htm>, al 10 de julio de 2009.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Palabras de Eugenia, integrante de MA, entrevistada por la autora en Buenos Aires, el 26 de diciembre de 2004.

50 Palabras de Diana Malamud, integrante de MA, entrevistada por la autora en Buenos Aires, el 29 de septiembre de 2008.

Por un lado, MA empezó a tener “mucha menos presencia”. La Plaza “era un instrumento de presión muy importante”. Y “comunicar lo que estaba sucediendo comenzó a ser mucho más difícil”. Mientras que por el otro, esta situación le permitió “encausar un poco más la energía” en el caso AMIA, puesto que antes no tenía “ni tiempo material ni físico porque [la Plaza] nos insumía mucho tiempo y mucho esfuerzo”⁵¹.

Esto demuestra el cambio de prioridades en las actividades de MA. A diferencia de años anteriores, donde la Plaza era la principal actividad y centro articulador de la demanda, hoy en día a la Plaza se concurre sólo en los actos aniversarios, mientras que la energía esta puesta en dismantelar las maniobras del encubrimiento estatal a través de la presión judicial. De este modo, actualmente

...el rol de MA es específicamente jurídico... nuestra lucha tiene que ver con la verdad y la justicia en la causa AMIA, no tenemos otro propósito que ese, y no me imagino la continuación [de MA] con otros objetivos⁵².

Gobiernos K-III: MA, la OEA y el decreto 812/05

Una vez notificadas las conclusiones del juicio oral y de haberse hecho públicas las acusaciones desde el Poder Ejecutivo a la administración de Carlos Saúl Menem por su negligente papel en la investigación de la causa AMIA, el 4 de marzo de 2005 el Estado reconoció su responsabilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁵³. Esto sucedió en el marco de un proceso de denuncia que MA había iniciado ante la CIDH en 1999⁵⁴. Ya se había

51 *Ibidem.*

52 *Ibidem.*

53 Memoria Activa, “Atentado a la AMIA-12 años”..., pág. 1. Ver también, Kollmann, Raúl, “Hubo falta de prevención y una posterior privación de justicia”, periódico *Página/12*, Buenos Aires, Argentina, 5 de marzo de 2005. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-48068-2005-03-05.html>, al 10 de julio de 2009.

54 El 16 de julio de 1999, al cumplirse casi cinco años del atentado, MA, con el patrocinio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Human Rights Watch, y el Doctor Alberto Zuppi, inició un trámite de demanda ante la CIDH, con número 12.204. En el año 2000 el Estado propuso que la CIDH designara un veedor para el juicio oral que se llevaría a cabo en el 2001. En el año 2001 la CIDH designó como veedor del juicio oral al ex presidente de la CIDH, Claudio Grossman, quien observó los tres años que duró el juicio. Entrevista de la autora con Diana Malamud, integrante de MA, realizada en Buenos Aires el 29 de septiembre 2008. Ver también, Memoria Activa, “Atentado a la AMIA-12 años”...

pronunciado respecto a las irregularidades de la investigación judicial Claudio Grossman, ex presidente de la CIDH, quien fue designado por la CIDH como observador internacional de la causa AMIA, y en su informe recomendó a la CIDH la admisión de la demanda de MA en el Sistema Interamericano, en caso de que no se lograra llevar a cabo una solución amistosa⁵⁵.

Ante la OEA, la delegación argentina pidió

...perdón a Memoria Activa así como a todos los familiares y víctimas de los dos atentados [embajada de Israel -1992- y AMIA -1994-]⁵⁶.

A su vez, el Estado Nacional reconoció su responsabilidad por la violación del derecho a la vida (artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH), derecho a la integridad física (artículo 5 de la CADH), derecho a las garantías judiciales (artículo 8 de la CADH) y derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) y el deber de garantía (artículo 1.1 de la CADH), los cuales habían sido denunciados por los peticionarios en su trámite ante la CIDH⁵⁷. Asimismo,

El Estado argentino reconoce su responsabilidad ya que existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la embajada de Israel en argentina.

El Estado reconoce su responsabilidad porque existió encubrimiento de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación del hecho ilícito ocurrido el 18 de julio de 1994, y porque este incumplimiento en materia de investigación adecuada produjo una clara denegatoria de justicia. Todo ello conforme fue declarado por el Tribunal Oral Federal en lo criminal no. 3 de la Ciudad de Buenos Aires en su sentencia de fecha 29 de octubre de 2004⁵⁸.

⁵⁵ La supervisión del veedor Claudio Grossman culminó con un impactante informe, el cual dio a conocer las irregularidades que tantas veces habían sido denunciadas por MA. Es en este contexto que el gobierno de Néstor Kirchner propuso iniciar un proceso de solución amistosa. Ver, "Informe del decano Claudio Grossman observador internacional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el juicio de la AMIA - 22 de febrero de 2005". Disponible en: <http://www2.jus.gov.ar/Amia/grossman.htm>, al 10 de julio de 2009. Ver también, Memoria Activa, "Atentado a la AMIA-12 años"...

⁵⁶ Alejandro De la Rúa, representante de la delegación argentina. Ver, Memoria Activa, "Presentación del Dr. Alejandro De la Rúa por el Estado argentino", Washington, 4 de marzo de 2005. Disponible en: http://www.memoriaactiva.com/OEA_marzo2005.htm#4, al 10 de julio de 2009.

⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ver, Memoria Activa, "Acta de la audiencia", Washington, 4 de marzo de 2005. Disponible en: http://www.memoriaactiva.com/OEA_marzo2005.htm#2, al 10 de julio de 2009.

⁵⁸ *Ibidem*.

Es en este contexto internacional que el Estado argentino le propuso a la agrupación iniciar un proceso de solución amistosa del caso ante la CIDH. Como muestra de ello, el 12 de julio de 2005 el Estado hizo oficial el reconocimiento de responsabilidad por la violación de los derechos humanos denunciados, mediante el decreto 812/05. En dicho decreto, el gobierno de Kirchner formalizó la instancia de diálogo iniciada en la audiencia de marzo de 2004, donde detalló los puntos propuestos que se comprometía a cumplir:

- 1) La pública difusión... del reconocimiento de la responsabilidad del Estado argentino...
- 2) La publicidad del Informe Final del Decano Claudio GROSS-MAN...
- 3) La adopción, por las jurisdicciones que correspondan, de medidas de apoyo a la investigación...
- 4) Creación de una unidad especializada en catástrofes, tanto para la atención de las emergencias médicas como para la recolección y protección de pruebas en casos criminales, lo que incluye la elaboración de un plan de contingencia para casos de atentados.
- 5) Medidas relacionadas con reformas normativas con el objeto de:
a) Transparentar el sistema de utilización de fondos reservados de la SECRETARÍA DE INTELIGENCIA; b) facilitar el acceso a la información de inteligencia por parte de los jueces en investigaciones vinculadas con hechos de terrorismo.
- 6) Promover la sanción de una ley de reparación para todas las víctimas del atentado.
- 7) Cuestiones vinculadas con las costas en el proceso interno e internacional⁵⁹.

Para MA el hecho de que el Estado haya ...asumido la responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos... fue un gesto muy importante de parte de Néstor Kirchner⁶⁰.

Lamentablemente hasta el momento, con excepción de las medidas de difusión pública, el Estado argentino no ha cumplido ninguna de las cuestiones prometidas⁶¹. Como mencionó Malamud, integrante de MA:

De alguna manera ellos pensaban que ahí terminaba su responsabilidad y olvidaron los puntos que ellos se comprometieron a cumplir⁶².

En consecuencia, MA seguirá solicitando audiencias ante la CIDH para evaluar el avance del caso, seguirá demandando justicia para que

⁵⁹ Memoria Activa, "Decreto 812/05". Disponible en: http://www.memoriaactiva.com/Decreto812_2005.htm, al 10 de julio de 2009.

⁶⁰ Palabras de Diana Malamud, integrante de MA, entrevistada por la autora en Buenos Aires, el 29 de septiembre de 2008.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

se cumplan los puntos que el gobierno se comprometió a implementar y, principalmente, para garantizar que se cumpla lo que el gobierno propuso. Es decir, para que éste se haga responsable de sus iniciativas y de sus actos.

Entonces, al igual que hace más de catorce años, la demanda de justicia de MA sigue siendo por el esclarecimiento del atentado a la AMIA, pero a su vez porque los nuevos gobiernos K, y los muchos que les sigan, cumplan con la responsabilidad internacional que asumió el Estado nacional al firmar el decreto 812/05. Es en este sentido que el gobierno de Néstor Kirchner ha marcado un punto de inflexión en la Agrupación MA.

Conclusión

En este artículo nos propusimos indagar los momentos coyunturales que dieron forma a nuevas y diferentes significaciones en la demanda de justicia de MA. Como hemos demostrado, desde 1994 hasta 2004 MA se concentró todos los lunes por la mañana en frente al Palacio de Justicia para reclamar justicia al Estado argentino por el atentado a la AMIA y la embajada de Israel.

El uso de un espacio público y sin vallas –a diferencia del resto de las instituciones judías– le permitió a MA, por un lado, demostrar que el caso AMIA era un problema de Estado y no solamente “judío”. Por el otro, le permitió asociar el caso AMIA con otros casos de impunidad existentes hoy en día en la Argentina⁶³. Entonces, gracias a esta forma de demanda, MA logró articularse con otros movimientos sociales, íntimamente vinculados con el lenguaje de los derechos humanos. Esto llevó a que la denuncia de MA quedara inscripta dentro de un marco de protesta más generalizado.

Con el gobierno de Néstor Kircher (2003-2007) tanto MA como el resto de los movimientos de derechos humanos se enfrentaron con un panorama político completamente diferente. Para MA era la primera vez que un presidente colaboraba con la investigación judicial e internacionalmente reconocía la responsabilidad del Estado argentino en no haber prevenido el atentado, así como también de haber encubierto las irregularidades de la causa AMIA. A partir de este hecho clave, el derecho internacional se ha constituido el ámbito fundamental desde donde MA actualmente lucha para que el

⁶³ Mazur, Gerardo, integrante de MA, entrevistado por la autora, Buenos Aires, 13 de agosto de 2001.

Estado cumpla con el decreto 812/05. Decreto que el mismo propuso y firmó.

De este modo, aunque dejar la Plaza para MA ha significado una ruptura en la estructura de su demanda, le ha permitido, sin embargo, redelimitar su función y su objetivo: vigilar de cerca el comportamiento estatal ahora también a nivel internacional. Así, MA no sólo hace justicia por los muertos de la AMIA, sino que, comprometiendo al Estado a nivel internacional, sienta precedente para que casos de impunidad y antisemitismo no se sigan repitiendo en la Argentina y continente americano.

Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*

Marianne González Le Saux**
y Oscar Parra Vera***

Introducción

Este artículo es una revisión crítica del manejo del derecho a la igualdad en la sentencia emitida en agosto del 2008 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela¹, en adelante, *Caso Apitz*. El Tribunal analizó el procedimiento disciplinario que llevó a la destitución, en octubre de 2003, de tres de los cinco magistrados de una corte. Entre otros aspectos, en dicho caso fueron analizados tres problemas relacionados con la igualdad:

- i) alegada discriminación en la aplicación de la sanción de destitución, que no fue aplicada a las otras dos magistradas del tribunal que no eran víctimas del caso, a pesar de que todos los integrantes de la corte habían concurrido unánimemente al fallo que motivó el procedimiento disciplinario;
- ii) alegada discriminación en el acceso a nuevos cargos en el poder judicial, puesto que las dos magistradas no destituidas pudieron reintegrarse a la judicatura, no así las víctimas del caso, y

* Agradecemos las observaciones y críticas que, a una primera versión de este artículo, realizaron Elizabeth Abi-Mershed, Víctor Abramovich, Christian Courtis, Manuela Cuví, Ariel Dulitzky, Alfonso Gairaud, María Luisa Romero, Oswaldo Ruiz y Clara Sandoval Villalba. A pesar de diversas críticas, nos mantenemos en algunas de nuestras posiciones en orden a dinamizar el debate.

** Egresada de Derecho de la Universidad de Chile. Se desempeñó como pasante en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*** Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, Capítulo VII, párrs. 186 a 215.

iii) alegada discriminación en la aplicación de la ley procesal, puesto que un recurso interpuesto por una de las magistradas no destituidas fue fallado en un plazo mucho menor a un recurso interpuesto por las víctimas del caso.

En este artículo nos centraremos en el análisis de los problemas i) y iii), a partir de una interpretación de la relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”, la “Convención Americana” o “la CADH”), los cuales consagran las normas generales sobre igualdad y no discriminación. El problema ii) se vincula con el acceso a la función pública y con la interpretación del artículo 23.1.c de la Convención, lo cual rebasa los objetivos de este artículo.

El primer punto analizado por la Corte involucra una discusión sobre la existencia de, por lo menos, dos concepciones de la igualdad en el derecho internacional de los derechos humanos. Analizaremos si era pertinente que el Tribunal distinguiera entre estas dos concepciones al resolver este caso. Por su parte, el análisis del problema iii) llevó a la Corte a establecer una diferencia entre una cláusula subordinada (artículo 1.1) y una cláusula autónoma (artículo 24) de igualdad en el marco de la Convención, lo que a nuestro entender representa un cierto avance jurisprudencial respecto de los fallos anteriores del Tribunal. Sin embargo, creemos que además es posible revisar la diferencia entre ambas disposiciones a la luz de las mencionadas concepciones de la igualdad.

Con estos objetivos, en primer lugar se presentan dos concepciones de la igualdad que es posible identificar en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Una de ellas se refiere a la igualdad como prohibición de trato arbitrario y la otra se refiere a la prohibición de discriminación. La segunda parte del artículo aplica esta diferenciación al caso resuelto por la Corte, para criticar el hecho de que a pesar de que la Corte constató la existencia de un trato arbitrario, no determinó la violación del derecho a la igualdad por dicho concepto. La tercera parte muestra cómo el *Caso Apitz* distingue entre una cláusula autónoma (Art. 24) y una cláusula subordinada (Art. 1.1) de igualdad en el marco de la Convención. Finalmente, una cuarta sección analiza las ventajas e inconvenientes de diferenciar no solo en el ámbito de aplicación sino también en el contenido del derecho a la igualdad consagrado en ambas cláusulas.

1. Dos concepciones de la igualdad en la Convención Americana²

a) Igualdad ante la Ley o igualdad como prohibición del trato arbitrario

Creemos que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos pueden distinguirse, por lo menos, dos concepciones de igualdad. Una primera noción de igualdad como “prohibición del trato arbitrario” es la noción más clásica de igualdad formal. Ésta se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características. Esta noción se ha traducido en los tratados internacionales como “igualdad ante la ley”³. Dicha concepción clásica tiene sus orígenes en el siglo XVIII y estaba principalmente orientada a limitar el poder de las monarquías absolutas. Se vincula estrechamente con la idea de igualdad ante los tribunales, y también con el principio de legalidad, en el sentido de que la interferencia del Estado en las libertades individuales puede realizarse únicamente a través de una “ley general” que debe ser aplicada de forma igual a todos⁴. Este tipo de igualdad está históricamente relacionada con la lucha contra los privilegios de castas que legalmente se construían como “superiores” a otras, y que se eximían de las cargas aplicables a la mayoría. El análisis que exige esta noción de igualdad es el que corresponde a una racionalidad entre medios y fines de la norma: las únicas distinciones aceptables entre

2 El presente texto no explora los profundos debates sobre el concepto de igualdad en la teoría política contemporánea, donde autores como Amartya Sen, John Rawls, Ronald Dworkin, Gerald Cohen, entre muchos otros, han ofrecido diversos conceptos sobre capacidades, necesidades, igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de recursos, en un debate más general sobre el igualitarismo.

3 Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”. Publication No. 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, Noruega, 1990, pág. 29. Ver, por ejemplo, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la CADH.

4 Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., págs. 7 y 8. En íntima relación con este punto se encuentran tanto la idea de igualdad **en** la ley, esto es, que el legislador no debe establecer leyes que hagan distinciones arbitrarias entre personas, así como la igualdad **por** la ley. *Cfr.* Comité DESC, Observación General No. 16, “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 9.

personas son las que se basan en criterios “estrictamente funcionales”⁵ para alcanzar un fin legítimo.

La igualdad ante la ley implica entonces que cuando la ley realiza clasificaciones entre personas, éstas deben evitar la arbitrariedad, por tanto deben ser “objetivas y razonables”⁶. Para determinar ello, se debe seguir un *test* de igualdad en el que se analice si la medida:

- i) es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable,
- ii) si es necesaria, esto es, que no exista otro medio alternativo menos lesivo, y
- iii) si es proporcional en sentido estricto, lo cual exige ponderar entre aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto: debe alcanzarse un mayor beneficio de derechos sin afectar excesivamente el derecho restringido⁷.

En el derecho comparado un *test* más elaborado de esta concepción de la igualdad se ha desarrollado bajo el derecho constitucional norteamericano, en particular gracias a la formulación de Tussman y Tenbroek sobre las relaciones de “subinclusividad” y “sobreinclusividad”. Estos autores postularon que la relación entre

⁵ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en: Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional, Tomo II*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 706. En el mismo sentido, ver Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. GEDISA Editorial, Barcelona, España, 1999, pág.146.

⁶ Esta es la ya conocida formulación del *test* de igualdad adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos en uno de sus *leading cases* sobre el tema: “the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed **in relation to the aim and effects** of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a **legitimate aim**: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no **reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised**”. European Court of Human Rights. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, Judgment of 23 July 1968, para. 10. El subrayado es nuestro.

⁷ Una formulación más refinada de este juicio débil de igualdad puede verse en Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en: Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, págs. 276 a 279.

medios y fines puede darse en distintos grados: a veces una norma que persigue un cierto fin puede incluir a categorías de personas que debieron quedar fuera de su alcance (sobreinclusiva) o no incluir a todas las personas que debieron caer bajo su alcance (subinclusiva)⁸. En estos casos, siguiendo el juicio mencionado en el párrafo anterior, existirá una vulneración del derecho a la igualdad sólo si la sobreinclusión o subinclusión son abiertamente desproporcionadas, cuestión cuya carga de la prueba recae sobre el afectado, y no sobre el Estado.

Los anteriores elementos se relacionan con lo que en el derecho constitucional comparado se ha caracterizado como el “*test* o escrutinio débil” o “juicio de mínimos” o “juicio ordinario de igualdad”⁹. Debido a sus orígenes históricos relacionados con la limitación del poder ejecutivo, no es de extrañar que los componentes de este *test* constituyan una aplicación, en el análisis de la igualdad, del principio de proporcionalidad que debe cumplir toda restricción a los derechos: legitimidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida¹⁰.

Pero además del *test* ordinario de igualdad, existe lo que se ha denominado el juicio estricto de igualdad¹¹. Este *test* se aplica para analizar la utilización de “categorías sospechosas”, respecto de las cuales “resulta casi imposible imaginar[las] como causa razonable de un trato diferente justificado. Las categorías más usualmente identificadas como sospechosas, como la raza, la nacionalidad, el sexo o las ideas políticas o religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para ninguna distinción o diferencia que el Estado desee hacer para lograr ningún propósito

8 Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 713, y Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*. Editorial Bosh, Barcelona, España, 2004, págs. 60-62.

9 Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*...; Uprimny, Rodrigo, Camilo Borrero, Danilo Rojas y María Clara Galvis, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en: *Pensamiento Jurídico*, No. 15. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002.

10 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170, párr. 93.

11 Palacios, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006, pág. 37; Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*..., pág. 300.

legítimo”¹². Cuando están en juego estas categorías sospechosas, la carga de la prueba se invierte, se presume la ilegitimidad de estas medidas y, en el caso de ser aceptadas, éstas deben ser imperiosas.

Cabe destacar que estas categorías sospechosas, desde esta perspectiva, son concebidas “bilateralmente”¹³ o “simétricamente”. Así,

...si la sospecha reside en que la categoría del sexo es casi en todos los casos irrazonable, entonces, dado que ella se refiere simétricamente tanto a varones como a mujeres... previene de un trato arbitrario llevado a cabo contra cualquier persona, hombre o mujer, a quien se le proporcione un trato que no esté estrictamente fundado en su idoneidad o cualidades necesarias para alcanzar un fin legítimo, y para lo que el sexo, cualquier sexo, será siempre *a priori*, un requisito inadmisibles¹⁴.

Finalmente, esta concepción de la igualdad no requiere del Estado la adopción de ninguna medida positiva, sino únicamente que éste se abstenga de realizar las clasificaciones prohibidas: lo único exigible al Estado es que sus acciones guarden una relación de coherencia entre los medios empleados y los fines perseguidos.

b) Igualdad como protección de grupos sistemáticamente excluidos: la igualdad como no discriminación

Existe una segunda noción de igualdad, que tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que esta situación se siga profundizando, así como revertir los efectos de esta marginación histórica. Los grupos excluidos no son cualquier tipo de agrupación de individuos, sino un “grupo social” que en términos de Owen Fiss, “tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia”. Además “el grupo se distingue por la condición de la interdependencia”, lo que implica que “la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados”, por lo que el “estatus [de sus miembros] resulta determinado en parte por el estatus del grupo”¹⁵. Estos grupos se caracterizan además por “encontrarse en una situación de subordinación

12 Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 729.

13 Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional...*, págs. 170-176.

14 Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 700.

15 Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”..., págs. 138-139.

prolongada” y porque su “poder político... se encuentra severamente limitado”¹⁶. Los grupos sociales se distinguen de las llamadas “clases artificiales” o meras “clasificaciones”. Estas últimas son “clases de personas agrupadas a partir de una clasificación realizada por una ley o cierta práctica estatal”¹⁷, pero que no comparten una identidad, ni se encuentran en situación de interdependencia, por lo que no se pueden hacer afirmaciones generales sobre su situación socioeconómica o su poder político. En este sentido, los miembros de los grupos en situación de subordinación no son sometidos a meros tratos “arbitrarios”: no se trata de un caso concreto en que un funcionario cometió un error o se extralimitó en sus funciones, no estamos hablando de una mera falta de “razonabilidad” en la formulación o la aplicación de las leyes, sino que se trata de un diseño del sistema social que coloca a estos grupos en una condición desventajosa.

La necesidad de que los Estados adopten medidas en pos de mejorar la condición de estos grupos se fundamenta en una noción de igualdad material en contraposición a la igualdad formal. En efecto, en la sociedad no todos los individuos se encuentran en una misma posición, y el otorgar un mismo trato a personas que se encuentran en posiciones desiguales solamente incrementará las desigualdades existentes. Más aún, esta concepción de igualdad tiene como fin mejorar la posición de estos grupos sistemáticamente situados en desventaja: con el objeto de permitir que éstos salgan de su situación de marginación, puede ser necesario sacrificar o realizar en menor medida otros fines. En este sentido, esta concepción de la igualdad demanda del Estado no solamente el abstenerse de realizar acciones que profundicen la marginación de estos grupos, sino revisar normas que son en apariencia neutrales pero que tienen un impacto discriminatorio sobre los grupos en situación de exclusión¹⁸, y además adoptar medidas positivas para favorecer su integración a la sociedad y su acceso a bienes sociales. Por ello, se relaciona estrechamente con las llamadas “acciones afirmativas” o “medidas especiales”¹⁹. Este tipo de medidas que implican la adopción de medidas

¹⁶ *Ibidem.*, pág. 144.

¹⁷ *Ibidem.*, pág. 145; Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 718 y ss. Ver también, Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en prensa, pág. 7.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero de 2007, párrs. 89 y ss.

¹⁹ También se las conoce bajo el término de “discriminación positiva”, pero el término “discriminación” tiene una connotación negativa que a nuestro

“preferenciales” a favor de estos grupos, se orientan a lograr a largo plazo la integración o reconocimiento de los grupos más vulnerables. Por este motivo, las categorías sospechosas para esta segunda concepción de la igualdad no se conciben en términos simétricos (en términos de “raza” o “sexo”), sino que la categoría sospechosa se encuentra constituida únicamente por el grupo desaventajado (los “afrodescendientes” o “las mujeres”). Esto permite aplicar escrutinios diferenciados a las medidas que tienden a perjudicar al grupo desaventajado (evaluadas con un escrutinio estricto) y a las medidas que buscan favorecerlo (aplicación de un escrutinio intermedio)²⁰.

c) ¿Qué debe entenderse por “discriminación” en el derecho internacional de los derechos humanos?”

Existen disparidades entre los autores que defienden la concepción de la igualdad como protección de los grupos desaventajados en la forma de nombrar esta concepción de la igualdad. Por un lado, Owen Fiss y Roberto Saba han denominado “principio antidiscriminatorio” o de “no discriminación” a la concepción que nosotros hemos llamado de “igualdad ante la ley” o “prohibición del trato arbitrario”, y a esta concepción de la “no discriminación” oponen el principio de protección a los grupos desaventajados o “igualdad como no sometimiento”²¹.

Por otro lado, Christian Curtis concibe que la “simple violación del principio de igualdad” o el “principio de tratamiento igualitario”

juicio tiende a deslegitimar este tipo de medidas. Ver Palacios, Patricia, *La no discriminación...*, pág. 42.

²⁰ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., págs. 734 a 739. Ver también, Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional...*, págs. 170 a 176.

²¹ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”... Asimismo, Saba distingue entre una versión “individualista” y otra “estructural” en relación con la igualdad, proponiendo interpretaciones que armonizan estas versiones con los principios de no discriminación, de no-sometimiento (o de no-exclusión). Al respecto, indica que el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias **de hecho** entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Ver, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en: Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexos, Buenos Aires, Argentina, 2007. Ver asimismo, Grosman, Lucas S., “La igualdad estructural de oportunidades”, en: Grosman, Lucas S., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, Argentina, 2008, págs. 65 a 94.

se distingue de la “discriminación”, entendida ésta como una violación “agravada” del principio de igualdad, que no es “cualquier forma arbitraria de menoscabo de un derecho”, sino que se basa en “la existencia de preconceitos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”²². En el mismo sentido, Asbjorn Eide y Torkel Opsahl relacionan los conceptos de “igual protección de la ley” y “no discriminación” con conceptos más modernos de igualdad, surgidos en los siglos XIX y XX, relacionados con la necesidad de extender la “protección” de las leyes a grupos que habían sido excluidos de ella, como los esclavos, y que fueron dando contenido a una idea más “activa” de igualdad como “creación de la igualdad por medio de la ley”, a través de las acciones afirmativas²³. Es decir, un grupo de autores utiliza la etiqueta “discriminación” para referirse a la igualdad formal mientras que otros la utilizan para designar al principio de protección de los grupos desaventajados.

En este artículo, adoptaremos la segunda postura, porque consideramos que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos la idea de “discriminación” se ha desarrollado de forma más intensa en relación a la protección de estos grupos y más allá del simple principio de igualdad ante la ley, lo que por supuesto no ha evitado que muchas veces ambos conceptos se hayan confundido y que se haya utilizado también la idea de “discriminación” para referirse a un simple tratamiento desigual y arbitrario²⁴.

En efecto, la idea de igualdad como protección de grupos desaventajados se ha desarrollado en los tratados internacionales de derechos humanos específicamente “antidiscriminatorios” y referidos a grupos determinados²⁵, como las mujeres, las minorías étnicas o raciales o

22 Curtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”..., págs. 7, 8 y 14. Sobre la interacción entre diversas formas de discriminación, ver Rey Martínez, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 84, 2008, págs. 251-283.

23 Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., págs. 8 y 9.

24 Por ejemplo, según Dinah Shelton, “términos tales como “igualdad”, “igual protección”, “no discriminación” y “sin distinción” aparentemente se utilizan indistintamente. Ver Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, pág. 19.

25 Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., pág. 9; Curtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”..., págs. 7.

las personas con discapacidad²⁶. En estas convenciones se ha definido específicamente el término “discriminación” orientándolo a la protección de grupos determinados en situación de vulnerabilidad, y se contempla la adopción de medidas afirmativas a favor de éstos²⁷. Por ello, creemos que en derecho internacional corresponde reservar el término “discriminación” para referirnos a la concepción de la igualdad como protección de grupos desaventajados.

d) Las concepciones de igualdad en la Convención Americana

Ahora bien, a nuestro juicio es posible distinguir en el marco de la Convención Americana ambas concepciones de la igualdad. En particular, el artículo 24 de dicho instrumento establece que

Todas las personas son **iguales ante la ley**. En consecuencia, tienen derecho, **sin discriminación**, a **igual protección** de la ley²⁸.

En esta formulación es posible diferenciar una primera parte, relativa a la “igualdad ante la ley”, esto es, a la que hemos denominado igualdad como prohibición del trato arbitrario; y una segunda sección relativa a la “igual protección de la ley” y a la prohibición de la discriminación. Esta segunda parte se complementa con el artículo 1.1 en el cual se detallan las “categorías sospechosas” de discriminación:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²⁹.

Como se puede colegir de una lectura textual del artículo 24, el principio de no discriminación podría entenderse como una “consecuencia” del principio de igualdad ante la ley, esto es, habría una relación género-especie entre ambos principios. Ello negaría la posibilidad de contradicción entre los mismos. Sin embargo,

²⁶ Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), de 1965, a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW), de 1979, y a las convenciones interamericana y universal respecto a personas con discapacidad.

²⁷ Artículo 2.2 del CERD, artículo 4 de la CEDAW, artículo 1.2.b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

²⁸ El subrayado es nuestro.

²⁹ El subrayado es nuestro.

esta afirmación ha sido criticada por algunos autores: es cierto que muchos casos de discriminación son además casos de vulneración de la igualdad ante la ley, por ejemplo, cuando se impide a las mujeres administrar la sociedad conyugal, o cuando se obliga a los afrodescendientes a ceder su puesto sentado en los autobuses. Pero el principio de igualdad ante la ley es muchas veces insuficiente para hacer frente a los casos de leyes en apariencia neutrales pero que tienen un impacto desproporcionado en ciertos grupos (por ejemplo, cuando se alega que la municipalización de la educación genera que los afrodescendientes, que viven en los municipios pobres, obtengan una peor educación). Más aún, en ciertos casos el principio de igualdad ante la ley es contrario a la aplicación de medidas afirmativas a favor de los grupos en situación de vulnerabilidad, puesto que estas medidas tienden a contrariar la estricta racionalidad medio-fines que se encuentra a la base de dicha concepción³⁰. El fijar cuotas de ingreso a la universidad o al parlamento para mujeres, afrodescendientes o indígenas, podría dar lugar a reivindicaciones de los candidatos desplazados, que en condiciones de competitividad hubiesen sido considerados más **idóneos** para ocupar el puesto o cargo³¹.

Esto no implica que en la interpretación de la Convención Americana deba eliminarse una concepción en beneficio de la otra. Más bien, debe entenderse que las dos concepciones coexisten, complementándose en los aspectos en que una de ellas resulte insuficiente. En cuanto a los casos de contradicción (por ejemplo, cuando el miembro de un grupo dominante reclama que se ha violado su derecho a la igualdad ante la ley debido a la aplicación de una medida afirmativa³²), debiera primar la concepción de la igualdad como no discriminación³³. Esto ya que un concepto de igualdad formal debiera aplicarse “sólo en condiciones [iniciales] de igualdad que no existen cuando un grupo es sojuzgado y sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos”³⁴.

³⁰ Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”..., pág. 27.

³¹ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 734 a 740; Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”..., pág. 148.

³² Ver Comité de Derechos Humanos, *Jacobs contra Bélgica*, Comunicación No. 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004. En este caso, un hombre reclamaba por una violación a su derecho a la igualdad, debido a la aplicación de una ley de cuotas que buscaba favorecer a las mujeres.

³³ Una justificación detallada de esta posición en Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”..., págs. 160 a 165.

³⁴ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 736.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estas dos concepciones de la igualdad en su informe sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Dicho órgano ha establecido, *inter alia*, que

El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho³⁵.

En suma, si bien la aplicación del principio de no discriminación debe ser una prioridad en términos políticos y sociales tanto de los Estados como de los órganos de supervisión, esto no implica que en los casos en que se presentan tratos desiguales arbitrarios que no involucran a grupos en situación de vulnerabilidad, no sea decretada una violación del derecho a la igualdad. A continuación se estudia el análisis de igualdad desarrollado por la Corte Interamericana en el *Caso Apitz*, centrándonos en la pregunta de si ambas concepciones de la igualdad fueron identificadas por el Tribunal.

2. La no violación del derecho a la igualdad en el Caso Apitz

En el *Caso Apitz* la Corte analizó la destitución de tres de los cinco magistrados de la segunda corte más importante de Venezuela en octubre de 2003. Los cinco miembros de dicha Corte habían concurrido unánimemente a un fallo que motivó un procedimiento disciplinario³⁶. Sin embargo, solamente las 3 víctimas del caso fueron destituidas, mientras que a las dos otras magistradas no se les aplicó la sanción, o bien ésta fue revocada, en razón de que cumplían con los requisitos para jubilarse. La Corte estaba llamada a analizar si dicha diferencia de trato se basaba en una justificación “objetiva y razonable”. La Corte constató que “los cinco jueces tenían un grado idéntico de

³⁵ CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”..., párr. 99.

³⁶ En dicho fallo, los cinco jueces concedieron un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. Haber concedido este amparo fue catalogado como un “error judicial inexcusable” por una sala del Tribunal Supremo. Ello originó el proceso disciplinario y la posterior destitución. Corte IDH, *Caso Apitz*..., párr. 2.

responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación”, por lo que consideró que “la condición de jubilación e[ra] una premisa extraña al juicio disciplinario”. Luego declaró que “no era necesario efectuar el reemplazo de destitución por jubilaciones y que podía efectuarse tanto lo uno como lo otro en forma simultánea”, y por último afirmó que “los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario”³⁷. Sin embargo, la conclusión final de la Corte fue que a pesar de todo esto,

el Tribunal no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse. En efecto, la Corte no tiene facultad para decidir que las magistradas Marrero y Morales debieron haber sido sancionadas tal y como lo fueron las víctimas. Así, no es posible afirmar que el derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas. En conclusión, en este caso no procede decretar una violación al derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención.

La Corte ofrece dos tipos de argumentos para decretar que no existió violación del derecho a la igualdad: a) afirma que no es competente para pronunciarse sobre la materia, y b) declara que la Convención no otorga a las víctimas el derecho que están reclamando. Respecto de este segundo punto, el Tribunal cita el precedente del caso *Brinkhof vs. Países Bajos* del Comité de Derechos Humanos. Este caso se relaciona con un objetor de conciencia al servicio militar que consideraba vulnerado su derecho a la igualdad debido a que a los Testigos de Jehová no se les exigía un servicio sustitutivo que a él sí se le exigía. El Comité declaró en dicha ocasión que

conceder la exención a un solo grupo de objetores de conciencia y aplicarla a todos los demás no se puede considerar razonable [toda vez que] cuando [se] reconoce el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, no [se] puede establecer diferencias entre unos objetores de conciencia y otros sobre la base de la naturaleza de sus creencias particulares. Sin embargo, en el presente caso, el Comité considera que el autor no ha demostrado que sus convicciones como pacifista son incompatibles con el sistema de servicio sustitutivo de los Países Bajos, ni que el trato privilegiado concedido a los Testigos de Jehová afectó negativamente a sus derechos como objetor de conciencia al servicio militar³⁸.

A continuación analizaremos críticamente los argumentos centrales desarrollados por la Corte.

³⁷ *Ibidem*, párrs. 197, 198 y 200.

³⁸ Comité de Derechos Humanos, *Brinkhof v. The Netherlands, Communication No. 402/1990*. CCPR/C/48/D/402/1990, 27 de julio de 1993, párr. 9.3.

a) Una problemática aplicación de la “fórmula de la cuarta instancia”

La Corte declaró que “no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse”, lo cual pareciera sugerir que se consideraba impedida de pronunciarse sobre el problema de fondo por una cuestión de competencia en razón de la materia. A esta consideración parece subyacer la llamada “fórmula de la cuarta instancia”, esto es, la doctrina según la cuál la Comisión y la Corte Interamericana “no tiene[n] el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional”³⁹. La Corte parece entender en este caso que la determinación de quiénes eran merecedores de la sanción administrativa era una cuestión que debía decidirse en sede interna, y que no estaba sujeta a revisión de un tribunal internacional.

Sin embargo, lo que impide la fórmula de la cuarta instancia es “revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, **a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención**”⁴⁰. El órgano de supervisión internacional “no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales”⁴¹, salvo cuando se afecten derechos consagrados en la Convención. Lo que impide entonces la fórmula de la cuarta instancia no es que la Corte revise los fallos de tribunales internos de un Estado, sino que lo haga cuando las alegaciones no caractericen *prima facie* una violación de un precepto convencional.

El razonamiento de la Corte pareciera constituir un uso inadecuado de la fórmula de la cuarta instancia. En efecto, y tal como se señaló párrafos más arriba, la Corte sí consideró que existían cuestiones relativas al derecho a la igualdad comprometidas en este caso: esto bastaba para que el Tribunal pudiese pronunciarse sobre el fondo del asunto, aceptando o negando la existencia de una violación. Tampoco el Estado había cuestionado la admisibilidad de este alegato, ni existía alguna de las excepciones a la competencia de la Corte.

³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 94, y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 171.

⁴⁰ CIDH, *Marzióni vs. Argentina*, Informe N° 39/96, Caso 11.673, 15 de octubre de 1996, párr. 50. El subrayado es nuestro.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 51.

De otra parte, el Tribunal indica que “no tiene facultad para decidir que las [otras dos] magistradas debieron haber sido sancionadas tal y como lo fueron las víctimas”. La justificación que subyace a esta afirmación podría ser la imposibilidad en la que se encuentran los tribunales internacionales de derechos humanos de determinar la responsabilidad de particulares, pues la competencia de la Corte “se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos”⁴². Nosotros concordamos con este razonamiento de la Corte, más aún cuando dichas magistradas no hacían parte del proceso internacional y su indefensión al respecto hubiera resultado evidente. Sin embargo, en este caso las otras dos juezas no eran las “responsables” del alegado trato desigual, sino simplemente sus beneficiarias, siendo el “responsable” de esta acción el órgano disciplinario que realizó el supuesto trato desigual. La constatación de un trato desigual violatorio de la Convención no implica que el Tribunal resuelva la situación jurídica de las dos magistradas ajenas al procedimiento ante la Corte. Este punto siempre va a recaer en los tribunales nacionales respectivos al momento de valorar los efectos de un pronunciamiento internacional.

b) La Corte omitió entender el trato arbitrario como violación del derecho a la igualdad

Si bien la Corte esgrimió su falta de competencia para no declarar una violación, de todas formas evaluó el fondo del problema de igualdad involucrado en este caso. El Tribunal estudió la situación de destitución de las tres víctimas en contraposición a la jubilación de las otras dos magistradas y realizó un análisis de la diferenciación efectuada en términos de racionalidad entre medios y fines:

La cuestión que se plantea entonces es si el cumplimiento de los requisitos de jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma disciplinaria aplicada, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces. La Corte considera que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución. La Corte constata que los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de

⁴² Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 56. Ver también, entre otros, Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas...*, párr. 181, y Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 56.

que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación⁴³.

La Corte evaluó la racionalidad entre el medio (la diferenciación en base a la jubilación) y el fin de la norma sancionatoria (asegurar la idoneidad de los jueces), y consideró que la diferencia aplicada era una premisa extraña, y por tanto inadecuada, para alcanzar dicho objetivo. Es decir, se declaró que la jubilación era un criterio ajeno a la norma disciplinaria y que, por ende, no debió tener influencia en la determinación de la sanción. Aún más, la Corte realiza un análisis de la necesidad de aplicar el trato diferenciado, y concluye que

en otros casos fue posible aplicar la sanción correspondiente a un ilícito disciplinario y, simultáneamente, conceder aquel derecho social a quien cumplía con los requisitos para ello [...por lo que] no era necesario efectuar el reemplazo de destitución por jubilaciones y que podía efectuarse tanto lo uno como lo otro en forma simultánea⁴⁴.

En resumidas cuentas, la Corte utiliza en su razonamiento la concepción de “igualdad ante la ley” o “prohibición del trato arbitrario” que es efectivamente la que correspondía a este caso, pues no nos encontramos frente a ningún grupo social sistemáticamente marginado, sino frente a una diferenciación que se hace en base a una mera clasificación legal entre “jueces que cumplen con los requisitos para jubilarse” y “jueces que no cumplen con dichos requisitos”. En consonancia con el “*test débil*” de igualdad (cfr. *supra*) que hubiese sido el adecuado para este caso, al no cumplirse la condición mínima de idoneidad entre medios y fines de la norma, la Corte hubiese tenido que declarar la existencia de una violación al derecho a la igualdad.

Sin embargo, la Corte, basándose en el caso *Brinkhof* señaló que las víctimas en el *Caso Apitz* no tenían “la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas”. Esto tiende a demostrar que si bien el trato desigual no era ni “razonable” ni “necesario”, no constituye una violación del derecho a la igualdad porque a pesar de lo injustificado que hubiera sido el trato dispensado, la situación de las víctimas no sería distinta de no haber existido dicho trato. En efecto, las víctimas no tendrían un derecho propio a que se sancione a otras personas, y de haberse otorgado un trato idéntico a los cinco magistrados no se encontrarían en una mejor posición que la que tienen después del trato desigual, pues lo adecuado en este caso era que se sancionara a los cinco jueces por igual. Es decir, como consecuencia

⁴³ Corte IDH, *Caso Apitz...*, párr. 197.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 198.

del trato privilegiado otorgado a las dos magistradas **no se habrían visto perjudicados en el goce de ningún derecho**⁴⁵.

Cabría preguntarse si esta exigencia según la cual el trato diferenciado debe acarrear la “afectación negativa” de otro derecho es una exigencia que se debe incorporar en los casos de igualdad relativos a tratos arbitrarios, o bien si es un requisito que se relaciona más con la igualdad concebida como no discriminación, y que por tanto no cabría aplicar en todos los casos de igualdad ante la ley.

Al respecto cabe analizar la definición de discriminación en los tratados antidiscriminatorios que buscan la protección de grupos específicos en situación de vulnerabilidad, como el CERD o la CEDAW, entre otras, los cuales entendieron que toda discriminación tenía “por objeto o por resultado **menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio**” de los derechos humanos o libertades fundamentales del grupo desaventajado en cuestión⁴⁶.

⁴⁵ En efecto, el Tribunal ha considerado que para que exista la violación del derecho a la igualdad, el trato diferenciado que no es ni objetivo ni razonable debe tener además como consecuencia el “detrimento” de un derecho humano: “se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, **que redunde en detrimento de los derechos humanos**”, Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 84.

⁴⁶ Así, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) de 1965, se entiende por discriminación racial toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia** basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga **por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos**. Asimismo, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, se entiende como “discriminación contra la mujer” toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga **por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer**, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, **de los derechos**. En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad, el artículo I.2 establece que “a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda **distinción, exclusión o restricción** basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga **el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos**. El Artículo 1 de la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza establece que “se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga **por**

Como vimos en la primera parte de este artículo, estos tratados referidos a sectores específicos de la población se encuentran ligados a la concepción de la igualdad como protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Su definición de “discriminación” es funcional al resguardo de estos grupos. Y efectivamente, cada vez que un miembro de un grupo socialmente desaventajado es tratado en forma desigual, como consecuencia de su condición de miembro del grupo, no solamente se afecta su derecho a la igualdad, sino que como consecuencia de ello se refuerza su situación de exclusión que implica impedir su posibilidad de acceder a todos sus demás derechos y a todo tipo de bienes sociales⁴⁷.

Esto no ocurre en el caso de los miembros de grupos “artificiales”, en los que no existe tal relación de interdependencia, y cuya integración a la sociedad no se pone en entredicho por el hecho de ser mejor o peor tratados. Por este motivo, es posible imaginar casos de desigualdad por tratos arbitrarios en el que un privilegio otorgado a un grupo no produce necesariamente un “menoscabo” en otro derecho de la persona, sino únicamente la propia injusticia que se deriva del trato desigual arbitrario. Así por ejemplo, cuando el productor de leche que reclama porque se otorgaron subsidios a los productores de miel, por el solo hecho que estos últimos se encuentran emparentados con miembros del gobierno, no está siendo “perjudicado”, en tanto él tampoco tenía necesariamente derecho a dicho subsidio. El que se beneficie a otro sin un objetivo legítimo no necesariamente vuelve peor la situación del que no es privilegiado⁴⁸.

Este análisis no pone en duda el hecho de que todo problema de igualdad sea una cuestión “relacional”, esto es, que exista un trato diferenciado respecto de ciertos intereses o cargas (los subsidios, en

finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”. El Artículo 1 del Convenio (No. 111) Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de la Organización Internacional del Trabajo comprende como discriminación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social **que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación**”.

⁴⁷ Alarcón, Carlos, “Igualdad y derechos humanos”, en: Soriano, Ramón, Carlos Alarcón y Juan Mora (directores), *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, España, 2000, pág.112.

⁴⁸ En comentarios a una primera versión de este escrito, Ariel Dulitzky señaló, en términos generales, que en los casos donde se otorgan privilegios a algún sector, quienes no lo reciben podrían quedar en una peor situación de competitividad, no porque se les prive de algo sino porque los otros sectores que se benefician podrían estar en mejores condiciones que las anteriores a recibir el privilegio. Al respecto, el énfasis de nuestro argumento es en el carácter injustificado del motivo para el trato arbitrario, con independencia del resultado de dicho trato.

el ejemplo mencionado). Pero ese “algo” respecto del cual se hace una diferencia no necesariamente implica que un grupo se encuentre mejor posicionado **a costa o en desmedro** del otro grupo. Por el contrario, en el caso de grupos sociales desaventajados, el privilegio del grupo dominante refuerza su situación de exclusión y, por ende, siempre menoscaba sus derechos.

En este sentido, el trato arbitrario podría constituir en sí mismo una violación del derecho a la igualdad ante la ley, independientemente de si se produce o no el menoscabo de otro derecho o libertad. Este punto es el que la Corte pareciera no reconocer en el *Caso Apitz*. A nuestro juicio, no se distinguió entre las dos concepciones de igualdad, dado que al requerir la afectación en el goce de un derecho distinto a la igualdad, se exige un requisito que se relaciona con la igualdad como “no discriminación” en tanto herramienta para la protección de grupos vulnerables. Sin embargo, el *Caso Apitz* no se relacionaba con este tipo de grupos.

En suma, dentro del artículo 24 de la Convención coexisten dos diferentes concepciones de la igualdad. Una se refiere al hecho que “[t]odas las personas son iguales ante la ley” y exige la igualdad de tratamiento y la abstención de aplicar criterios arbitrarios entre dos personas o grupos de individuos que han sido “clasificadas” en virtud de ciertos criterios “artificiales”. En estos casos debe realizarse un análisis de racionalidad entre medios y fines, y cuando no exista relación alguna de idoneidad entre ambos –que es lo que ocurrió en el *Caso Apitz*–, o bien cuando el fin de la norma sea ilegítimo conforme a la Convención, innecesario teniendo en cuenta alternativas menos lesivas o desproporcionado, debe declararse la violación. En estos casos la carga de la prueba recae en los peticionarios (cfr. *supra* 1.a).

La segunda se refiere al “derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y se aplicará cuando nos encontremos frente a grupos sistemáticamente excluidos o marginados. Exige del Estado la adopción de medidas no solamente negativas sino positivas de integración, reconocimiento o mejora de la situación de estos grupos que les permita acceder a los bienes sociales y romper jerarquías estructurales (*supra* 1.b). En estos casos, la carga de la prueba se invierte en contra del Estado si las medidas perjudican al grupo sistemáticamente excluido. Por el contrario, se debe realizar un análisis menos estricto de las medidas que tienden a mejorar la situación de este grupo, como ocurre con las acciones afirmativas.

Ambos principios pueden coexistir en la interpretación del artículo 24, de la misma forma que en el derecho comparado se han aplicado *tests* o escrutinios diferenciados para situaciones que ponen en juego diversas hipótesis de vulneración del derecho a la igualdad. Estas diferencias son relevantes toda vez que podría resultar problemático que se analicen bajo los mismos criterios la situación de discriminación estructural en la que se encuentran, por ejemplo, los pueblos indígenas, y la situación de grupos de productores a los que el Estado no otorga los mismos subsidios.

En el *Caso Apitz* no se justificaba que la Corte introdujera consideraciones relativas a condiciones de “discriminación”, como era el exigir el “menoscabo” en un derecho distinto de la propia igualdad.

3. El Caso Apitz y la diferenciación entre la cláusula autónoma y la cláusula subordinada de igualdad y no discriminación

Acabamos de analizar la existencia de al menos dos concepciones de la igualdad diferenciadas que pueden servir para interpretar el artículo 24 de la Convención. Sin embargo ésta no es la única cláusula de igualdad presente en la Convención. El artículo 1.1 de dicho instrumento establece que

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Han existido extensas discusiones sobre la diferencia que debiera existir entre la cláusula de igualdad del artículo 24 –concebida como una “cláusula autónoma”– y aquella del artículo 1.1 –llamada “cláusula subordinada”⁴⁹. El *Caso Apitz* introduce en la jurisprudencia de la Corte Interamericana una diferenciación entre ambos artículos,

⁴⁹ Ver, *mutatis mutandi* respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”, traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 3-5. Título original: Bayefsky, Anne, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, págs. 1-34; y respecto de la Corte Europea de Derechos Humanos, Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., págs. 38 a 42.

cuando señala respecto de un alegato de “discriminación en materia procesal”⁵⁰ que

los alegatos del representante no deben analizarse bajo la óptica del artículo 24 convencional, sino bajo la obligación general de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención. La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. Dado que los alegatos en el presente caso se refieren a una supuesta discriminación en la garantía judicial de ser oído dentro de un plazo razonable, el asunto debe analizarse bajo los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención⁵¹.

A continuación analizaremos la línea jurisprudencial sobre la relación entre estas dos cláusulas⁵² y las justificaciones que existen para esta diferenciación. Finalmente, evaluaremos la relación que puede existir entre las cláusulas y las concepciones de la igualdad que hemos detallado en la primera parte.

a) Una distinción inicial entre las dos cláusulas de igualdad. La opinión consultiva OC-4 de 1984

La diferencia entre los ámbitos de aplicación del artículo 24 y del artículo 1.1 es muy temprana en la jurisprudencia del Tribunal, e

50 El representante alegaba que se había discriminado a las víctimas en el ámbito procesal porque un recurso presentado por las víctimas no se había fallado aún después de tres años, mientras que un recurso similar presentado por otra de las magistradas de la Corte Primera se había resuelto en menos de dos años. La Corte desechó este alegato porque los recursos tenían un contenido completamente diferente, por lo que no se presentaba un problema de trato desigual en este caso. Ver Corte IDH, *Caso Apitz...*, párrs. 208 a 215.

51 *Ibidem*, párr. 209.

52 En la Convención Americana existen otras cláusulas de igualdad además de los artículos 1.1 y 24, respecto de las cuáles también valdría la pena analizar su ámbito de aplicación, es decir, si deben declararse violadas de forma independiente o en conjunción con alguna de las cláusulas generales. Por ejemplo, el artículo 17.2 contempla el derecho “a contraer matrimonio y a fundar una familia [en] las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”; el artículo 17.3 habla de la “igualdad de derechos” de los cónyuges; el artículo 17.5 se refiere al reconocimiento de “iguales derechos” a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; el artículo 23.1.c se refiere al derecho “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”, y el artículo 27 establece que ciertas obligaciones convencionales del Estado podrán ser suspendidas “siempre que tales disposiciones... no entrañen discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

incluso anterior al precedente *Broeks vs. los Países Bajos* del Comité de Derechos Humanos que asentó la distinción entre cláusulas autónomas y subordinadas de igualdad en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³. En efecto, en su opinión consultiva OC-4/84 de 1984 sobre *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte afirmó que:

El artículo 1.1 de la Convención,... es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado,... todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma⁵⁴.

Luego el Tribunal al definir el alcance del artículo 24 sostuvo que: Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley⁵⁵.

Es decir, la Corte establece claramente la distinción entre la cláusula autónoma del artículo 24 y la cláusula subordinada del artículo 1.1. De este fallo pueden extraerse varios criterios.

El primero, es que el artículo 1.1 contiene, además de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, una tercera obligación, que es la obligación de no discriminación. Por ello, cuando un derecho convencional se ve menoscabado por un trato discriminatorio, debería declararse la violación de ese derecho sustantivo junto con el artículo 1.1, respecto de la obligación específica de no discriminar. Por

⁵³ “[E]l artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2”, sino que “prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquier a de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma”. Comité de Derechos Humanos, *Caso Broeks vs. los Países Bajos*. Comunicación No. 172/1984, decisión de 9 de abril de 1987 (29º periodo de sesiones), párr. 12.3.

⁵⁴ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 54.

supuesto, es posible interpretar que la obligación de garantía incluye la obligación de no discriminar. Sin embargo, nuestro interés es una mayor visibilización y precisión de las situaciones de discriminación estructural que se encuentran como trasfondo de los atentados contra los deberes de respeto y garantía⁵⁶.

En segundo lugar, la conclusión lógica de la diferencia efectuada por la Corte es que la violación del artículo 24 no debiera producirse en conjunto con otro derecho sustantivo de la Convención, sino que debiera declararse por sí sola, y no necesariamente en conjunto con el artículo 1.1 respecto de la obligación de no discriminar, aunque sí respecto de las obligaciones de respeto y garantía.

La jurisprudencia posterior a esta decisión de 1984 no volvió a “precisar las diferencias” entre ambos artículos, salvo en los casos *Saramaka* (de 2007) y *Apitz*, que serán analizados posteriormente.

b) La no distinción entre las cláusulas. De la OC-11 de 1990 hasta el Caso del Penal Miguel Castro Castro de 2006

En las opiniones consultivas que siguieron a la OC-4/84 no se vuelve a distinguir claramente entre ambos artículos. En la OC-11 de 1990 sobre *Excepción al agotamiento de los recursos internos*, la Corte analiza si el requisito de agotar los recursos internos se aplica a situaciones de indigencia que, debido a circunstancias económicas, impiden hacer uso de los recursos jurídicos. Al respecto, la Corte realiza una interpretación de los artículos 1.1 y 24, y señala que

La parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la *posición económica*. El sentido de la expresión *discriminación* que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley⁵⁷.

⁵⁶ En similar sentido, según Dinah Shelton, la negativa de los órganos internacionales de analizar problemas de discriminación por el hecho de ya haberse declarado la violación de una disposición sustantiva del tratado “constituye una subvaloración considerable del daño adicional que implica la negación de un derecho por motivos de discriminación”. Ver Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”..., pág. 23.

⁵⁷ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 22.

Luego la Corte afirma que se debe leer “el artículo 46.2,... a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8”⁵⁸.

Si bien es correcto que la Corte interprete el término “discriminación” del artículo 24 a la luz del artículo 1.1 que detalla cuáles son las “categorías sospechosas” por las que se encuentra prohibido realizar distinciones, ¿era en este caso necesario considerar una violación al artículo 24 teniendo en cuenta la distinción entre cláusula autónoma y subordinada? Creemos que en este caso no procedía considerar que el problema correspondía al alcance del artículo 24, sino del artículo 1.1, puesto que todos los derechos en juego en el caso que una persona en situación de indigencia no logre acceder al sistema judicial son derechos contenidos en la propia Convención, como el artículo 8, el artículo 25 o bien el propio artículo 1.1 en el sentido que la obligación de “garantizar” los derechos contenidos en la Convención exige que el Estado establezca los medios jurídicos para su protección. Por lo anterior, la situación de las personas en situación de indigencia podía analizarse dentro del marco de los derechos convencionales y, por tanto, la referencia al artículo 24 podría parecer innecesaria.

Doce años después, la Corte vuelve a referirse al derecho a la igualdad en su opinión consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. En esta ocasión el Tribunal reitera el criterio de distinción entre cláusula autónoma y subordinada enunciado en la OC-4/84⁵⁹, sin embargo señala que “en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable **y no tengan como objeto único**, en definitiva, el ejercicio de **los derechos establecidos en aquella**”⁶⁰. En esta redacción se confunde la idea de un “fin legítimo conforme a la Convención” (que el fin del Estado no sea contrario al aseguramiento de los derechos convencionales) con la idea de un “fin convencional” (que el fin del Estado sea únicamente el aseguramiento de derechos convencionales). La segunda hipótesis podría ser más restrictiva que la primera y pareciera ser contraria al objeto del artículo 24 que protege el derecho a la igualdad y no discriminación en relación con derechos no contemplados en la Convención. En la OC-17/02, la Corte parece entonces confundir ambas cláusulas y limitar el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad a los derechos contenidos en la Convención.

⁵⁸ Ibidem, párr. 31.

⁵⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 43 y 44.

⁶⁰ Ibidem, párr. 55.

La siguiente oportunidad en la que la Corte se pronunció sobre el derecho a la igualdad fue en su opinión consultiva sobre *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, donde no se alude directamente a la diferencia entre las cláusulas del artículo 1.1 y 24. Sin embargo, al asentar el criterio según el cuál el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *jus cogens*, el Tribunal reafirma la relevancia de la cláusula autónoma de no discriminación, al establecer que “independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado **en normas de carácter interno o internacional**, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con [las] obligaciones [de respeto y garantía de los derechos humanos] sin discriminación alguna”⁶¹. Es decir, la Corte reitera la importancia que tiene la aplicación del principio de igualdad y no discriminación más allá de los derechos convencionales. Sin embargo, no precisa la función que debieran tener respectivamente los artículos 1.1 y 24 en la protección de dichos derechos, por tanto, la OC-18/03 no contribuye a aclarar el objeto particular de nuestro análisis.

Las primeras aplicaciones del principio de igualdad a casos contenciosos las hace el Tribunal en el caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, en el que la Corte hace una rápida referencia al hecho de que esta comunidad *maroon* puede haberse sentido discriminada, pero sin declarar ninguna violación por este hecho⁶². De forma algo más elaborada, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* la Corte

consider[ó] oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24... y 1.1... de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo

⁶¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 100. El subrayado es nuestro.

⁶² Los *maroons* son descendientes de antiguos esclavos originarios de África que fueron llevados a trabajar en las plantaciones de Surinam, pero que lograron escapar, constituyendo comunidades autónomas. En este caso, más de 40 miembros de esta comunidad fueron masacrados por soldados y muchos otros fueron obligados a desplazarse. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 94.

razonamiento debe aplicar la Corte... para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana⁶³.

Es decir, el Tribunal estimó que en aplicación del principio de igualdad y no discriminación debía contemplarse la situación particular de las comunidades indígenas y otorgarles un trato diferenciado acorde a ella, tanto por los Estados en su ordenamiento interno como por la Corte al interpretar las disposiciones convencionales. Sin embargo, nuevamente la Corte no declaró violadas ninguna de las cláusulas de igualdad, lo que a nuestro juicio es problemático, pues es necesario visibilizar el hecho que las minorías étnicas, que son grupos sociales desaventajados, viven una situación estructural de discriminación. El no reconocimiento de un derecho a un recurso judicial efectivo⁶⁴ y a la propiedad comunal⁶⁵ no eran violaciones individuales respecto de personas aisladas, sino el resultado de una omisión del Estado, que no tomó en consideración la diferencia de situaciones entre indígenas y no indígenas al momento de garantizar el derecho de propiedad, prefiriéndose finalmente la “explotación racional” de la tierra por sobre las necesidades de los indígenas. En este sentido, la utilización de la cláusula subordinada de no discriminación hubiese tenido que ser utilizada por la Corte para declarar que no solamente se violaban los artículos 8, 25 y 21 en relación con la obligación de respeto y garantía del artículo 1.1, sino también en relación con su obligación de no discriminación. Lo mismo puede decirse del caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*⁶⁶.

En *Yatama vs. Nicaragua*, del año 2005, es la primera vez que la Corte declara en un caso contencioso la violación de la obligación de no discriminar. Se trata del caso de comunidades indígenas que son obligadas a constituirse en partidos políticos para poder participar en las elecciones municipales, lo que afectaría su derecho a ser elegidos, puesto que se ven obligados a organizarse de forma contraria a sus costumbres, su organización y su cultura. En una sección de la sentencia en la que analiza de forma general el principio de igualdad, la Corte vuelve a precisar su distinción entre las cláusulas autónomas y subordinadas ya establecida en la OC-4/84:

⁶³ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 51.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 98.

⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 155 y 156.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrs. 59 y 60.

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe⁶⁷.

Sin embargo, en su análisis de la garantía de los derechos políticos, la Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio⁶⁸.

Y al momento de declarar las violaciones pertinentes, la Corte declara que el Estado incumplió en conjunto todas estas disposiciones⁶⁹. Es decir, el Tribunal parece no tomar en cuenta la distinción efectuada, declarando la violación del artículo 24 –cláusula autónoma– en conjunto con otro derecho sustantivo de la Convención –el derecho a ser elegido del artículo 23– y junto con el artículo 1.1. Respecto a este último no se hace explícita la violación de la obligación de no discriminación. Podría tal vez entenderse que la Corte declaró violado el artículo 24 puesto que los requisitos establecidos en la Ley Electoral de Nicaragua contrariaban también derechos de los pueblos indígenas reconocidos a nivel interno en la Constitución⁷⁰, pero la Corte no lo precisa.

En el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, referido al derecho a la nacionalidad de niñas de ascendencia haitiana pero nacidas en República Dominicana, la Corte encontró que

por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento⁷¹.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 186.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 201.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 229.

⁷⁰ *Ibidem*, párrs. 205 y 218.

⁷¹ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*.

Esta formulación, no permite apreciar con claridad si la violación del artículo 24 se deriva de un trato “contrario a la normativa interna”, toda vez que se declara violado conjuntamente un derecho sustantivo de la Convención (artículo 20 que establece el derecho a la nacionalidad) en conjunción con la cláusula autónoma de igualdad del artículo 24⁷².

En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, el señor López pertenecía a una comunidad garífuna y se le prohibió hablar su idioma materno mientras se encontraba privado de su libertad. La Corte determinó la violación

de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y de la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, y por el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1⁷³.

En este caso, la Corte está utilizando al artículo 24 como una cláusula subordinada, y la provisión antidiscriminatoria del artículo 1.1 pareciera no tenerse en cuenta, pues solamente se la considera en su aspecto de obligaciones de respeto y garantía.

En los casos *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* y *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte no vuelve a utilizar la cláusula del artículo 24 como una cláusula subordinada. En estos casos, la Corte afirma la existencia de un deber para el Estado de otorgar a grupos vulnerables y marginalizados –comunidades indígenas y personas con discapacidad– un tratamiento particular que permita ejercer los derechos convencionales que se han visto menoscabados por la situación de discriminación estructural en la que se encuentran⁷⁴, pero

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 174.

⁷² Por su parte, Courtis considera que “el análisis efectuado por el tribunal es excesivamente complicado en relación con los hechos del caso. Era bastante más sencillo y adecuado decir que el Estado violó la prohibición de discriminación por su actuación, al adoptar regulaciones y al aplicarlas con la intención o el efecto de excluir a personas pertenecientes a una minoría étnica/nacional del goce de un derecho, que decir –como parece hacerlo la Corte– que la violación se produjo por falta de adopción de medidas positivas. En el caso, el Estado trató peor a las niñas de ascendencia haitiana que a quienes no pertenecían a esa minoría – es decir, distinguió perjudicándolas. Las medidas positivas se justifican cuando la igualdad de trato es insuficiente para garantizar el goce y ejercicio del derecho – en este caso, bastaba con la igualdad de trato”. Ver, Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”..., págs. 17.

⁷³ Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 174.

⁷⁴ En el caso *Sawhoyamaxa*, la Corte estableció que: “Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al

luego, después de constatar que el Estado no ha cumplido con estos deberes, no procede a declarar que el no otorgar las medidas especiales adecuadas constituye una violación de la obligación de no discriminar contenida en el artículo 1.1. Como ya hemos señalado, si bien podría interpretarse que la obligación de no discriminación se incluye dentro de la obligación de garantía, es necesario visibilizar con mayor claridad el tipo de violación que corresponde a la igualdad como protección de grupos desaventajados

Es respecto de otro grupo de personas sistemáticamente discriminado –las mujeres– que se pronuncia la sentencia del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. La Corte declaró que el Estado tenía la obligación de no discriminar a las mujeres en condiciones de detención, que la violencia sexual es una forma de discriminación⁷⁵ y reconoció la existencia de situaciones de violencia sexual dentro del penal. Si bien por primera vez se declaró la violación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), respecto de las disposiciones de la propia CADH solo se estableció la violación del artículo 5.2, además de ciertos artículos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁶. El Tribunal no determinó que estas afectaciones a la integridad eran a su vez violaciones de la obligación de no discriminar en razón de sexo contemplada en el artículo 1.1.

reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”. Pero luego, declara solamente que “el Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana”. Cfr. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay...*, párrs. 189 y 194. En el caso *Ximenes Lopes*, la Corte afirma que: “Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”, pero solamente declara la violación de los artículos 4 y 5 en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos del artículo 1.1. Cfr. Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párrs. 105 y 150.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 303.

⁷⁶ *Ibidem*, párrs. 308 y 312.

En definitiva, los casos que siguieron a la OC-4/84 no aplicaron la diferencia enunciada por el Tribunal entre cláusula autónoma y cláusula subordinada de igualdad. Esto no tendría mayor importancia si la única consecuencia de esta confusión fuese una simple cuestión de qué número de artículo va a declararse violado, si “el 1.1 o el 24”. Sin embargo, diferenciar entre las dos cláusulas es importante para insistir en que la Convención asegura la igualdad y no discriminación no solo respecto de derechos convencionales, sino también respecto de derechos extraconvencionales. Por otro lado, el reconocimiento de la función de la cláusula subordinada del artículo 1.1 permite declarar que el Estado ha incumplido con su obligación de no discriminar cuando no adopta las medidas positivas tendientes a proteger a grupos como los indígenas o las mujeres, lo que contribuye a visibilizar la situación de discriminación estructural en la que se encuentran estos grupos.

c) La distinción entre cláusulas en el Caso del Pueblo Saramaka de 2007 y el Caso Apitz de 2008

En el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* la Corte estableció que:

el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley. El incumplimiento por parte del Estado de llevarlo a cabo ha resultado en la violación del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención en relación con su derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal, así como respecto de la obligación general de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para **hacer efectivos esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación**, de conformidad con los artículos 2 y 1.1 de la Convención, respectivamente⁷⁷.

En *Saramaka* la Corte reconoce que la no adopción de ciertas medidas especiales a favor de la comunidad *maroon* para hacer efectivos ciertos derechos de la Convención es un incumplimiento de la obligación de no discriminar contemplada en el artículo 1.1, lo que constituye un avance en la visibilización de la situación vulnerable

⁷⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 175.

en la que se encuentra este grupo a partir de la diferenciación entre cláusulas de igualdad, según lo que este artículo propone. Con todo, aún no se ha consolidado jurisprudencia que analice las desigualdades estructurales que explican dicha vulnerabilidad y los remedios estructurales que ello exige.

El *Caso Apitz* viene a delimitar de forma expresa en qué casos procede la violación del artículo 24 y en qué casos corresponderá analizar una discriminación bajo el artículo 1.1: “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”⁷⁸. De esta forma, pareciera no admitirse la posibilidad de declarar una violación del artículo 24 en conjunción con algún derecho sustantivo de la Convención, pues este artículo se referiría únicamente a casos de afectación de la igualdad referidos a derechos extraconvencionales.

4. Cláusulas y concepciones de la igualdad

La pregunta que surge de la distinción efectuada en el *Caso Apitz* entre los artículos 24 (derechos extraconvencionales) y 1.1 (derechos convencionales) es si efectivamente la única diferencia que existe entre ambas disposiciones es su ámbito de aplicación. En efecto, creemos que es legítimo preguntarse, si el **contenido** del derecho a la igualdad de ambos artículos es el mismo. En otras palabras, es posible explorar si ambas concepciones de la igualdad –como prohibición del trato diferencial arbitrario y como no discriminación– se encuentran consagradas de la misma forma en ambas cláusulas. Como lo analizamos en la primera parte, el artículo 24 parece recoger las dos concepciones de la igualdad que hemos logrado identificar. La pregunta surge para el caso del artículo 1.1, que solamente se refiere a la “discriminación”, detallando una lista de categorías sospechosas por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones, pero que no menciona la idea de igualdad ante la ley.

Entendemos que es debatible reducir la interpretación del artículo 1.1 únicamente a la protección de los grupos desaventajados, excluyendo de éste los problemas de igualdad como prohibición del trato arbitrario. Podría alegarse que esta diferenciación de las cláusulas en cuanto a su contenido pueda resultar a la larga más restrictiva para la protección de los derechos de las víctimas, en cuyo caso debería ser

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Apitz*..., párr. 209.

rechazada. Sin embargo, vale la pena explorar algunas consecuencias que podría tener el realizar una distinción en el contenido del derecho a la igualdad de los artículos 1.1 y 24.

a) El significado del artículo 1.1 como “cláusula abierta” de discriminación

Una de estas consecuencias se relaciona con la discusión existente sobre si es necesario o no que el **motivo** por el cual se efectúa la distinción deba reconducirse a alguna de las categorías expresamente mencionadas en la Convención como “motivos prohibidos” para discriminar. En efecto, el artículo 1.1 de la CADH establece la prohibición de discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social**”. La referencia a “cualquier otra condición social” ha llevado a la doctrina a entender que dicho artículo es una “cláusula abierta”, en tanto no detalla todos los motivos posibles de discriminación, sino que permite incorporar otros nuevos⁷⁹.

Sin embargo, las interpretaciones son divergentes respecto a qué debe entenderse por “cualquier otra condición social”. Para algunos autores, como Anne Bayefsky, el término “otra condición social” implica que el “determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación **jamás** implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria. Cada distinción, de cualquier tipo, invocará el principio de igualdad o no discriminación”⁸⁰. Por lo tanto el término “otra condición social” no alude a ninguna situación “social” específica, sino a todo tipo de distinción, que podría ser una mera clasificación legal. El problema de esta postura es que las categorías englobadas dentro de “otra condición social” no gozan del mismo grado de escrutinio que aquellas que están expresamente contempladas en los tratados, justamente porque puede tratarse de meras clasificaciones legales. Por ejemplo, las personas con diversa orientación sexual o las personas con VIH –que también cabrían bajo el criterio de “otra condición social”– gozarían de un menor grado de protección que quienes son discriminados en razón de sus opiniones políticas.

⁷⁹ Bayefsky, Anne, “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”..., págs. 5 y 6. Debe recordarse que Bayefsky realiza el análisis del artículo 26 del PIDCP y no del artículo 24 de la Convención Americana. Dichos artículos no necesariamente tienen el mismo alcance.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 5.

Por otro lado, una segunda línea interpretativa estima que “[l]os peticionarios... deben aducir que la diferencia de trato es atribuible a su condición de miembros de un grupo identificable y definido”⁸¹. El término “condición social” debe analizarse de forma más estricta: “la calificación de ‘condición social’ implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica”⁸². Pero entonces, ¿nunca podría la Corte pronunciarse sobre problemas de igualdad relativos a diferencias hechas por meras clasificaciones legales?

Creemos que realizar una distinción clara entre concepciones de igualdad podría permitir resolver estos problemas. Por un lado, quienes reclamaran por la existencia de un trato arbitrario no debieran preguntarse si su motivo cabe o no dentro del “listado” contenido en la Convención. En efecto, estos peticionarios no debieran recurrir al artículo 1.1 sino al 24, que sería la herramienta para garantizar la igualdad ante la ley. Justamente como la igualdad ante la ley se refiere a las distinciones hechas en torno a clases artificiales, no es posible detallar una lista de motivos, que podrían ser infinitos. Respecto de los problemas de igualdad ante la ley, no cabe entonces preguntarse si la diferenciación cabe o no dentro del criterio “otra condición social” sino que cualquier diferenciación que no sea “objetiva y razonable” puede ser susceptible de escrutinio por los órganos de supervisión.

Por otro lado, el listado de categorías expresas (raza, sexo, opinión política, etc.) y la categoría “otra condición social” del artículo 1.1 constituirían en su totalidad las llamadas “categorías sospechosas”. Estas categorías harían referencia a la pertenencia de la víctima a un “grupo social desaventajado” tal como los hemos definido en los acápites anteriores. El propósito de contar con una categoría abierta sería justamente la de permitir que grupos en situación de vulnerabilidad que no fueron incluidos en el listado expreso al momento de la redacción del

81 Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”..., págs. 30-31.

82 Dulitzky, Ariel. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, N°3, año 2007, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 18. Así lo estimó por ejemplo el Comité de Derechos Humanos en el caso *B.d.B. et al. vs. los Países Bajos*, quien no estimó que la diferencia hecha entre ciertos fisioterapeutas notificados por el Estado de una determinada obligación en contraposición a otro grupo de terapeutas que no fueron notificados no podía considerarse como comprendida dentro del término “otra condición social”, y por tanto declaró la petición inadmisibles. Comité de Derechos Humanos, *B.d.B et al. vs. los Países Bajos*. Comunicación No. 273/1988, CCPR/C/35/D/273/1988, 2 de mayo de 1989.

tratado –porque no existían en ese entonces en tanto grupo o porque su situación aún no se había visibilizado, como por ejemplo, las personas con diversa orientación sexual, los portadores de VIH o las personas con discapacidad– puedan ser considerados de la misma forma que los grupos contemplados explícitamente en la Convención⁸³. Así, debe aplicarse el mismo criterio estricto de revisión para los casos de discriminación “que impliquen motivos explícitamente enumerados en los respectivos artículos y a los que puedan considerarse como ‘otra condición social’”⁸⁴. Pareciera entonces que la única diferencia entre las categorías expresas y “otra condición social”, sería que para esta última existe la necesidad de que el peticionario pruebe que el grupo al cual pertenece es efectivamente un grupo que ha sido sistemáticamente desaventajado, mientras que en las categorías expresas esto se presume.

Sin embargo, si efectivamente vamos a interpretar la cláusula del artículo 1.1 en relación a la protección de los grupos desaventajados, esta diferencia entre factores “expresos” de diferenciación y factores que se añaden por “otra condición social” también debiera desaparecer. Esto, porque no toda alegación de trato desigual basado en uno de los motivos explícitos en la Convención –que, recordemos, se encuentran redactados de forma “simétrica” (cfr. *supra*)– debiera evaluarse bajo el esquema de protección de los grupos desaventajados: cuando un hombre reclama discriminación por sexo, o un católico en un país de mayoría católica se dice discriminado en base a su religión, o un miembro de un partido político poderoso alega discriminación en base a su opinión política, no nos encontramos frente a un caso de discriminación de un grupo en situación vulnerable, sino generalmente se está reclamando por un trato diferencial arbitrario, por lo que el caso debe ser evaluado en relación con esta concepción, y no como un caso de discriminación susceptible de un escrutinio estricto, y menos aún de medidas afirmativas. En este sentido, la cuestión de si una víctima pertenece o no a un grupo en situación de vulnerabilidad es algo que debería ser evaluado en todos los casos. No es posible decir que en todos los momentos y países siempre sean los mismos grupos los más vulnerables: en algunos países la minoría religiosa serán los musulmanes, en otra los protestantes, en otra los católicos o los judíos. Lo mismo ocurre con la opinión política, el idioma... y en todos estos casos el peticionario debe mostrar que pertenece a un grupo estructuralmente desaventajado. Únicamente

⁸³ En similar sentido, Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 734 a 740.

⁸⁴ Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”..., pág.19.

en este caso, se hace merecedor no solo de un escrutinio estricto en cuanto a las diferencias perjudiciales, sino también explica por qué podría ser titular de medidas afirmativas o bien sería necesario evaluar legislación en apariencia neutra pero que perjudica en la práctica al grupo desaventajado.

Por ejemplo, en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela* se alegó que existía un “trato desigual y discriminatorio, toda vez que el Estado ha pretendido separar y excluir del acceso a la información a determinados medios [...con una] línea informativa crítica a la gestión gubernamental”⁸⁵. La Corte consideró que “es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”, razón por la cual consideró que la situación de dichos periodistas podría quedar comprendida en la categoría de discriminación por “opiniones políticas”. Sin embargo, el Tribunal consideró que los hechos alegados no estaban suficientemente probados, razón por la cual no se declaró una discriminación en relación con acceso a la información. Ahora bien, lo que corresponde analizar, según las distinciones efectuadas en el presente artículo, es si la situación de periodistas críticos de un gobierno exige un mismo análisis que la de grupos en situaciones de vulnerabilidad como los grupos étnicos o las personas con discapacidad. A primera vista, no parecieran ser procedentes medidas de acción afirmativa respecto de los periodistas del *Caso Perozo* y, por el contrario, lo que hubiera correspondido, en el evento de que se hubiera declarado una violación, es garantizar que las víctimas reciban un trato idéntico y no un trato diferencial arbitrario, según el *test* ordinario de igualdad en el que la carga de la prueba beneficia al Estado.

b) Una relativización de la diferencia entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas

Ahora bien, si estimamos que en el artículo 1.1 solamente cabe interpretar la existencia de una sola concepción de la igualdad –igualdad como no discriminación– esto traería necesariamente consecuencias sobre la distinción entre cláusula autónoma y cláusula subordinada de igualdad.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párr. 380.

En efecto, los casos de trato desigual arbitrario relacionados con la afectación de derechos convencionales ya no cabrían dentro de su órbita, puesto que el trato arbitrario sería del exclusivo resorte del artículo 24. En este sentido, la cláusula del artículo 24 ya no sería autónoma en la forma tajante en la que fue entendida por el *Caso Apitz*, puesto que en ciertas ocasiones cabría analizar problemas de igualdad ante la ley que a su vez afectan derechos contenidos en la Convención. Por ejemplo, así cabría analizar la situación de un periodista canadiense a quien se le exigía estar afiliado a un gremio para acceder a las sesiones parlamentarias. La distinción entre “periodistas afiliados” y “periodistas no afiliados” no solamente representa una afectación de la libertad de expresión del periodista, sino que constituye una distinción arbitraria que lesiona su derecho a la igualdad ante la ley⁸⁶. En este caso, lo correcto bajo el esquema que estamos evaluando sería analizar el caso bajo el artículo 13 de la Convención y el artículo 24. Recurrir al artículo 1.1 no sería pertinente puesto que los periodistas no afiliados a un gremio no pertenecen a un grupo estructuralmente desaventajado, sino a una mera clase artificial. Asimismo, la solución dada en *Apitz* al problema de “discriminación procesal” no sería la indicada bajo la hipótesis que presentamos. En efecto, la Corte consideró que el problema cabía bajo la órbita del artículo 1.1 en relación con el 8 (garantías judiciales). Pero si el artículo 1.1 solo es aplicable a casos de discriminación estructural, entonces no debía acudir a éste sino al 24 que resolvería las cuestiones de tratos arbitrarios que podrían evaluarse en conjunto con la afectación de garantías judiciales del artículo 8.

⁸⁶ Así lo entendió por lo menos una parte de los miembros del Comité de Derechos Humanos en el *Caso Gauthier vs. Canadá*. Comunicación No. 633/1995, CCPR/C/65/D/633/1995, 7 de abril de 1999. El voto parcialmente disidente de los comisionados Lord Colville, Elizabeth Evatt, Cecilia Medina Quiroga e Hipólito Solari Irigoyen, propone una interpretación del artículo 26 del PIDCP entendido como prohibición del trato arbitrario y en relación con la afectación de un derecho convencional como era la libertad de expresión. Estos miembros del Comité afirmaron que además de la violación del artículo 19 (libertad de expresión) debía considerarse que: “Article 26 of the Covenant stipulates that all persons are equal before the law. Equality implies that the application of laws and regulations as well as administrative decisions by Government officials should not be arbitrary but should be based on clear coherent grounds, ensuring equality of treatment. To deny the author, who is a journalist and seeks to report on parliamentary proceedings, access to the Parliamentary press facilities **without specifically identifying the reasons**, was **arbitrary**. Furthermore, there was no procedure for review. In the circumstances, we are of the opinion that the principle of equality before the law protected by article 26 of the Covenant was violated in the author’s case”. El subrayado es nuestro.

Como vemos, el considerar que la cláusula del artículo 1.1 se refiere únicamente a una concepción de la igualdad mientras que el artículo 24 se refiere a ambas, vuelve algo compleja la distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas. El artículo 1.1 sería siempre subordinado (necesitaría de la violación de otro precepto convencional sustantivo) y además estaría únicamente limitado a los problemas de desigualdad estructural. Por otro lado, el artículo 24 sería en ciertos casos autónomo –al evaluar problemas de discriminación o de igualdad ante la ley referidos a derechos no convencionales– y en ciertos casos subordinado – cuando se trate de problemas de trato arbitrario que afecten derechos convencionales. En resumen, el esquema de “artículos violados”, dependiendo de si nos encontramos frente a un problema de discriminación o a un problema de trato diferencial arbitrario sería el siguiente:

A. Igualdad como no discriminación:

- a) **Afecta derechos convencionales:** se declara violado el artículo 1.1 (en la obligación de no discriminar) en relación con el derecho sustantivo violado.
- b) **Afecta derechos no convencionales:** se declara violado el artículo 24.

B. Igualdad como prohibición del trato arbitrario:

- a) **No afecta ningún otro derecho o bien afecta derechos no convencionales:** se declara violado el artículo 24.
- b) **Afecta derechos convencionales:** se declara violado el artículo 24 y el artículo que consagra el derecho sustantivo

A pesar de la complejidad de esta propuesta, el objetivo es impedir que algunas situaciones sean ignoradas como constitutivas de una violación (como podría haber ocurrido en el *Caso Apitz*), o bien encontrar soluciones más adecuadas que no utilicen herramientas de la “discriminación estructural” para el análisis de situaciones que perjudican a grupos que no están en situación estructural de vulnerabilidad.

Conclusiones y perspectivas: la necesidad de visibilizar los alcances de la discriminación estructural

Hemos distinguido en este artículo entre dos concepciones de igualdad en el marco de la Convención Americana. Consideramos que se debe distinguir entre los casos relativos a grupos en situación de vulnerabilidad –que exigen la adopción de medidas positivas de integración o reconocimiento– y los casos de tratos desiguales basados

en meras clasificaciones legales arbitrarias. El tipo de escrutinio y la carga de la prueba que debiera aplicar la Corte en ambas situaciones no puede ser la misma. Por supuesto, este tipo de distinciones es discutible y tiene como objetivo animar el debate sobre los alcances de la jurisprudencia interamericana, tomando como referencia los interesantes desarrollos jurisprudenciales formulados por la Corte Interamericana en el *Caso Apitz*.

Diferenciar entre “concepciones” de la igualdad visibiliza el conflicto entre la racionalidad instrumental de la igualdad formal y la necesidad de superar lógicas de dominación en la igualdad concebida como no discriminación. El reconocer este conflicto entre concepciones de la igualdad al interior de la misma Convención hace parte de la complejidad de la evolución histórica, política, económica y social de la cuál este instrumento jurídico es el resultado, y sin la cuál es imposible entenderlo. En este sentido, las normas de derechos humanos proyectan distintas influencias históricas e ideológicas que deben visibilizarse, lo cual complejiza el análisis pero enriquece el esfuerzo dirigido a que cumplan un papel transformador y emancipatorio.

Aclarar estas diferencias conceptuales es importante para elaborar un sistema que permita a las víctimas sacar un mayor provecho de las distinciones entre normas, en particular, para que la jurisprudencia tome en serio la necesidad de visibilizar la naturaleza de la discriminación estructural que explica la situación de vulnerabilidad de muchos grupos en la región. Ello abre escenarios de discusión sobre las especificidades que deben tener las reparaciones diferenciadas que enfrenten, por ejemplo, el racismo y la discriminación estructural y que promuevan el valor de la diferencia cultural y la lucha por el reconocimiento. De esta manera se abren caminos para analizar la exigibilidad de acciones afirmativas y otras acciones positivas para enfrentar dicha discriminación estructural. Además, se impulsa el análisis de los impactos discriminatorios que normas o procedimientos neutrales pueden tener sobre los miembros de este tipo de grupos.

La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones

*Eleonor Faur**

Introducción

En los últimos años, y desde distintos ámbitos, se ha revitalizado el debate acerca de la vinculación entre la pobreza y los derechos humanos. Sin ser un tema nuevo, el contexto internacional inaugurado a partir de la aprobación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), cuyo primer postulado compromete a los Estados a “erradicar la pobreza extrema y el hambre”, activó fuertemente estos debates.

Esfuerzos teóricos por definir las múltiples formas en que vivir en situación de pobreza resulta una violación de derechos humanos, se acompañaron de importantes manifestaciones y prácticas tendientes a la exigibilidad de los derechos sociales. Por su parte, varios organismos internacionales desarrollaron aproximaciones conceptuales para profundizar los vínculos entre pobreza y derechos humanos e incidir en la definición de políticas públicas de superación de la pobreza que vinculen la perspectiva de derechos humanos¹. En esta dirección, en el año 2001, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) solicitó a la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos el desarrollo de una guía para la integración de los derechos humanos en las estrategias para reducción de la pobreza². La idea central que impulsó estos trabajos es que la **pobreza constituye una violación de derechos humanos**.

* Socióloga (UBA). Doctora en Ciencias Sociales (FLACSO). Investigadora del Instituto de Altos Estudios Sociales, Universidad Nacional de General San Martín. Argentina.

¹ Ver, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Draft guidelines: a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”. OACNUDH, Naciones Unidas, 2002; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Abolishing Poverty through the International Human Rights Framework: A Comprehensive Strategy*. UNESCO, París, Francia, 2004; entre otros.

² Hunt, Paul, Siddiq Osmani y Manfred Nowak, “Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach to Poverty Reduction”. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, mimeografiado, 2004.

Ahora bien, ¿qué hace la diferencia al considerar la pobreza como una cuestión de derechos humanos? Sin pretender ser exhaustiva, en este artículo intentaré señalar que la particularidad del enfoque de derechos humanos se puede identificar al menos en dos sentidos: en primer lugar, en cómo se define a la pobreza; en segundo lugar, en cuáles serían las implicancias de políticas sostenidas en el enfoque de derechos humanos, tanto en relación con cómo considerar la justicia distributiva, como respecto de cuáles serían los principios requeridos en políticas de superación de la pobreza. Me basaré para ello en una revisión de la literatura especializada, tanto en aquella de corte teórico como también, en las orientaciones producidas por organismos internacionales.

Cabe subrayar que el contexto desde el cual pensamos la asociación entre pobreza y derechos humanos conlleva la gran paradoja de mostrar la coexistencia de un amplio reconocimiento de derechos en las constituciones, normas nacionales y aún en el plano discursivo, con una extendida situación de pobreza y desigualdad social.

En efecto, la región de América latina fue duramente castigada en términos sociales a partir de la década de 1980. En la década de 1990, la aplicación de políticas de ajuste estructural inspiradas por el Consenso de Washington, no hicieron más que agudizar los indicadores de pobreza y desigualdad que ya se vislumbraban durante los años ochenta. Así, una “década perdida” (como llamó CEPAL a la década de 1980) había dado lugar no a su superación, sino a su profundización, durante la década de 1990. La paradoja se ubica en que todo esto sucedió mientras buena parte de los países recuperaban la democracia representativa como sistema de gobierno y ratificaban tratados internacionales de protección de derechos humanos. Así, un momento histórico de democratización política y positivización de los derechos humanos, convivió con una importante retracción de derechos sociales, económicos y culturales, tornando aún más evidente esta vulneración.

El panorama socioeconómico de la última década muestra un ambiente de crecimiento sostenido de la economía y de paulatina mejora de algunos indicadores sociales, entre éstos una relativa disminución de la pobreza. Sin embargo, de acuerdo con las tabulaciones de CEPAL, en el año 2007, 184 millones de personas vivía en condiciones de pobreza, y 68 millones de personas se encontraban en situación de extrema pobreza o indigencia. Resulta sorprendente entonces señalar que estos dramáticos números muestran un “avance” en la región, ya que cinco años antes, el total de personas en situación

de pobreza superaba los 220 millones y el de indigentes, rondaba los 97 millones. En este escenario complejo ¿cómo repensar la pobreza desde el enfoque de derechos humanos?

La pobreza ¿algo más que una privación económica?

Al abordar la cuestión de la pobreza desde una perspectiva de derechos humanos, necesariamente se vinculan los aspectos económicos y éticos de la pobreza³. Mientras el enfoque económico daría cuenta de las privaciones materiales que resultan en una situación caracterizada como pobreza, la mirada ética se relaciona con aquellos aspectos que coexisten con una privación económica y vulneran la libertad e igualdad de los sujetos. Así, en tanto cada persona es **un fin en sí mismo**, la importante restricción que supone vivir en situaciones de pobreza para el desarrollo de cada vida puede leerse como una vulneración multidimensional a sus derechos humanos.

Es este aspecto ético el más relevante a la hora de entender la autonomía de los individuos y sus posibilidades de elección, y una aproximación de derechos humanos al problema de la pobreza tiene como base este principio. Desde este enfoque, los bienes y recursos de tipo económico no serían fines en sí mismos sino medios para alcanzar una vida digna y una sociedad justa, en la cual prime el respeto por las personas y entre ellas, y se expandan los niveles de autonomía y libertad para poder elegir el curso de la propia vida. Desde este punto de vista, la superación de la pobreza no sería sólo conveniente o funcional para el desarrollo económico, sino que constituye un imperativo moral para efectivamente alcanzar la igualdad de derechos⁴.

Umbral en la definición de la pobreza

El modo en que se define a la pobreza resulta especialmente relevante a la hora de abogar por su superación. Si bien son numerosas las definiciones de pobreza, sustentadas en corrientes filosóficas en ocasiones antagónicas, existe acuerdo en considerarla como un fenómeno multidimensional y asociado principalmente con la idea de privación, de carencia, de ausencia, que obstaculiza a las personas

³ Dieterlen, Paulette, *La pobreza: un estudio filosófico*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

⁴ Existe una importante tradición en la filosofía política que da cuenta del imperativo moral de alcanzar niveles de vida dignos. Como señala Dieterlen (ver nota anterior), Kant hace alusión respecto a lo que merecen todos los seres humanos: el concepto de autonomía y el trato a las personas como fines y no como medios.

para llevar adelante una forma de vida mínimamente aceptable en los contextos en los que viven.

Aun partiendo de una mirada multidimensional para caracterizar la pobreza, aquello que se considera “mínimamente aceptable” puede variar en distintas sociedades y culturas, y a través de distintos momentos históricos. En este sentido, distintas aproximaciones se precipitan cuando se busca precisar cuáles son los elementos que identifican a determinado estado de situación como un estado de pobreza; de qué modo se relaciona la posesión de esos elementos con la capacidad de las personas para hacer uso de ellos en función de incrementar su bienestar, y cómo se abordan las relaciones de distribución que explican las situaciones de pobreza, y que en definitiva, serían centrales en la implementación de políticas públicas para su superación.

Un primer punto de partida será cuestionar los indicadores tradicionales del desarrollo (PBI; crecimiento económico; ingreso medio, entre otros) en su capacidad para determinar de forma unívoca el bienestar de las personas. Por un lado, porque reconoce variaciones en el modo en que distintas personas convierten ingresos o riquezas en bienestar (dependiendo de factores como el sexo, la etnia, la edad, y el acceso a bienes sociales y económicos, etc.) pero por otro lado, porque los distintos regímenes de bienestar no distribuyen de forma homogénea los beneficios derivados del crecimiento económico y del producto socialmente generado, ni proveen de servicios gratuitos de calidad cuya accesibilidad se encuentre garantizada para toda la población del mismo modo.

¿Cómo precisar los elementos cuya ausencia remiten a una situación de pobreza? Distintas aproximaciones procuran distinguir las necesidades humanas que resultan esenciales con independencia de la sociedad en la que vivan y que denotarían situaciones de pobreza “absoluta”. Necesidades de alimentación, vivienda y vestido, por ejemplo, refieren a este aspecto –absoluto– de la pobreza. Por su parte, las medidas “relativas” de la pobreza estarían indicando niveles de privación en relación con lo que otros grupos o personas obtienen en contextos similares o distintos, pero no necesariamente alertan sobre la privación de recursos básicos para el desarrollo vital de una persona.

Amartya Sen ha argumentado sobre el núcleo absoluto de la pobreza, al establecer que existen algunas “capacidades básicas” o “elementales” (extendidamente llamadas “necesidades básicas”) sobre las cuales se puede afirmar que existen consensos en relación con que

éstas requieren satisfacción urgente. Dichas capacidades incluyen tener una nutrición adecuada, evitar enfermedades prevenibles y mortalidad prematura, contar con un hábitat adecuado, tener educación básica, ser capaz de asegurar la seguridad de la persona, tener acceso equitativo a la justicia, tener capacidad de ganar el sustento y tomar parte en la vida de la comunidad. Al respecto, Sen señala:

Las funciones relevantes para el bienestar varían desde algunas elementales... hasta otras más complejas como ser feliz, alcanzar auto-respeto, tomar parte de la vida de la comunidad, aparecer en público sin tener vergüenza...⁵.

El hecho de mencionar algunas capacidades como **básicas** no significa que el enfoque de capacidades pueda confinarse sólo a estas⁶. Entre otras razones, porque dicho enfoque no enfatiza en los “logros” sino en el desarrollo de capacidades humanas. Entendidas desde la perspectiva de Amartya Sen, las “capacidades” suponen la libertad que posee una persona para elegir entre diversas alternativas de vida. Así, de la elección entre distintas combinaciones de “funciones” podemos realizar determinadas acciones y desarrollar distintas maneras de ser.

El enfoque de Sen cuestiona asimismo la relación entre ingresos y “capacidades”, argumentando que dicha relación puede variar significativamente entre personas, familias y sociedades. De tal modo, la referencia a los ingresos como medida de la pobreza requiere dar cuenta del modo en que estos ingresos se asocian con la identificación de una “combinación mínima de capacidades básicas”⁷.

También Nussbaum⁸ refiere la existencia de “funciones esenciales”, que considera universalizables, es decir: rasgos comunes a todas las personas que permiten determinar las funciones y capacidades centrales que no dependen de circunstancias históricas. Nussbaum identifica dos tipos de umbrales que permiten caracterizar “una vida como humana”. Entre éstas se encuentran las capacidades mínimas

5 Sen, Amartya, “Capabilities and well-being”, en: Martha C. Nussbaum y Amartya Sen (ed.), *The Quality of Life*. Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 1993, págs. 36-37.

6 *Ibidem*, pág. 41.

7 *Ibidem*, pág. 41. Este concepto tiene profundas implicancias a la hora de medir la pobreza. Así, aquellas perspectivas basadas en determinado umbral de ingresos no tendrían validez si no se relacionan con algún criterio que permita ponderar por ejemplo, consumos básicos nutricionales y/o de servicios mínimos asociados a dicho ingreso.

8 Nussbaum, Martha C., “Human Capabilities, Female Human Beings”, en: Martha Nussbaum y Jonathan Glover (ed.), *Women, Culture and Development. A Study of Human Capabilities*. Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 1995.

para funcionar, que incluyen la comida y bebida; el alojamiento; la movilidad; el apetito sexual, entre otras. La lista que elabora esta autora es extensa –e incluso imprecisa– sin embargo, Nussbaum no se preocupa por su grado de indefinición, sino por validar el proceso de identificar cuáles son las necesidades esenciales del ser humano. En todo caso, lo que varía según los individuos, las culturas y la historia no serían para ella las “funciones esenciales” sino el modo de satisfacerlas.

Ahora bien, más allá de aquello que Nussbaum caracteriza como “esencial”, la misma autora reconoce otra serie de capacidades, aquellas que exceden al umbral mínimo de la subsistencia y que posibilitan el desarrollo de una vida “que valga la pena ser vivida”⁹. Unas y otras cobran relevancia en el desarrollo de políticas públicas, las que no pueden pretender que una sociedad sólo alcance el umbral mínimo de subsistencia.

Otro enfoque presente en el debate filosófico es el de John Rawls, quien ha recuperado la tradición kantiana de la filosofía analítica. Aun cuando su perspectiva no presupone la existencia de una sola concepción del bien en las distintas personas¹⁰, Rawls señala que un rasgo de lo que denomina una “sociedad bien-ordenada” es que habría un entendimiento respecto de las pretensiones que los ciudadanos podrían plantear como adecuadas, por lo que puede pensarse que serán necesarios para todos “más o menos los mismos bienes primarios”¹¹.

La noción de bienes primarios se relaciona con iguales derechos, libertades y oportunidades, así como con ciertos medios omnivalentes, como la renta y la riqueza. Cinco tipos de bienes serían incluidos en el listado de aquellos que Rawls considera “primarios”: 1) las libertades básicas; 2) la libertad de movimiento y de elección sobre un trasfondo de oportunidades diversas; 3) poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad; 4) renta y riqueza y 5) las bases sociales de respeto de sí mismo.

Sen ha discutido la definición rawlsiana, pues entiende que no correspondería homogeneizar a las personas receptoras de los “bienes primarios”, pues hay una importante diversidad y variabilidad en las

⁹ Ibidem.

¹⁰ Por ende la unidad de la sociedad descansaría en “un acuerdo acerca de qué es justo para personas morales libres e iguales con concepciones del bien diferentes y opuestas”. Rawls, John, *Justicia como equidad*. Editorial Tecnos, Madrid, España, pág. 265.

¹¹ Ibidem.

necesidades de las personas, de acuerdo, entre otras dimensiones, con su edad, su condición de salud, sus condiciones de trabajo¹².

Con independencia de las distintas tradiciones filosóficas a las que adscriben sus autores, las aproximaciones señaladas valoran la libertad como eje fundamental para la dignidad del ser humano. En particular, el enfoque de Sen supone no sólo la necesidad de cada persona de alcanzar determinado bienestar, sino disponer de la libertad personal para elegir entre diversas alternativas de vida. De tal modo, la pobreza puede definirse como la falta de cumplimiento de ciertas libertades (como evitar el hambre, por ejemplo) y del desarrollo de capacidades. Capacidades que, como ya se ha señalado, pueden verse disminuidas por un abanico de restricciones que va mucho más allá de la renta o el ingreso¹³.

Traduciendo estos enfoques a la concepción de los derechos humanos, podemos encontrar un “denominador común” en las distintas aproximaciones: la percepción de la integralidad e indivisibilidad de los derechos caracterizados como civiles y políticos y de los derechos sociales, económicos y culturales. ¿Cuáles serían las implicancias de dichas perspectivas para la orientación de políticas públicas?

Políticas públicas y justicia distributiva

Mediante la distribución de recursos estatales (que se realiza a través de la oferta de servicios, las políticas de empleo y las transferencias de ingresos) las políticas definen las responsabilidades y derechos de los ciudadanos e inciden en la estructura de distribución de los recursos societales. En todos los casos, las políticas responden a determinados principios y supuestos que, de forma explícita o implícita, orientan la racionalidad de la oferta de servicios, o bien el tipo de respuestas estatales frente a lo que los decisores definen como “necesidades” de la población. Al hacerlo, las políticas públicas inciden en la construcción de un determinado perfil de sociedad¹⁴.

12 Sen, Amartya, “¿Igualdad de qué?”, en: John Rawls, Amartya Sen et. al., *Libertad, igualdad y derecho*. Editorial Planeta, Barcelona, España, 1994.

13 Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina, 2000; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Draft guidelines: a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”...

14 Serrano, Claudia, “Familias como unidad de intervención de políticas sociales. Notas sobre el Programa Puente-Chile Solidario”, en: Irma Arriagada (ed.), *Políticas hacia las familias, protección e inclusión social*. UNFPA/CEPAL, Santiago, Chile, 2005.

Por ejemplo, el hecho de orientar la acción estatal hacia la generación de bienestar mediante la igualación de oportunidades y el cumplimiento de derechos sociales, conforma un tipo de sociedad diferente que aquella que se construye dando prioridad a las reglas del mercado, en la que la actuación del Estado en materia social se presentaría de forma residual o como “ambulancia” de la política económica.

Desde mediados del siglo XX y con la instauración de los Estados de bienestar, la orientación de la política social de buena parte de los países industrializados se centró en los principios de protección de los derechos sociales por la vía del empleo formal, inspirados en los escritos de Marshall¹⁵. Lógicamente, hay una definición determinada acerca de cuáles son los derechos sociales o bien cuáles en los que el Estado debe intervenir y de qué forma. Pero además, cabe destacar que ni todos los Estados nacionales han configurado su acción con base en los mismos principios, ni se trata de una materia de carácter estanco.

Importantes cambios en el escenario político, económico, cultural y social impactan en la continuidad de los sistemas de bienestar históricamente configurados, reorientando los principios y acciones estatales en materia social. En particular, en las últimas décadas del siglo XX, significativas transformaciones se fueron sucediendo tanto en los países industrializados del norte como en la región de América Latina.

En este sentido, nuevas definiciones –vinculadas menos con la lógica de la protección social y más con la atención a los denominados “grupos vulnerables”– surgieron con especial fuerza en el ámbito de las políticas sociales. El modo en que se producen estas reorientaciones depende no solo de los recursos con los que cuente un Estado, sino también de la orientación política e ideológica de los gobiernos, de los espacios que se produzcan para la acción de distintos actores sociales y políticos en la instalación de nuevos temas de agenda, y en la presión o resistencia de esos actores frente a los cambios.

El análisis de las instituciones de la política social requiere dar cuenta de la complejidad de la configuración de la oferta pública en un contexto nacional específico, signado por continuidades y cambios, así como también de sus vínculos con otras instituciones o “pilares”

¹⁵ Marshall, Thomas H., “Sociology at the Crossroads”, en: Thomas H. Marshall, *Sociology at the Crossroads and other essays*. Heineman, Londres y Edimburgo, 1963. Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship and Social Development*. Doubleday, Nueva York, 1964.

fundamentales para el bienestar social: como las familias, los mercados y la comunidad¹⁶. Desde este enfoque, el problema de la justicia distributiva podría ampliar su lente, y observar no sólo en qué medida el estado redistribuye los recursos societales entre distintos grupos de población, sino también, de qué modo asigna responsabilidades –por acción u omisión– relativas a la provisión del bienestar a estas distintas instituciones públicas y privadas¹⁷.

En todos los casos, las políticas de Estado se topan frente a la escasez de recursos, como una constante de todo sistema económico. Así, cualquier sistema de titularidad de derechos será apreciado como particularmente demandante para distintos sectores de la población¹⁸. Si un determinado sistema económico prioriza la provisión de recursos para el bienestar social, será visualizado como exigente para quienes paguen impuestos, pero si no lo hace, el peso de esta omisión lo estará sosteniendo la población pobre. De tal modo, de lo que se trata es de dirimir de qué manera los costos de estas demandas serán distribuidos de un modo justo entre la ciudadanía, en tanto el objetivo sea promover la igualdad en el ejercicio de derechos y la ampliación de las capacidades humanas.

Desde el enfoque de las capacidades, la noción de **bienestar** constituye uno de los principales objetivos de la política distributiva, que requiere a su vez asociarse a la ampliación de la capacidad de **agencia** de los distintos actores. El desarrollo de instituciones y políticas deben apuntalar el desarrollo de las capacidades de las personas, que son las que les permiten “no sólo hacer sino también ser, ejercer tanto la libertad positiva como la negativa para poder ser agentes dentro de la sociedad”. De tal modo, y como señaláramos anteriormente, lo que se persigue no es sólo el bienestar, sino también la libertad para buscarlo, y, aun cuando se reconoce que el concepto de libertad es problemático, se asume esta complejidad como parte del desafío¹⁹.

¹⁶ Esping-Andersen, Gosta, *The three worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Reino Unido, 1990.

¹⁷ Faur, Eleonor, “Organización social del cuidado infantil en la Ciudad de Buenos Aires. El rol de las instituciones públicas y privadas. 2005-2008”. Tesis de Doctorado, FLACSO-Argentina, 2009.

¹⁸ Waldron, Jeremy, “Rights”, en: Robert E. Goodin y Philip Pettit (comp.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*. Blackwell Companions to Philosophy, Oxford, Reino Unido, 1993.

¹⁹ Sen, Amartya, “Capabilities and well-being”...

Principios de derechos humanos como orientadores de políticas sociales

Al recuperar la perspectiva de los derechos humanos ¿bajo qué criterios se requiere orientar las acciones que configuran una intervención sistemática por parte del Estado para atender el bienestar de la población? El enfoque de derechos humanos conlleva profundas implicancias a la hora de diseñar e implementar políticas de superación de la pobreza. Si la pobreza no constituye exclusivamente una privación de índole económica sino también un obstáculo para el desarrollo de capacidades, las políticas que busquen erradicarla deberán no sólo ofrecer los medios para que estas personas superen las privaciones que obstaculizan su acceso a derechos sociales y culturales, sino también aquellos que les permitan desarrollar su autonomía, en términos de establecer sus propios planes de vida y disponer de los medios adecuados para llevarlo a cabo²⁰.

Un punto común en los diferentes marcos conceptuales se encuentra en la adopción del principio de interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales –DESC²¹. De modo que no hay una asociación unívoca y excluyente entre DESC y políticas de superación de la pobreza, sino que debe considerarse la pertinencia y la necesidad de vincular en estas políticas la promoción y el respeto de derechos civiles y políticos.

Ahora bien, como señala Abramovich “los derechos no restringen el contenido de las políticas, pero sí pueden decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brindan un marco de conceptos que debe guiar su formulación y su implementación”²². En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos constituye un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de ofrecer

²⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Draft guidelines: a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”...; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Abolishing Poverty through the International Human Rights Framework: A Comprehensive Strategy*...; Dieterlen, Paulette, *La pobreza: un estudio filosófico*...

²¹ Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”, en: BID/CEPAL, *Derechos humanos y desarrollo en América Latina. Una reunión de trabajo*. Santiago, Chile, 2004, mimeografiado; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

²² Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”..., pág. 8.

un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo y la superación de la pobreza²³. Sin obstaculizar la autonomía de cada Estado en la formulación de políticas, dicho marco constituye cierto límite a su discrecionalidad, en tanto señala que hay obligaciones que los Estados deben cumplir, no sólo por razones éticas, sino además por el hecho de haber suscrito voluntariamente acuerdos internacionales en el campo de los derechos humanos²⁴.

Algunos de los principios subyacentes al marco de derechos humanos permiten vincular ciertos imperativos de tipo moral con acciones concretas que respondan al respeto por los derechos de los sujetos vinculados a las políticas. Estos principios son: 1) igualdad y no discriminación; 2) participación y empoderamiento; 3) progresividad y no regresividad de los derechos humanos, y 4) monitoreo y rendición de cuentas²⁵.

Igualdad y no discriminación

La igualdad y la no discriminación constituyen dos de los elementos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, y resultan especialmente relevantes para el diseño, implementación y análisis de las políticas de superación de la pobreza²⁶.

En ocasiones, la pobreza constituye en sí misma una causa de discriminación²⁷. Dicha discriminación no sólo se expresa en el plano de las relaciones sociales, sino también en el plano institucional y como toda discriminación, puede ser voluntaria o involuntaria. Así, la población que vive en situación de pobreza con frecuencia detenta menores posibilidades de acceso a recursos sociales, económicos e institucionales para acceder a servicios fundamentales (entre otros: educación, salud, justicia, vivienda digna, etc.) y, por ende, para ampliar sus capacidades y gozar plenamente de sus derechos.

23 *Ibíd.*; Hunt, Paul, Siddiq Osmani y Manfred Nowak, "Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach to Poverty Reduction"...

24 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework...*; Hunt, Paul, Siddiq Osmani y Manfred Nowak, "Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach to Poverty Reduction"...

25 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework...*

26 *Ibíd.*; Hunt, Paul, Siddiq Osmani y Manfred Nowak, "Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach to Poverty Reduction"...

27 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Draft guidelines: a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies"...

En relación con las políticas, este principio insta por un lado a ofrecer un trato igualitario a sus destinatarios, pero, al mismo tiempo, a superar una connotación “formal” de la igualdad y avanzar hacia una concepción vinculada con la “igualdad material o estructural”. Vale decir, partiendo del reconocimiento de la existencia de grupos históricamente discriminados, vincular sustantivamente el principio de igualdad y no discriminación en las políticas públicas requiere la adopción de medidas especiales para la equiparación de sus condiciones²⁸.

Finalmente, el principio de igualdad y no discriminación tendrá derivaciones en los criterios de distribución del presupuesto y del gasto social, y en tal sentido se relaciona con la necesidad de orientar las políticas y los recursos públicos con base a determinados principios de justicia distributiva.

Participación y empoderamiento

El principio de participación es otro de los ejes centrales de los derechos humanos, y resulta vinculante a la hora de definir e implementar políticas de superación de la pobreza. En tal sentido, aunque no siempre la participación requiere ser directa, es necesario que existan instituciones que la garanticen²⁹.

Ahora bien, una participación genuina y no “decorativa” deberá fortalecer las capacidades y la actoría de la población tanto en el proceso de toma de decisiones acerca de la política, como en el reclamo por sus derechos. Esto resulta central en tanto se perciba a la población beneficiaria como sujeto de derechos y no como objeto de caridad estatal. Sólo así se logra el objetivo de otorgar poder a la población que se encuentra en situación de pobreza, hecho que redundará en una significativa transformación de la relación entre el Estado y la ciudadanía.

Progresividad y no regresividad de los derechos humanos

Este principio refiere a una tensión particular a la hora de diseñar e implementar políticas para superar la pobreza: aquella que relaciona,

28 Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”...

29 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework...*; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Abolishing Poverty through the International Human Rights Framework: A Comprehensive Strategy...*

por un lado, la necesidad de proteger los derechos y por otro, la disponibilidad de recursos con que cuenta un Estado. Los principios de progresividad y no regresividad ponen en juego la cuestión de la justicia en la distribución de recursos que, por definición, son escasos.

Como refiere la UNESCO: “la cuestión del imperativo moral de abolir la pobreza genera problemas fundamentales relacionados con cómo y con qué velocidad es moralmente aceptable institucionalizar un nuevo orden para obtener los objetivos deseados”³⁰.

En el plano de las obligaciones estatales, el principio de progresividad y de no regresividad llama a adoptar medidas utilizando para ello el máximo de los recursos disponibles, y ampliando los alcances de la obligación que posee el Estado de mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC). En esta dirección, de acuerdo con la OACNUDH³¹ habría al menos tres condiciones para orientar el comportamiento del Estado en relación con la progresividad de los derechos sociales:

1. se debe tomar acción inmediata para satisfacer todo derecho que no dependa de la disposición de recursos,
2. se debe priorizar en las operaciones fiscales, de modo de desviar recursos utilizados en cuestiones no esenciales a la reducción de la pobreza,
3. se debe desarrollar un plan que vislumbre un límite en el tiempo, para la realización progresiva de la superación de la pobreza.

Estas tres condiciones permiten no sólo dar respuestas oportunas y efectivas para ampliar el acceso a bienes y servicios que no requieren de erogaciones adicionales a las que realiza el Estado, como también subrayar la necesidad de dar prioridad a la reducción de la pobreza y el trabajo planificado hacia su superación. Coloca así en el terreno de las decisiones políticas a la planificación y administración de recursos a fin de superar la pobreza.

³⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Abolishing Poverty through the International Human Rights Framework: A Comprehensive Strategy...*, pág. 9.

³¹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework...*

Monitoreo y rendición de cuentas

Un último principio de alta potencialidad para vincular derechos y políticas de superación de la pobreza se ubica en los mecanismos de monitoreo y rendición de cuentas y de responsabilidad estatal. Los derechos implican deberes y demandan responsabilidad (*accountability*) para que los portadores de obligaciones puedan rendir cuentas por sus acciones – u omisiones. El Estado es el mayor portador de obligaciones dentro de su jurisdicción, pero la Comunidad Internacional también posee responsabilidades en la superación de la pobreza. De esta manera, el proceso de monitoreo y *accountability* debe incluir no sólo a los Estados sino también a los actores globales³².

El monitoreo y rendición de cuentas supone fortalecer los mecanismos de exigibilidad judicial en distintos niveles nacionales y globales, pero también otro tipo de procedimientos administrativos para el control ciudadano de las políticas, como las defensorías del pueblo, las instancias de control parlamentario, y otros espacios de reclamo administrativo³³.

Consideraciones finales

Al abordar la pobreza desde una perspectiva de derechos humanos, necesariamente se vinculan aspectos económicos, éticos e institucionales. Por un lado, se reorienta la propia definición acerca de cómo leemos la pobreza, es decir, sobre el tipo de carencias y desigualdades distributivas a las que nos referimos y el modo en que las interpretamos. Por otro lado, se promueve un análisis institucional, relacionado con el tipo de obligaciones que se crean a los Estados y a sus instituciones en función de superar la pobreza, mediante políticas públicas no discriminatorias y que amplíen de forma efectiva las capacidades humanas.

Las múltiples definiciones sobre la pobreza tienen en común la evidencia de una carencia, de un déficit para acceder a niveles de vida dignos. Desde un punto de vista ético, se entiende que los bienes y servicios materiales no constituyen fines en sí mismos sino medios para alcanzar una vida digna, en la cual se expandan los niveles de autonomía y libertad para elegir el curso de la propia vida. Mientras desde el punto de vista económico, la privación de determinados bienes

³² Hunt, Paul, Siddiq Osmani y Manfred Nowak, “Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach to Poverty Reduction”...

³³ Abramovich, Victor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”...

y servicios básicos resultan en sí mismos violatorios de los derechos económicos y sociales, desde una perspectiva ética, la restricción que supone vivir en situaciones de pobreza vulnera la posibilidad de ejercer la libertad y de ampliar los niveles de autonomía, y por ende, de profundizar la democracia.

Pensar la pobreza desde esta perspectiva supone un cambio de paradigma tanto en relación con los enfoques de políticas públicas centrados en el asistencialismo como respecto de aquellos que históricamente promovían aproximaciones inspiradas en la caridad. Las diferencias se corresponden con la forma en que se considera a los y las ciudadanos, con el valor que se reconoce a los derechos sociales como parte del universo de los derechos humanos y con el rol que les compete a los Estados.

En primer lugar, se considera que las personas no sólo tienen necesidades de distinto tipo sino que son titulares de derechos que les deberían habilitar para vivir una vida digna. Esta aproximación supera la mirada exclusivamente economicista, y recupera una perspectiva ética acerca de las personas. Al mismo tiempo, modifica la relación de la ciudadanía frente al Estado, al reconocer a los sujetos la potestad de reclamar por el cumplimiento del conjunto de sus derechos.

En segundo lugar, todo ello implica reconocer que aquellos derechos definidos como derechos económicos, sociales y culturales (DESC) gozan de idéntica jerarquía que los derechos civiles y políticos. Dicha equiparación, ya reflejada a través de las normas jurídicas internacionales y nacionales, debe por tanto expresarse en lo que concierne al tratamiento institucional (judicial y administrativo) de los derechos sociales³⁴.

En tercer lugar, esta perspectiva subraya que el Estado tiene obligaciones para garantizar a la ciudadanía el ejercicio de estos derechos. De modo que el Estado no podría “justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política”³⁵. En consecuencia, la definición de políticas

³⁴ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2002; Courtis, Christian, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en: Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor?*. Editorial Ashgate, Aldershot, Reino Unido, 2006.

³⁵ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, pág. 20.

públicas tendientes al cumplimiento de derechos, deben acompañarse con mecanismos de tutela, garantía y responsabilidad por parte de los Estados³⁶.

En síntesis, el paradigma de los derechos humanos para pensar la pobreza, nos recuerda que cada persona es “un fin en sí mismo”. No estamos por tanto frente a un problema exclusivamente cuantitativo, que procuraría disminuir la incidencia de la pobreza, sino más bien, frente a un problema de tipo cualitativo. Así, mientras desde la perspectiva del desarrollo se promovería la reducción de la pobreza, desde la perspectiva de los derechos humanos la mera existencia de extrema pobreza por parte de una sola persona o de un grupo de personas, estaría dando cuenta de una violación de estos derechos.

Finalmente, se requiere ampliar el prisma analítico acerca de la justicia distributiva y dar cuenta no sólo de las distintas lógicas de provisión de servicios que operan para distintos grupos socioeconómicos –especialmente en América Latina– sino también, del modo en que se apela a las instituciones –Estado, familias, mercado y comunidad– para la provisión de bienestar de distintos grupos sociales³⁷.

Superar la lógica de la emergencia y el corto plazo y trabajar sobre un sistema de protección de derechos sociales y políticos de mediano y largo plazo, será, en definitiva, la condición que permita tornar progresivos y sostenibles los logros en torno a la reducción de la pobreza y su superación.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”, en: BID/CEPAL, *Derechos humanos y desarrollo en América Latina. Una reunión de trabajo*. Santiago, Chile, 2004, mimeografiado.

Abramovich, Víctor y Christian, Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.

Curtis, Christian, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en: Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y

³⁶ Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina”...

³⁷ Faur, Eleonor, “Organización social del cuidado infantil en la Ciudad de Buenos Aires. El rol de las instituciones públicas y privadas. 2005-2008”...

- Theunis Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor?*. Editorial Ashgate, Aldershot, Reino Unido, 2006.
- Dieterlen, Paulette, *La pobreza: un estudio filosófico*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- Esping-Andersen, Gosta, *The three worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Reino Unido, 1990.
- Faur, Eleonor, "Organización social del cuidado infantil en la Ciudad de Buenos Aires. El rol de las instituciones públicas y privadas. 2005-2008". Tesis de Doctorado, FLACSO-Argentina, 2009.
- Faur, Eleonor, Luis E. Campos, Laura Pautáis y Silvina Zimmerman, *Derechos en cuestión. Límites de las políticas para la disminución de la pobreza en la Argentina*. CELS, Informe final UNESCO Small Grants, Buenos Aires, Argentina, 2007, mimeografiado.
- Gargarella, Roberto, "Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights", en: Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor?*. Editorial Ashgate, Aldershot, Reino Unido, 2006.
- Hunt, Paul, Siddiq Osmani y Manfred Nowak, "Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach to Poverty Reduction". Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, mimeografiado, 2004.
- Marshall, Thomas H., "Sociology at the Crossroads", en: Thomas H. Marshall, *Sociology at the Crossroads and other essays*. Heineman, Londres y Edimburgo, 1963. Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship and Social Development*. Doubleday, Nueva York, 1964.
- Class, Citizenship and Social Development*. Doubleday, Nueva York, Estados Unidos, 1964.
- Nussbaum, Martha C., "Human capabilities, Female Human Beings", en: Martha Nussbaum y Jonathan Glover (ed.), *Women, Culture and Development. A Study of Human Capabilities*, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 1995.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Draft guidelines: a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies". OACNUDH, Naciones Unidas, 2002.

- Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Abolishing Poverty through the International Human Rights Framework: A Comprehensive Strategy*. UNESCO, París, Francia, 2004.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos, 1971.
- Justicia como equidad*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1999.
- Sen, Amartya, “Capabilities and well-being”, en: Martha C. Nussbaum y Amartya Sen (ed.), *The Quality of Life*. Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 1993.
- “¿Igualdad de qué?”, en: John Rawls, Amartya Sen et. al., *Libertad, igualdad y derecho*. Editorial Planeta, Barcelona, España, 1994.
- Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Serrano, Claudia, “Familias como unidad de intervención de políticas sociales. Notas sobre el Programa Puente-Chile Solidario”, en: Irma Arriagada (ed.), *Políticas hacia las familias, protección e inclusión social*. UNFPA/CEPAL, Santiago, Chile, 2005.
- Waldron, Jeremy, “Rights”, en: Robert E. Goodin y Philip Pettit (comp.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*. Blackwell Companions to Philosophy, Oxford, Reino Unido, 1993.

Internet y la promoción de los derechos humanos

*Marisol Molestina Gaviria**

Si algo caracteriza las dos últimas décadas es el imparable desarrollo de las llamadas tecnologías de la información y comunicación (TIC), una combinación de herramientas, programas y procesos cuyo eje son señales construidas a partir de *bits*¹. Este extraordinario desarrollo de las TIC viene acompañado de grandes expectativas, y no han faltado quienes les atribuyen el poder de cambiar en lo sustantivo a la sociedad actual. Así, muchas personas sostienen que las TIC conseguirán, entre otras cosas, bajar los índices de criminalidad e, incluso, que tienen el poder de erradicar la pobreza y terminar con el retraso social, económico y hasta político, porque propiciarán el nacimiento de un nuevo tipo de sociedad. Sin embargo, y pese a que su desarrollo

* Peruana, antropóloga por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Texas en Austin, Diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el programa conjunto Universidad de Oxford/Universidad de George Washington (Reino Unido). Integrante del Centro de Estudios en Derechos (CEDE) y consultora independiente. De 2001 a 2008, Coordinadora de la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Editora de la *Revista IIDH* desde 2001. Desde 2005, coordinadora editorial de la revista semestral *Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicación conjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el IIDH y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. De 1994 a 1999, encargada de publicaciones y desarrollo del sitio en Internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 “El símbolo básico de la información es el *bit*, el dígito binario, que... es la manera más efectiva de representar la información. El *bit* fue el motor que impulsó la convergencia de las TIC, proceso en el que la radio, la televisión, las telefonías fija y móvil e Internet tienden a fusionarse en una sola red digital. La conversión de la información en *bits* permite realizar cuatro operaciones básicas: i) captación y traducción, es decir, la reproducción de la información en un formato distinto al original; ii) transmisión, reproduciendo en un punto un mensaje seleccionado en otro; iii) computación, es decir, el manejo de la información según un determinado procedimiento, y iv) almacenamiento sin perder la información”. CEPAL, *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe. Desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo*, Wilson Peres y Martin Hilbert, editores. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Naciones Unidas, Santiago de Chile, febrero de 2009, pág. 33.

es vertiginoso, las TIC por sí solas no tienen verdadero poder de cambio: el desarrollo de su potencial depende, casi por completo, de que encontremos la manera de garantizar el acceso universal a la información y la participación en la sociedad del conocimiento a todas las personas, en todas las sociedades².

El lugar de convergencia de las TIC en la que hemos dado en llamar “la era digital” es Internet. La *World Wide Web* (en adelante “la web”) ha cambiado sustancialmente la forma en que creamos y diseminamos información, al punto que podemos asegurar que ha revolucionado la sociedad. Se trata de un sistema de hipertexto (archivos electrónicos de texto, gráficos, de video y audio) que se sirve de Internet como medio de transporte. Internet es la estructura física y de programación, es decir, compuesta de “hardware” y “software”, que conecta redes grandes y pequeñas y, a su vez, a toda computadora personal ligada a ella.

Las implicaciones sociológicas y culturales de la existencia de la web son enormes. La escala en la que se da este fenómeno no tiene precedentes en la historia de la humanidad: el tiempo y la distancia pierden su efecto; las limitaciones físicas de las bibliotecas e imprentas desaparecen, puesto que aunque la web se basa en tecnología física, no utiliza recursos físicos para propagar información; el carácter digital de la información facilita la búsqueda de la misma, así como la eficiencia con que puede ser archivada y manejada, de manera increíblemente rápida, además. Ningún medio de comunicación es comparable a la web en sus posibilidades de almacenamiento y búsqueda de información.

Como en prácticamente todos los campos del conocimiento humano, la web ha favorecido el intercambio de información a nivel global sobre el tema de los derechos humanos. Pero eso no es todo: ha favorecido la aparición de comunidades alrededor de temas específicos relativos a los derechos humanos, es decir, la interconexión de personas y organizaciones cuyos intereses están vinculados al tema. Y aquí está la mayor novedad y potencialidad de la web: es un medio de comunicación que nos conecta. En la web opinamos, comentamos, discutimos, apoyamos campañas, nos capacitamos, preguntamos, respondemos...

² Al respecto se sugiere revisar los materiales producidos en el marco de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información en sus dos ediciones: Ginebra 2003 y Túnez 2005. Ver en: <http://www.itu.int/wsis/index-es.html> (disponible al 1 de julio de 2009).

¿Cómo están aprovechando las organizaciones dedicadas a los derechos humanos este medio de comunicación? La web tiene el potencial de convertirse en una herramienta de trabajo central para las organizaciones de derechos humanos. En un primer momento, este artículo explora este tema, para luego pasar a analizar el de la brecha digital y sus implicaciones, con la intención de responder a dos preguntas: ¿Cómo pueden estas organizaciones utilizar este medio a modo de minimizar los efectos de la brecha digital? ¿Cuál es el papel especial de estas organizaciones con respecto a Internet, la brecha digital y, en general, a las TIC?

El artículo cierra con algunos comentarios y propuestas de acción alrededor de la constatación de que Internet no solo juega un papel central en la promoción de los derechos humanos, sino que las organizaciones de derechos humanos deben jugar uno también esencial en el campo del desarrollo, acceso a y penetración de Internet.

Las organizaciones de derechos humanos en la web

Un sencillo experimento nos da una idea de la abrumadora cantidad de ligas que nos ofrece la web en el tema que nos ocupa: escribir en el buscador de Google el texto “derechos humanos”. En 0,11 segundos tenemos el siguiente resultado: 4.020.000 páginas web³. Esta realidad es una ventaja y una desventaja. Ventaja porque nos proporciona la entrada a un sinfín de posibilidades. Desventaja porque nos deja la dificultad de saber por dónde empezar a revisar, a qué darle prioridad. Evidentemente quien busca un dato o una organización específica no tendrá mayores problemas, pero siempre sirve saber de antemano qué podemos esperar de la web.

En derechos humanos se han desarrollado cuatro grandes campos de acción en línea: información/documentación; activismo; comunicación/intercambio; educación/capacitación. No son mutuamente excluyentes: una campaña en línea dirigida a crear conciencia y acción en torno a una situación de violación sistemática de derechos humanos puede incluir los cuatro campos señalados, por ejemplo.

Información/documentación

La web es una fuente casi inagotable de información en el tema de los derechos humanos. Encontramos en línea diversos tipos de portales

³ Este resultado no es, como bien se puede suponer, fijo: cambia casi con cada intento. Los datos aquí consignados fueron recabados el 1 de julio de 2009, a las 10 de la mañana. Se hizo la búsqueda también agregando la palabra “organizaciones”, lo que dio un resultado de más de 29 millones en 0,39 segundos.

y páginas web que proveen información relevante sobre el tema: de organizaciones nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales; académicas, de capacitación y documentación; de denuncia y defensa; del tema en general y de temas específicos. Éstas ofrecen diversos servicios informativos y muchas contienen extensas bases de datos, algunas de ellas excelentes herramientas de trabajo para investigadores de todos los ámbitos.

¿Cómo llegar a ellas? Los motores de búsqueda específicos son una buena forma. Puede que no resulten evidentes las ventajas de utilizarlos en lugar de uno de excelente calidad pero genérico, tal como Google, pero éstas son de la mayor importancia. Por un lado, es elemental contar con fuentes confiables de información, cosa que estos motores garantizan. Aún más, algunos de estos motores ofrecen resultados tan puntuales como uno requiera: sobre un país en particular, en determinado idioma, por tipo de organización e incluso de una organización específica. Por otro lado, los motores de búsqueda genéricos tienden a invisibilizar las páginas web de organizaciones más pequeñas o de base, lo que limita la posibilidad de llegar a documentación e información fresca y de primera mano.

Un buen ejemplo de motor de búsqueda específico es HuriSearch⁴, del Human Rights Information and Documentation Systems, International (HURIDOCS), disponible en siete idiomas, entre ellos el español, pero con la posibilidad de administrar documentos en 77 idiomas. Este servicio tiene indizado el contenido de 3000 sitios web, y actualiza su información cada ocho días. La biblioteca de derechos humanos de la Universidad de Minnesota, conocida por su amplia colección de normativa internacional, tiene en línea su propio motor de búsqueda: el Meta Search Engine for Searching Multiple Human Rights Sites⁵, con búsqueda en cinco idiomas, entre ellos el español.

Los portales y páginas web son fuentes de información cada vez mejores y más útiles. Los avances cotidianos en el manejo de bases de datos en línea, en sistemas de búsqueda y en programación han permitido a muchas organizaciones ir mejorando su oferta en línea, poniendo a disposición del público sus bases de datos y ofreciendo maneras más certeras y rápidas de llegar a ellos.

⁴ En <http://www.hurisearch.org/> (disponible al 1 de julio de 2009).

⁵ En <http://www1.umn.edu/humanrts/lawform.html> (disponible al 1 de julio de 2009).

Activismo

En el campo del activismo por los derechos humanos la web ha resultado ser una herramienta poderosa, que junto con el uso masivo del correo electrónico potencia los resultados de cualquier campaña bien pensada. Amnistía Internacional (AI) utiliza ampliamente los beneficios de las tecnologías de información en general y la web en particular en su labor activista. Human Rights Watch es otro buen ejemplo en ese sentido.

¿Cómo lo hacen? Dedicar un lugar central de sus sitios en la web para promocionar sus campañas, con lo que además de conseguir globalizar sus esfuerzos restringen los efectos de la censura local. Cada una de éstas tiene su propio espacio, en el cual se encuentra toda la información pública relevante; materiales imprimibles, tales como afiches, panfletos y comunicados de prensa; materiales de capacitación; invitación a participar de una lista de correos si desea hacer trabajo voluntario o mantenerse informado mediante boletines; un *blog*⁶ u otro medio para aportar ideas, comentarios y crítica constructiva; peticiones electrónicas o formatos de cartas a ser enviadas vía fax o correo electrónico; contactos.

Un ejemplo interesante es la campaña de AI para propiciar la libertad de expresión e información en la web, pues ilustra tanto su potencial como medio de comunicación y las posibilidades que ofrece como herramienta para el activismo, sin dejar de lado el tema de Internet como un asunto de derechos humanos⁷. AI no solo reconoce el impacto de Internet en su trabajo, sino que le atribuye un cambio cualitativo en su forma de realizarlo; asimismo, esta organización considera que estos cambios han propiciado novedosas maneras de incidencia sobre sus ámbitos de interés. Esta cualidad es tan cierta e importante que no ha pasado desapercibida para nadie, lo que, lamentablemente, ha repercutido de manera negativa sobre la libertad de expresión e información en la web.

⁶ Un *blog* o, en español, una bitácora, es un sitio web, personal o institucional, que recopila cronológicamente textos o artículos de las personas autoras, donde éstas tienen la libertad de publicar lo que crean pertinente. Contienen noticias y reflexiones, con un formato que facilita su actualización. Los mensajes se ordenan en función de una temática específica. Este recurso promueve la participación de las personas usuarias, quienes tienen la posibilidad de comentar cada texto o artículo publicado.

⁷ Amnistía Internacional, "Internet y los derechos humanos", documento externo, 19 de julio de 2006. Ver en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/POL30/032/2006> (disponible al 1 de julio de 2009).

En ese sentido, AI reporta que a inicios de siglo las personas defensoras de los derechos humanos de países en donde los mismos no son respetados, empezaron a utilizar la web como el medio privilegiado para informar sobre la precaria situación de los derechos humanos en estos países, así como sobre las violaciones a los derechos humanos que sistemáticamente se llevaban adelante. Los gobiernos de estos países no tardaron en notarlo, por lo que recurrieron a empresas internacionales que podían ayudarles a implementar mecanismos de censura en Internet. La lucha que AI adelanta es la de intentar que estas empresas reconozcan su parte de responsabilidad en estos asuntos, dejando de lado posiciones supuestamente neutrales que esconden argumentos tales como la falta de control sobre la forma en que los gobiernos utilizan sus equipos y programas.

Miles de personas han firmado el compromiso sobre “libertad de expresión e información” en <http://irrepressible.info/>, la página web de la campaña de Amnistía Internacional. En Estados Unidos se está abriendo paso a través del mecanismo político del país un proyecto de ley del Congreso que impondría nuevas obligaciones estrictas a empresas de tecnología estadounidenses en sus relaciones comerciales con “países restrictivos con Internet”... Las organizaciones de medios de comunicación y de activistas de todo el mundo han expresado claramente sus críticas a las acciones de estas empresas⁸.

Comunicación/Intercambio

Las redes de comunicación electrónica se están constituyendo en vías potenciales de acceso al ámbito público para amplios sectores sociales y culturales que han estado tradicionalmente privados de expresión más allá de sus entornos restringidos⁹.

La creación de redes para el intercambio de ideas, experiencias y conocimientos también ha dado un salto cualitativo con la web. Ésta ofrece una serie de posibilidades para fomentar el intercambio y la colaboración entre personas que tienen intereses comunes y entre organizaciones afines, a nivel mundial y en tiempo real. Para una organización de derechos humanos resulta fácil y económico mantener a sus contrapartes y poblaciones meta informadas de sus actividades: con solo levantar una buena lista de contactos e implementar una lista

⁸ AI, “Internet y los derechos humanos”..., pág. 2.

⁹ CEPAL, *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/ Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio de 2003, pág. 64, en la que se describen las experiencias y desarrollo del gobierno-e.

de correos (listserv¹⁰) se cuenta con un medio de comunicación masivo y eficiente, e incluso con la posibilidad de generar discusiones a partir de los mensajes enviados.

Pero este no es el único recurso disponible en la web para optimizar el trabajo en redes. Se dispone de *blogs*, foros de discusión¹¹, *wikis*¹², entre otros, además de la posibilidad de utilizar varios recursos de manera combinada y creativa, a modo de generar más y mejor comunicación e intercambio.

Un ejemplo de implementación sencilla y de gran alcance es la red de comunicación e intercambio Conectando-IIDH, implementada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) por un período de cuatro años, en atención a las necesidades de un grupo de trabajo. El desarrollo de las TIC y el crecimiento de la web hicieron evidente para el IIDH que sus esfuerzos debían ser respaldados por una mejor utilización y potenciación de éstas. Se inició entonces, a inicios de siglo, un proceso de desarrollo del portal institucional en Internet, sus secciones especializadas y su plataforma de cursos en línea. Concretamente, esta red se creó como parte de una estrategia de articulación resultante del III Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (2002), como un espacio de coordinación, encuentro e intercambio entre las relatorías especiales y otras instancias del sistema interamericano y el universal de derechos humanos, con entidades de la sociedad civil y entre sí. Consistió en una lista moderada de discusión mediante correo electrónico, así como de una sección especializada en el sitio web del IIDH de acceso restringido y a la que accedían sólo quienes integraban la red. Esta red proporcionaba material aportado por las relatorías y las organizaciones de la sociedad civil sobre la situación de las mujeres, indígenas, afrodescendientes, infancia, migrantes, libertad de expresión y defensores de derechos humanos.

¹⁰ Es el nombre de un *software* que gestiona listas de correo electrónico, tanto las que únicamente envían algún tipo de información, como aquellas otras que permiten la comunicación en dos sentidos. En éstas los miembros de las listas forman un grupo de personas que se intercambian mensajes sobre una temática particular, compartiendo sus conocimientos y debatiendo temas de interés común, formando así una “comunidad virtual”. Ver en: <http://es.wikipedia.org/wiki/LISTSERV> (disponible al 1 de julio de 2009).

¹¹ En los foros de discusión se debate sobre temas específicos. Los textos a analizar son enviados a un servidor que los distribuye entre los participantes. La participación en un foro se logra mediante suscripción, que es gratuita y permite seguir los comentarios que allí se hacen e incorporar los propios.

¹² Un *wiki* es un sitio web cuyas páginas pueden ser editadas por muchas personas, voluntariamente y mediante el navegador web. Las personas usuarias pueden crear, modificar o borrar el texto que comparten.

Educación/capacitación

En el campo de la educación y la capacitación a distancia la web es también una herramienta invaluable. Las grandes compañías han ampliado y generalizado sus programas de capacitación por este medio, permitiendo la incorporación de éstos en el plan de desarrollo profesional de cada uno de sus empleados. Las universidades acceden a públicos de otro modo inaccesibles, además de haber bajado los costos de cursos de extensión y nivelación, y en general de sus programas regulares. Organizaciones de distintos tipos ven en este medio la posibilidad de potenciar el alcance de materiales pedagógicos desarrollados a través de años de experiencia.

Quienes trabajan en derechos humanos también aprovechan el medio para implementar programas académicos y de capacitación. Las TIC son esenciales herramientas para llevar la educación en derechos humanos (EDH) a amplios sectores. La experiencia del IIDH sirve para fines ilustrativos. De acuerdo a sus estatutos, el IIDH es una entidad dedicada a la enseñanza, la investigación y la promoción de los derechos humanos. Su fin último es educar en y para los derechos humanos y la democracia, como apoyo de los mecanismos de promoción, control y administración del sistema interamericano de derechos humanos, asistiendo a la sociedad civil y a los gobiernos en esta tarea. A través de sus casi 30 años de existencia, el IIDH ha utilizado diversos formatos de presentación de sus materiales pedagógicos, utilizando varias TIC como formas de entrega de los mismos.

En el campo de la capacitación en línea, el IIDH ha desarrollado dos experiencias independientes. Por un lado, el Instituto ha estado vinculado a la creación y desarrollo de programas de derechos humanos en diversos centros de educación superior de la región, brindando apoyo técnico, herramientas pedagógicas y respaldo institucional. Uno de esos esfuerzos es el Programa Interuniversitario de Derechos Humanos, que combina la capacitación en línea con la presencial en un esquema de *b-learning* (*blended learning*¹³). Por otro lado, el IIDH tiene a disposición desde 2003 el Aula Interamericana Virtual, plataforma de *e-learning* que ha servido a varios fines y que recientemente ha entrado en una nueva etapa de desarrollo.

En cuanto a la experiencia de *b-learning*, la Asociación de Universidades Confiadas a la Compañía de Jesús de América Latina (AUSJAL) e IIDH unieron sus esfuerzos para proporcionar una

¹³ Aprendizaje semi-presencial.

alternativa de formación superior, a través de un Diplomado en derechos humanos, que ofrecen semestralmente desde 2003. El objetivo central de esta iniciativa es capacitar y sensibilizar para la defensa y promoción activa de los derechos humanos a los profesionales que se desempeñan en este campo, a través de un programa académico con una perspectiva interdisciplinaria y un enfoque integral.

El Programa Interuniversitario es un buen ejemplo de *b-learning*, en el que las herramientas de *e-learning* son utilizadas como complemento de herramientas pedagógicas tradicionales, a modo de lograr una mayor cobertura de programas de educación superior, así como acceso a personal docente experto en temas específicos. Se trata de una modalidad mixta de enseñanza (presencial y en línea), que tiene una duración de siete meses estructurados en tres bloques, dos de los cuales son presenciales (al inicio y al final) y un bloque de desarrollo virtual.

Este programa se lleva adelante con la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Universidad Rafael Landívar (campus Quetzaltenango) de Guatemala, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Universidad Católica Dámaso Larrañaga de Montevideo, Universidad Católica Andrés Bello de Caracas e Instituto Filosófico Pedro Francisco Bonó en República Dominicana. En 2008 la sexta promoción del programa académico de diplomados en derechos humanos empezó su período lectivo. En 2008 fueron admitidas al diplomado con mención en acceso a la justicia 45 personas; al diplomado con mención en participación política 37, y al diplomado con mención en educación en derechos humanos 98. En las cinco promociones anteriores hay un total de 470 personas graduadas.

En cuanto a la experiencia de *e-learning*, en octubre de 2003 el IIDH puso a disposición de las personas usuarias de su portal en Internet el módulo de cursos en línea Aula Interamericana Virtual; la experiencia ha sido más que exitosa. El IIDH ofrece mediante el Aula dos modalidades de cursos: con tutoría y autoformativos.

Los cursos con tutoría cuentan con una persona tutora que orienta y retroalimenta el aprendizaje de las y los estudiantes. Estos cursos se han organizado en una secuencia lógica y pedagógica, con base en un modelo de aprendizaje interactivo, que promueve la colaboración entre estudiantes y docente, así como entre estudiantes. Se ofrecen en línea en una fecha y por un período determinado, a un grupo de participantes seleccionados con base en su postulación previa. Los cursos tienen un costo, que se especifica en la convocatoria, por lo que requiere una

inversión financiera por parte de cada estudiante seleccionado para ser cursado. La oferta de cursos con tutoría se realiza mediante la página web del IIDH y los distintos medios de difusión institucional.

La experiencia ha sido buena y una fuente importante de aprendizaje sobre las implicaciones administrativas y logísticas, así como en cuanto a recursos, de este tipo de iniciativas. Un curso con tutoría que se ha realizado anualmente desde 2004 es sobre la utilización del sistema interamericano para la protección de los derechos de las mujeres, dirigido a representantes de organizaciones que trabajan en derechos humanos y derechos de las mujeres, personas funcionarias de instituciones públicas (especialmente relacionadas con la administración de justicia e instituciones *ombudsman*) y de organismos internacionales con acciones en ese ámbito. Para ilustrar la demanda de este tipo de cursos baste con decir que en 2005 se recibieron 232 postulaciones para un cupo de 25 personas; esto ha sido una constante en éste y otros cursos con tutoría que se han ofrecido.

Los cursos autoformativos constituyen el desarrollo de un tema, organizado en una secuencia lógica y pedagógica, para guiar el aprendizaje independiente de quien lo cursa. Este tipo de cursos no cuentan con una persona instructora, se basan en un modelo de autoaprendizaje. Están disponibles en línea en forma permanente, son gratuitos y las personas interesadas pueden cursarlos en cualquier momento y según su disponibilidad de tiempo. El período de inscripción de los cursos autoformativos siempre está abierto.

El módulo de cursos en línea contaba, a noviembre de 2008, con trece cursos autoformativos, cinco de ellos también disponibles en inglés. La versión en español tenía un total de 15.144 personas inscritas, a julio de 2008. Estos números hablan por sí mismos y dan una pauta respecto a la cantidad de personas que han aprovechado de los cursos en línea que ofrece el IIDH para su formación personal.

Aunque sin duda es un reto mantener el interés de las personas usuarias en los cursos autoformativos, la cuestión central ha sido incorporar esta herramienta a las actividades regulares de capacitación del IIDH: combinar el uso de este módulo en línea con las actividades presenciales de capacitación, a modo de potenciarlas e incrementar su impacto. En ese sentido, hay algunas experiencias. Como ejemplo destaca la impulsada en coordinación con la Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH) de Guatemala (del 23 de mayo al 22 de septiembre de 2006), mediante la cual 40 personas funcionarias de la Procuraduría llevaron adelante un curso que combinó la capacitación en línea con la presencial. En esa ocasión la PDH contribuyó con un

coordinador; acceso a computadoras adecuadas para las personas participantes; una hora laboral diaria para que realizaran los cursos en línea seleccionados y las lecturas. El IIDH, además de poner a disposición los cursos autoformativos de su plataforma de cursos en línea, ofreció una conferencia magistral presencial cada dos semanas, y un manual que incluyó el resumen de cada uno de los cursos autoformativos que debían ser aprobados.

Por otro lado, resultan particularmente gratificantes e interesantes las otras formas en que estos cursos han sido y son utilizados. Desde un principio el módulo de cursos en línea se concibió como una herramienta que podía ser utilizada por las personas usuarias para sus propios fines de capacitación presencial y se les invitaba a hacerlo. La reacción no se hizo esperar y han sido múltiples y constantes las solicitudes en ese sentido.

Recientemente, en el proceso de definición de acciones en apoyo a los esfuerzos de los Estados para el mejoramiento de la EDH, se identificó la necesidad de ofrecer asistencia técnica y capacitación a los ministerios de educación y universidades mediante un servicio en línea de alta calidad y bajo costo. A partir de esta iniciativa, se decidió actualizar el sistema, tanto en su plataforma tecnológica como en la administración de sus contenidos y la inclusión de contenidos novedosos. Mediante esta nueva versión del Aula se pone a disposición de los ministerios de educación de América Latina y el Caribe una estrategia de enseñanza mediante el uso de las TIC. El mismo se ha definido como un sistema de capacitación a capacitadores, a modo de potenciar el alcance del servicio mismo.

Además de su oferta actual, la nueva plataforma de cursos en línea ofrecerá cursos dirigidos a docentes en servicio especializados en la educación de niños, niñas y adolescentes, especialmente de 10 a 14 años de edad y aquellos especializados en la educación superior. Estos cursos, de acceso restringido, serán la base para coordinar acciones y definir estrategias conjuntas de capacitación y asesoría técnica a ministerios y universidades, en un esquema bilateral que responda a las necesidades de cada caso.

La brecha digital

*We have... identified another gap: the gap that still exists between good intentions and actual achievements, between promises and realities, between high sounding principles and concrete actions*¹⁴.

Más allá de las virtudes reconocidas de las TIC, hay una serie de preguntas que están en la base del interés por utilizarlas a favor de la capacitación y promoción en el campo de los derechos humanos: ¿Quiénes son los beneficiarios principales de las TIC hoy en día en las Américas? ¿Quiénes toman las decisiones respecto al desarrollo e implementación de las mismas? ¿En qué medida es posible vincular su desarrollo a la meta mayor de lograr la equidad y la justicia en nuestra región? Para responder a estas y otras preguntas similares, es necesario tener presente que cualquier esfuerzo que implique la utilización de TIC debe considerar el problema de la brecha digital¹⁵.

El concepto de **brecha digital** se refiere en términos elementales a la división que nace de tener o no acceso a una computadora y, por extensión, a otras TIC. A partir de esto el concepto puede incluir otros aspectos: la división entre quienes tienen capacidades tecnológicas y quienes no las tienen; entre los que utilizan de manera eficaz esas capacidades y los que no; entre aquellas personas que tienen la posibilidad de acceder a contenidos digitales de calidad y aquellas que no la tienen.

¹⁴ Association for Progressive Communications (APC), *Global Information Society Watch, 2007*. Uruguay, 2007, pág. 5. Traducción de la autora: “Hemos identificado otra brecha: aquella que aún existe entre las buenas intenciones y los logros, entre las promesas y las realidades, entre los principios rimbombantes y las acciones concretas”.

¹⁵ Aunque la discusión escapa a los fines de este trabajo, vale subrayar que la importancia de la brecha digital en comparación con otras brechas, tales como las que podríamos llamar la “brecha en servicios de salud”, la “brecha en acceso a la educación”, la “brecha en condiciones laborales”... entre otras tantas, ha adquirido en los últimos años un gran protagonismo en la agenda internacional. Según Brendan Luyt esto no necesariamente refleja la centralidad del problema para las relaciones internacionales, más bien evidencia la convergencia de una serie de intereses y sus posibilidades de influir sobre la agenda política del momento. El de la brecha digital es un problema serio y de importancia social, pero es necesario analizar los intereses de la empresa privada y de las entidades gubernamentales, entre otras, para propiciar cambios reales y positivos que beneficien a los sectores sociales más desposeídos. Luyt, Brendan, “Who benefits from the digital divide?” *First Monday*, Volume 9, Number 8, 2 August 2004. Ver en: <http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/1166> (disponible al 1 de julio de 2009).

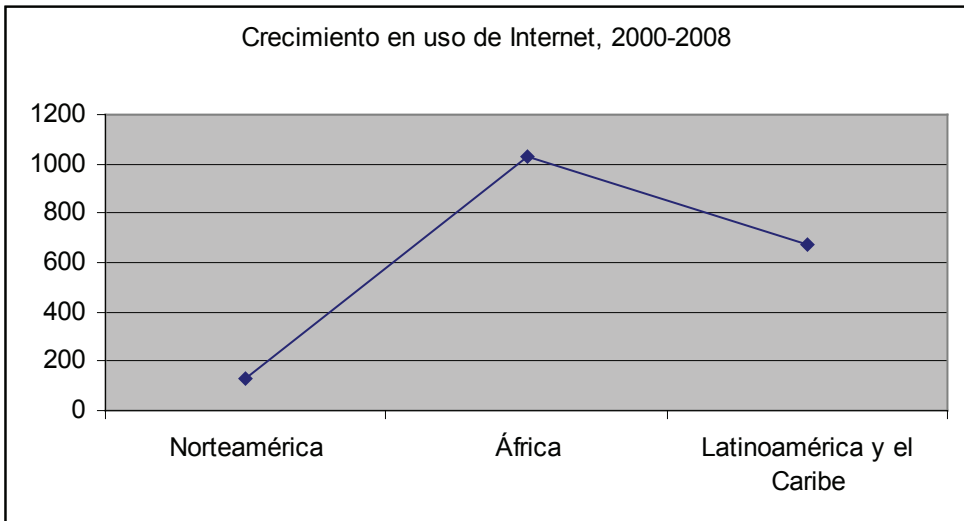
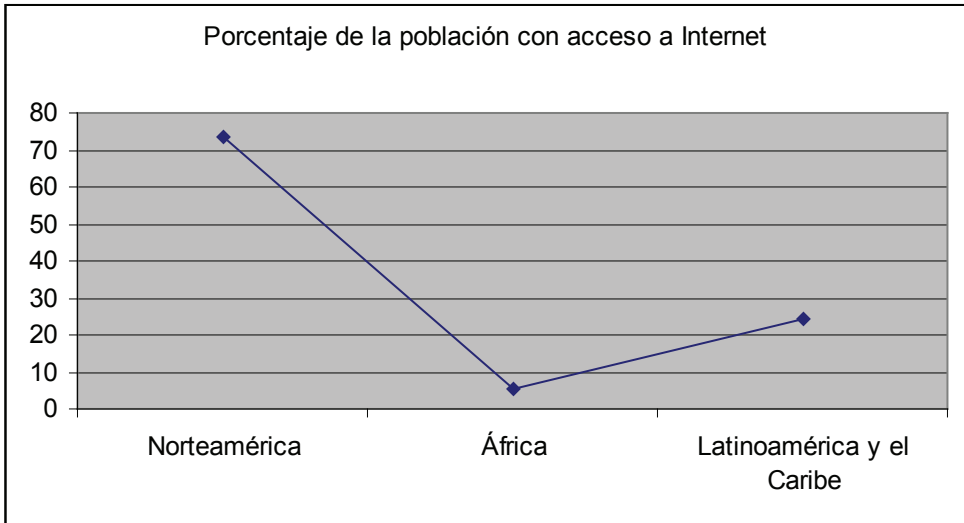
Esta división no es “inocente” pues representa la distancia que separa a los países ricos en conectividad de aquellos que aún están en una etapa inicial o emergente de desarrollo en este campo. Más aún, divide a los países internamente en el mismo sentido. Así, tiene implicaciones culturales, sociales, económicas y políticas de la mayor envergadura: representa el abismo existente entre quienes tienen la posibilidad de acceder a información y quienes no la tienen.

El porcentaje de la población mundial con acceso a Internet es de 21.9%. El significado de este bajo porcentaje general cambia de manera rotunda cuando comparamos el acceso a Internet en Norteamérica con el de África: en el primer caso estamos hablando de 73.6 de la población, en el segundo de un 5.3. En Latinoamérica y el Caribe la penetración de Internet es de un 24.1, porcentaje que representa el 9.5 de la población mundial con acceso. Ahora bien, a modo de matizar el significado de estos porcentajes resulta significativo conocer el crecimiento porcentual en el uso de Internet entre 2000 y 2008, en estas mismas regiones. Así, en Norteamérica ha sido de 129.6; en África ha sido de 1031.2, y en Latinoamérica y el Caribe de 669.3¹⁶.

Los gráficos que siguen ilustran estas cifras. En las regiones de menor penetración de Internet el crecimiento de la misma es mayor, provocando una figura inversa entre penetración y crecimiento. Aunque esto no necesariamente implica un proceso de nivelación a corto o mediano plazo, señala una tendencia en ese sentido que, en todo caso, no sorprende: se puede suponer que a mayor penetración, menor el incremento porcentual en el uso de Internet.

La variación interna en Latinoamérica y el Caribe tiene sus propias características. Las tablas 1, 2 y 3 ilustran este aspecto. La Tabla 1 muestra las estadísticas de uso de Internet en Norteamérica, sin tomar en cuenta México, que está incluido en la Tabla 3 con Centroamérica. Esta división permite ver las diferencias que hay en el hemisferio americano entre Norte y Latinoamérica. Salta a la vista la pareja penetración de Internet en los países del norte, comparada con la dispareja penetración de la misma en los latinoamericanos. Chile tiene una penetración de Internet de 44.9%, siendo la más alta a nivel sudamericano, mientras que la más baja la tiene Paraguay, con un 3.8%. En Centroamérica Costa Rica ostenta un 22.2%, mientras que Nicaragua tiene un 2.5% de penetración de Internet.

¹⁶ Datos tomados de Internet World Statistics, <http://www.internetworldstats.com>, a noviembre de 2008.



**Tabla 1 - Norteamérica: Uso de Internet y población
(al 30 de junio de 2008)**

Norteamérica	Población estimada (2008)	Población que usa Internet	Penetración (Porcentaje de la población que usa Internet)	Crecimiento del uso 2000-2008
Bermuda	66,536	48,000	72.1%	92.0%
Canadá	33,212,696	28,000,000	84.3%	120.5%
Groenlandia	56,326	52,000	92.3%	192.1%
Estados Unidos	303,824,646	220,141,96	72.5%	130.9%
Total	337,167,248	248,241,969	73.6%	129.6%

Fuente: *Internet World Statistics. Usage and population statistics*,
<http://www.internetworldstats.com>.

**Tabla 2 - Sudamérica: Uso de Internet y población
(al 30 de junio de 2008)**

Sudamérica	Población estimada (2008)	Población que usa Internet	Penetración (Porcentaje de la población que usa Internet)	Crecimiento del uso 2000-2008
Argentina	40,677,348	16,000,000	39.3%	540.0%
Bolivia	9,247,816	580,000	6.3%	383.3%
Brasil	191,908,598	50,000,000	26.1%	900.0%
Chile	16,454,143	7,387,000	44.9%	320.3%
Colombia	45,013,674	13,745,600	30.5%	1,465.6%
Ecuador	13,927,650	1,109,967	8.0%	516.6%
Guyana Francesa	220,898	42,000	19.0%	---
Guyana	770,794	190,000	24.6%	---
Paraguay	6,831,306	260,000	3.8%	1,200.0%
Perú	29,180,899	7,636,400	26.2%	205.5%
Surinam	505,973	32,000	6.3%	---
Uruguay	3,477,778	1,100,000	31.6%	197.3%
Venezuela	26,414,815	5,940,426	22.5%	525.3%
TOTAL	384,631,692	102,920,497	26.8%	627.9%

Fuente: *Internet World Statistics. Usage and population statistics*,
<http://www.internetworldstats.com>.

**Tabla 3 – Centroamérica y México: Uso de Internet y población
(al 30 de junio de 2008)**

Centroamérica y México	Población estimada (2008)	Población que usa Internet	Penetración (Porcentaje de la población que usa Internet)	Crecimiento del uso 2000-2008
Belice	301,270	32,000	10.6 %	113.3 %
Costa Rica	4,195,914	1,500,000	35.7 %	500.0 %
El Salvador	7,066,403	700,000	9.9 %	1,650.0 %
Guatemala	13,002,206	1,320,000	10.2 %	1,930.8 %
Honduras	7,639,327	344,100	4.5 %	760.3 %
México	109,955,400	23,700,000	21.6 %	773.8 %
Nicaragua	5,785,846	155,000	2.7 %	210.0 %
Panamá	3,292,6937	264,316	8.0 %	487.4 %
TOTAL	151,239,059	28,015,416	18.5 %	770.7 %

Fuente: *Internet World Statistics. Usage and population statistics*, <http://www.internetworldstats.com>.

Por más impresionantes que sean los datos sobre la brecha digital internacional, tanto en el nivel intra como inter-regional, los que marcan aún más la diferencia en América Latina y el Caribe son los relativos a la **brecha digital doméstica**. El comportamiento de la brecha digital doméstica está directamente relacionado con la profundidad y características de las brechas económicas, sociales y culturales que la preceden. Diversos estudios recientes describen cómo se produce este efecto, señalando que la brecha digital contribuye a aumentar las otras brechas, y apuntando a la necesaria intervención del Estado para revertir este proceso mediante la adecuada disposición de políticas públicas¹⁷. Esto se debe en esencia a que se trata de la región del mundo que presenta mayores desigualdades socioeconómicas.

En otras palabras, si la brecha digital es esencialmente un subproducto de las brechas socioeconómicas existentes, se trata de la aparición de una nueva forma de exclusión. Pero la brecha

¹⁷ Ver, entre otros: CEPAL, *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe...*; Cecchini, Simone, *Oportunidades digitales, equidad y pobreza en América Latina: ¿Qué podemos aprender de la evidencia empírica?* Serie: Estudios estadísticos y prospectivos, Comisión Económica para América Latina (CEPAL)/Naciones Unidas, Santiago de Chile, diciembre de 2005; International Development Research Centre, *Digital poverty: Latin American and Caribbean perspectives*. Intermediate Technology Publications Ltd, United Kingdom, 2007.

digital parece tener sus propias reglas, que van más allá de la simple constatación de esta relación. Más aún, esta forma de exclusión tiene el potencial de agravar las desigualdades socioeconómicas pero, al mismo tiempo, esconde la magnífica posibilidad de ayudar a disminuirlas. La diferencia la marca el que se tomen o no medidas adecuadas a tiempo.

No han faltado voces a favor de aprovechar las TIC como medio para garantizar un crecimiento más igualitario en la región: desde gobiernos, instituciones públicas, organismos internacionales, organizaciones no-gubernamentales, internacionales y nacionales, instancias académicas y otras, hasta el reconocimiento que se dio al tema en la XXXVI Asamblea General de la OEA¹⁸. A nivel global, la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información en sus dos ediciones –Ginebra 2003 y Túnez 2005¹⁹– ha insistido en la necesidad de intervención de los distintos sectores a modo de garantizar el derecho a la información y a la comunicación:

Nosotros, representantes de los pueblos del mundo... Reafirmamos nuestra voluntad y nuestro compromiso de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, abierta a todos y orientada al desarrollo, con arreglo a los objetivos y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y el multilateralismo, y respetando plenamente y apoyando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a fin de que todos los pueblos del mundo puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para alcanzar su pleno potencial y lograr las metas y los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

[...]

Reafirmamos la decisión de proseguir nuestra búsqueda para garantizar que todos se beneficien de las oportunidades que puedan brindar las TIC, recordando que los gobiernos y también el sector privado, la sociedad civil, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales deben colaborar para acrecentar el acceso a la infraestructura y las tecnologías de la información y la comunicación,

¹⁸ XXXVI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos: Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento. República Dominicana, junio de 2006. En esta ocasión fue aprobada en sesión plenaria la Declaración de Santo Domingo (6 de junio de 2006), que subraya “la importancia que desempeñan las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) como herramienta transversal para el logro del desarrollo equitativo y sostenible y el fortalecimiento de la gobernabilidad, la promoción y protección de los derechos humanos, así como la necesidad de trabajar intensamente para que todas las personas en las Américas, en particular aquellas en situación de vulnerabilidad o con necesidades especiales, sean partícipes de los beneficios generados por la Sociedad del Conocimiento”.

¹⁹ Ver en: <http://www.itu.int/wsis/index-es.html> (disponible al 1 de julio de 2009).

así como a la información y al conocimiento, crear capacidades, incrementar la confianza y la seguridad en cuanto a la utilización de las TIC, crear un entorno habilitador a todos los niveles, desarrollar y ampliar las aplicaciones TIC, promover y respetar la diversidad cultural, reconocer el cometido de los medios de comunicación, abordar las dimensiones éticas de la Sociedad de la Información y alentar la cooperación internacional y regional.

No han faltado tampoco proyectos y programas que utilizan las TIC a favor de la reducción de la pobreza, con el objetivo de procurar o mejorar el acceso de los sectores sociales más desposeídos a distintos servicios: de salud, financieros, educativos y de capacitación, por ejemplo, experiencias que confirman que el aprovechamiento de las TIC por parte de estos sectores está lejos de ser un proceso automático²⁰.

Trascender las declaraciones y buenas intenciones es una tarea esencial para ir acortando la brecha digital. Ésta se emprende desde distintos ámbitos, pero siempre debe estar acompañada por la participación de todas y todos, en procesos inclusivos, especialmente de los grupos que tradicionalmente han sufrido de discriminación y que, por lo tanto, se ven más afectados por la existencia de ésta y otras brechas sociales, económicas, políticas y culturales. Es en esos procesos que las organizaciones derechos humanos pueden incidir; transversalizar el tema de las TIC en sus agendas de trabajo debe tornarse en un nuevo y necesario objetivo estratégico de todas ellas.

Internet y derechos humanos: una relación de doble vía

Las organizaciones de todo tipo pueden y deben aprovechar las ventajas de Internet para el mejor y más efectivo desarrollo de sus acciones. Las organizaciones de derechos humanos no son diferentes en ese sentido. Sin embargo, éstas últimas tienen con Internet, y en general con las TIC, otro tipo de responsabilidades, centradas en los efectos de la brecha digital, el acceso a la información, y el potencial incremento de las otras brechas sociales a partir de la desatención y consecuente profundización de esta brecha. Es decir, llevar adelante acciones de apropiación de las tecnologías de Internet no es suficiente: el problema de la brecha digital deja muy claro que una de las funciones de las organizaciones de derechos humanos es propiciar el acceso universal.

²⁰ Ver: CEPAL, *Los caminos hacia una sociedad de la información...*; Cecchini, Simone, *Oportunidades digitales, equidad y pobreza en América Latina...*

Siguen algunos aspectos que estas organizaciones deben considerar al implementar estrategias de utilización de Internet para la mejor consecución de sus fines:

1. **Las TIC son el medio, no el fin.** Cuando una organización decide potenciar la efectividad y eficiencia de su labor mediante un uso óptimo de Internet, ya sea para llegar mejor a su población meta o para llegar a poblaciones con distintas necesidades a ésta, debe tener muy claro que el objetivo final no es utilizar tecnologías novedosas, en la medida que la característica principal de las mismas es el cambio permanente. Las tecnologías son herramientas que sirven a un fin. Por ejemplo, si desarrollamos un sistema de capacitación en línea, el público a servir es el estudiantado, y el objetivo central el responder adecuadamente a los procesos de aprendizaje de éste. Si el esfuerzo se centra en las TIC puede dispersarse fácilmente en medio del casi-inalcanzable intento por mantenerse al día con sus avances.
2. **Las organizaciones requieren de tiempo para cambiar y adaptarse.** ¿Está preparada mi organización para desarrollar y mantener servicios de calidad en Internet? Curiosamente muchas personas consideran que las TIC proporcionan soluciones que requieren de poca o ninguna intervención humana. Nada más lejos de la realidad. Por ejemplo, la ampliación de la oferta académica de una institución, no importa la base técnica y tecnológica que se utilice, requiere de recursos humanos, físicos y financieros para arrancar y para sostenerse. Se deben considerar aspectos tales como: desarrollo o adaptación al medio de materiales pedagógicos; curva de aprendizaje del personal docente y administrativo; disponibilidad del personal docente para ampliar su carga académica; contratación de consultores expertos para la enseñanza de temas específicos; contratación de personal dedicado a labores relativas a la capacitación en línea, entre otros.
3. **La población meta.** Es esencial conocer las capacidades y recursos tecnológicos de la población meta a la que se dirigen los esfuerzos. Para una primera aproximación se debe recurrir a las estadísticas generales del país o región de interés. Esta información es esencial pero puede resultar insuficiente; una posibilidad para mejorarla es recoger información de primera mano sobre las características específicas de nuestra población meta. Este paso no siempre se puede dar o solo se da de manera parcial. Si, por ejemplo, nuestra población meta está compuesta por instituciones estatales, resulta relativamente sencillo establecer de manera certera con que

capacidad instalada cuentan, además de que es posible hacerse una idea clara de cuales son las capacidades tecnológicas del recurso humano. Un caso muy diferente es el de una organización cuya población meta es, por ejemplo, las madres cabeza de familia en zonas rurales. Aunque la dificultad es evidente, no se debe dejar de lado la posibilidad de incorporar a Internet como parte de las estrategias de trabajo.

4. **Lo técnico y lo tecnológico.** Una de las razones que impide que una organización utilice de manera óptima las TIC y, en particular, Internet, es la creencia más o menos establecida de que se trata de un tema que debe ser manejado por personal experto en tecnología. Esto lleva a la consideración de que una persona formada en programación de sistemas tiene la capacidad de llevar adelante –por sí sola o con la asistencia de personas de similar formación profesional–, los desarrollos tecnológicos de la organización. Se trata de una creencia errónea, que genera atrasos en la apropiación tecnológica de las organizaciones que la sostienen. Para lograr el objetivo de utilizar de la mejor manera las TIC se requiere de equipos de trabajo multidisciplinares, que incluyan tanto personal técnico como especialistas. Es el personal técnico el que puede guiar las acciones del personal tecnológico, a modo de responder adecuadamente a las necesidades de comunicación, información y formación.

Al desarrollar acciones que propicien cambios a favor de que las TIC sean herramientas al alcance de todas y todos, es decir, para garantizar el acceso, existen al menos dos grandes líneas de trabajo a considerar:

1. **Transversalización del tema.** Existen algunas organizaciones de derechos humanos que se dedican a la temática de Internet y las TIC; en el caso de otras ésta representa uno de sus programas centrales. Sin embargo, en la mayoría de los casos el tema no se trata de manera sistemática, aunque se reconozca formalmente su importancia. Las organizaciones de derechos humanos deben asumir un rol proactivo con respecto a las TIC y la brecha digital, ajustando estrategias y medidas de corto, mediano y largo plazo mediante el continuo monitoreo del desarrollo de la relación derechos humanos/TIC. La transversalización del tema es una opción a considerar para el logro de este objetivo. Más allá de plantearse cómo utilizar las TIC para optimizar los resultados de cada programa o proyecto, se incorporarían de este modo objetivos que coadyuven al fin de mejorar el acceso a Internet de

sus poblaciones meta, la capacitación para su mejor utilización y aprovechamiento, así como la generación de mejoras en infraestructura, entre otros que persigan el acceso universal a la información.

2. **Incidencia para la promoción de legislación.** Si tomar medidas adecuadas a tiempo es la vía para garantizar el acceso universal y, a la vez, para promover la disminución de la brecha digital, evitando en lo posible sus efectos negativos, uno de los campos a explorar desde las organizaciones de derechos humanos debe ser la incidencia para la promoción de legislación nacional e internacional, acorde con estos fines. Por ejemplo, en la actualidad se están llevando adelante procesos de cambio legislativo en varios países latinoamericanos, relativos a la digitalización de los medios. El acompañamiento de éstos desde una perspectiva de derechos humanos resulta esencial para garantizar la toma de decisiones adecuadas, evitando que éstos redunden en la restricción a la libertad de expresión y al acceso a la información.

En este campo, hay diversidad de temas que requieren atención. El acercamiento a ellos debe tener en central consideración que las posibilidades que ofrecen las nuevas TIC para la promoción de la libertad de expresión e información, no deben verse limitadas por los esfuerzos estatales e internacionales por limitar la difusión de materiales dañinos, tales como la pornografía infantil. Además, las medidas que se tomen en ese sentido no pueden basarse en las que son válidas y han sido funcionales para los medios tradicionales de prensa, radio y televisión. La web permite el contacto directo entre las personas que la utilizan; la distribución de información de persona a persona mediante redes de distinta naturaleza supone libertades antes inexistentes. Pero ante nuevas formas de libertad de expresión e información nacen nuevas formas de represión.

Otros temas a monitorear son los relativos a derechos de autoría, respeto a la identidad y a la privacidad, y software libre versus software propietario.

El proceso constituyente del Ecuador. Algunas reflexiones*

*Hernán Salgado Pesantes***

Introducción

Con los numerosos precedentes del pasado, en el Ecuador la idea de convocar a una asamblea constituyente siempre ha estado latente, especialmente cuando los problemas políticos e institucionales parecen no tener otra solución, porque los hechos desbordan el marco jurídico¹.

Tampoco debe pasar desapercibido el hecho de hacer de la constituyente una estrategia política, que permite a los candidatos presidenciales entusiasmar a las multitudes –y obtener su adhesión– al proponerles un “cambio profundo” del sistema imperante, lo que se ofrece realizar mediante una asamblea constituyente. Una vez en el Poder, el proceso constituyente –que siempre tendrá complicaciones– mantiene ocupados a todos, particularmente a la oposición. Esta estrategia política, con resultados inciertos, es una nueva forma de populismo que se observa en algunos países latinoamericanos.

1. Marco jurídico de la consulta popular pro constituyente

Como ocurre en la mayoría de países, en el Ecuador la convocatoria a una constituyente nunca ha estado contemplada en la Constitución;

* Este artículo forma parte de una ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, dentro de un seminario internacional sobre procesos constituyentes en América Latina (6 de marzo de 2008).

** Doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil, doctor en Ciencias Políticas por *Pantéon Sorbonne* de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (períodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador.

¹ En mi criterio, los hechos políticos rebasan el marco jurídico porque en el país no ha podido consolidarse una cultura jurídica y democrática, fundada en el respecto a la Constitución y a las leyes. Muchas decisiones y actos, tanto del gobierno como de la oposición, no se encuadran en el ordenamiento jurídico; se tergiversa el imperio de la ley a través de diversos mecanismos (como, la interpretación interesada, la expedición de normas inferiores a la ley o simplemente la ruptura).

por ello, hay que partir de una consulta popular o plebiscito para que la ciudadanía se pronuncie sobre si acepta o no dicha convocatoria.

El procedimiento para convocar una consulta popular reviste algunos condicionamientos. En efecto, la Constitución en vigor –reformada y codificada en 1998–, prevé que el Presidente de la República, que ostenta esta atribución, pueda llamar a una consulta popular en los siguientes casos:

- 1) cuando existe un proyecto de reformas constitucionales que fue calificado de urgente por el Congreso, con el voto de la mayoría de sus integrantes;
- 2) cuando el proyecto reformativo de la Constitución –en vigor– no fue despachado por el Congreso en el término de 120 días, contados a partir del vencimiento del plazo de un año, que tiene el Legislativo para realizar el segundo debate de toda reforma constitucional, y
- 3) el presidente puede convocar a consulta popular en aquellos casos en que existan “cuestiones de trascendental importancia para el país”, según criterio del presidente (es él quien juzga), pero que no impliquen casos de reforma constitucional, pues para ello están las dos situaciones mencionadas anteriormente².

De lo expresado queda claro que cuando se trata de reformas a la Constitución (pocas o muchas reformas) intervienen los dos poderes del Estado: sea que el presidente pida al Legislativo la calificación de urgencia; sea por retraso del Congreso en pronunciarse sobre las reformas a la Carta Política. El otro caso, en que el presidente puede convocar a consulta popular, se refiere a cuestiones o asuntos que se suponen –según criterio presidencial– son muy importantes, pero que no conlleven reformas constitucionales. Esta última frase significa un límite a la atribución presidencial, que aparenta ser amplia.

Con este marco constitucional ¿cómo se procede cuando se quiere convocar a una asamblea constituyente? Este órgano, por su propia naturaleza, deja entrever que se quiere reformar la Carta Política o incluso cambiarla por otra. Al respecto, no ha faltado el criterio de que un cambio de Constitución significa una transformación del Estado y que esto va más allá de cualquier reforma; por tanto ya se convierte en uno de aquellos asuntos, previstos en la Constitución, de “trascendental importancia”. En este caso, el presidente por sí solo podría convocar a una consulta popular para poner a consideración de la ciudadanía la reunión de una constituyente que transforme el Estado.

² Artículos 104 y 283 de la Constitución de 1998.

En este punto cabe una digresión. Tomando la experiencia política del país, es de lamentar que en el Ecuador, el órgano de control constitucional no tenga la facultad de dictaminar sobre las convocatorias a consulta popular que puede hacer el presidente, de examinar su conformidad con la Ley Fundamental. Dadas las circunstancias nacionales, esta atribución podría evitar: primero, que el órgano electoral actúe en materia que no le corresponde (como ya ha sucedido en otras ocasiones); segundo, que se den interminables polémicas con el Congreso³.

La convocatoria a consulta popular, con diversos fines, siempre ha dado lugar a confrontaciones entre los poderes del Estado; el Congreso, de modo general, suele oponerse a una consulta pro asamblea constituyente. En la presente coyuntura, lo paradójico —y un error político— fue que el Congreso no haya realizado las reformas constitucionales consideradas necesarias. Faltó voluntad y una clara visión de las circunstancias políticas. Es cierto que el punto difícil estuvo en reunir las dos terceras partes del total de legisladores (que son cien) para favorecer una reforma constitucional, con la complicación de que el segundo debate —en que se decide la aprobación— debe efectuarse un año después del primer debate⁴.

En el camino hacia la consulta popular pro constituyente, un punto esencial es la redacción de un reglamento o estatuto para determinar algunas cuestiones básicas, como son: fijar el número total de constituyentes, su distribución por provincias; el tiempo de duración de sus labores, posibilidad de prórroga; y, precisar la tarea que el pueblo encomienda a la asamblea. Es natural que en este punto se presenten desacuerdos entre el Ejecutivo y el Legislativo, y si se polarizan los criterios es fácil deducir que habrá una crisis política.

³ Incluso la Constitución en vigor reconoce que determinado número de ciudadanos puedan pedir al Tribunal Supremo Electoral una convocatoria a consulta popular en asuntos importantes, igual derecho político se reconoce a los organismos del régimen seccional.

⁴ Se estableció este procedimiento para impedir reformas coyunturales rápidas y sin la debida reflexión; se obligó —por mandato constitucional— que se debía esperar un año para concretarlas. A esto se denominó el “candado constitucional”. La imposibilidad de reunir los dos tercios de los votos (de un reducido número de cien diputados), demuestra el fraccionamiento político que impera en el Ecuador y la dificultad de llegar a consensos (lo que mucho se ha criticado, por propios y extraños).

2. Estrategias políticas para la viabilidad del proceso constituyente

De un análisis al contexto político, previo a la posesión como presidente del economista Rafael Correa, quedaba claro que no iba a tener el apoyo institucional necesario para llevar adelante sus proyectos de cambio. El Congreso fue integrado con diputados, en su mayoría pertenecientes a los partidos de oposición, pues el movimiento político-electoral del nuevo presidente no había presentado candidatos a la Legislatura: porque no quería “hacer el juego” a las viejas prácticas políticas de la “partidocracia”⁵.

Al ser el Congreso quien designa a la mayor parte de los altos funcionarios del Estado, obviamente, éstos no serían afines al nuevo gobierno (al menos en los comienzos del régimen). Para superar estos escollos el gabinete presidencial inició un hábil manejo político que permitió revertir la situación, al tiempo de sacar ventajas de los errores de la oposición.

El Presidente de la República, en el mismo día de su posesión (15 de enero de 2007), emitió el Decreto ejecutivo No. 2 por el cual convocaba –directamente– al pueblo para que se pronuncie afirmativa o negativamente sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

El Estatuto que se adjuntó, denominado “Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente”, se encargó de regular diversos aspectos concernientes a la Constituyente, señalando cuál es su naturaleza y finalidad. Su primer artículo reitera que la Asamblea “está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución...”. También señala que la nueva Carta Política será aprobada por el pueblo en un referéndum, después de lo cual entraría en vigor, si la respuesta fuere afirmativa.

El presidente dispuso, en el texto de su Decreto, que el Tribunal Supremo Electoral organice esta consulta; y, por otro lado, remitió al

⁵ En la campaña presidencial –y después en el Gobierno– se utilizaron determinados eslogan, como: la “vieja partidocracia” contra la cual hay que luchar; “la larga noche neoliberal” que debe concluir; y, la “revolución ciudadana”, que, según el presidente, es el soporte dinámico de su transformación. Un eslogan preferido para publicitar las obras del gobierno es el de “la Patria ya es de todos”, similar al que se usa en Venezuela. Quienes se oponen al gobierno también lo utilizan con otros sustantivos.

Congreso Nacional una copia auténtica del Decreto ejecutivo “para su conocimiento”.

De esta manera, si bien el primer mandatario tomó la iniciativa de convocar, de modo directo, a una consulta popular con miras a la Constituyente, sin embargo también envió una copia de su Decreto al órgano Legislativo; y, aunque no pidió –explícitamente– que el Congreso califique la urgencia de la consulta para aprobar reformas constitucionales (como manda la Constitución en vigor), la mayoría de los legisladores se inclinaron por declarar urgente dicha consulta. Luego se conoció que el Ministro de la Política había realizado un acuerdo clave con un bloque político de legisladores, para vencer la resistencia del Congreso y obtener el apoyo necesario para convocar a la consulta popular.

El Congreso en su Resolución dirá que el Tribunal Supremo Electoral le remitió el expediente de solicitud de consulta popular a fin de que se pronuncie de conformidad con la Constitución; en cuanto al texto del Estatuto señalará algunas reformas que deben ser introducidas. El Legislativo concluyó enviando al presidente su Resolución y disponiendo que el Tribunal Supremo Electoral “organice, supervise, y dirija el proceso de consulta popular”⁶.

Estos primeros pasos tuvieron un desenlace favorable para el primer mandatario; quizá parte del éxito estuvo en actuar con rapidez, en el mismo día de posesionarse, cuando todavía estaban frescos los discursos patrióticos y se encontraban en el país las delegaciones diplomáticas de alto nivel venidas a la transmisión de mando. Y, como se señaló, también contribuyeron las gestiones del Ministro de la Política.

Empero, más demoró en darse el acuerdo que éste ya estaba roto. Las relaciones entre los dos poderes van a deteriorarse por las actuaciones del presidente, quien decidió también modificar –por su parte– el Estatuto y dictar un nuevo Decreto con este fin. Naturalmente, la mayoría del Congreso no iba a avalar este hecho y vino la confrontación. Punto importante para los legisladores era que no conste en el texto estatutario nada que afecte a los poderes constituidos existentes, no obstante el reconocimiento de plenos poderes que tendría la Asamblea.

⁶ El Congreso expidió su Resolución el 13 de febrero de 2007; veinte días antes el Presidente decidió introducir por su cuenta otras reformas al Estatuto, el 23 de enero de 2007.

Entre las modificaciones realizadas por el Presidente constan: la reducción de la edad para ser constituyente, de 25 a 20 años; las decisiones en la Asamblea se tomarían por mayoría absoluta de sus miembros (antes era la mayoría absoluta de quienes participan en la votación); se dispone que los partidos y movimientos políticos reconocidos legalmente, al igual que otros movimientos, para inscribir a sus candidatos tengan un respaldo de firmas equivalente al uno por ciento de los inscritos en el padrón electoral de su circunscripción (este requisito sólo se había pedido a los nuevos movimientos).

Además, se cambió el número de asambleístas, de 87 a 130, que se distribuirían en: 100 por circunscripción electoral provincial (adoptando un esquema similar a la actual conformación del Congreso unicameral); 24 de carácter nacional, y seis por los ecuatorianos migrantes (dos por quienes viven en Europa, dos por aquellos de Estados Unidos y Canadá, dos por América Latina). También se eliminó un pequeño párrafo relativo a la disolución de la Asamblea una vez aprobada la nueva Constitución mediante referéndum.

Una cuestión que se mantuvo en el Estatuto fue que el Estado financiaría en los medios de difusión la propaganda electoral de todos, en forma igual. La campaña electoral debía durar 45 días y terminar tres días antes del señalado para los comicios. La duración de la Constituyente se fijó en 180 días a partir de su instalación, pudiendo prorrogarse hasta por 60 días más.

En síntesis, la modificación unilateral del Estatuto, por parte del Gobierno, cuando ya el Congreso por mayoría de sus integrantes había aceptado la urgencia de la consulta pro constituyente, llevó a los dos poderes a un fuerte enfrentamiento, del que salió favorecido el gobierno.

a) La destitución de 57 diputados

Un grave incidente, que bordeó la ruptura del orden constituido, fue la actuación del Tribunal Supremo Electoral: institución que sirvió al Ejecutivo para desbaratar la oposición de la mayoría del Congreso. Este hecho político concluyó con la destitución de 57 diputados.

El problema se originó cuando cuatro de los siete vocales del Tribunal Supremo Electoral acogieron el Estatuto modificado del gobierno, distinto al aprobado como urgente por el Congreso, y procedieron a convocar a los ecuatorianos a la consulta popular pro constituyente (marzo 1 de 2007). La mayoría de diputados reaccionaron, considerando que el órgano electoral debió remitir al Congreso el nuevo Estatuto, y adoptaron dos decisiones: 1) realizar

un juicio político en contra de los cuatro vocales que aprobaron la consulta; y, 2) sustituir al presidente del Tribunal Supremo Electoral (quien había sido designado con el auspicio del bloque legislativo de mayoría).

Para el juicio político –a los cuatro vocales– se argumentó la comisión de infracciones constitucionales y legales en el ejercicio de sus funciones, que ameritan la censura y destitución de sus cargos. Este trámite, se informó que había sido iniciado. Al respecto, se puede señalar que el juicio político a los miembros del Tribunal Supremo Electoral está previsto en la Constitución; en caso de llegar a la censura y destitución eran necesarios 51 votos (mayoría absoluta), que parece habían al momento.

En cuanto a la sustitución del presidente del órgano electoral, hay que señalar que tal procedimiento no estaba previsto en la Ley, menos en la Constitución. Fue una precipitación de la mayoría del Congreso el haber adoptado esta decisión; un error que dará asidero a las decisiones del gobierno.

La mayoría de los siete integrantes del organismo electoral hicieron causa común con su titular, no aceptaron su sustitución e invocando un precepto de la Ley Orgánica de Elecciones consideraron que los legisladores habían interferido en el proceso electoral en marcha y tomaron la decisión de destituir a 57 diputados (7 de marzo de 2007), incluso a algunos que –por diversas razones– no participaron en las decisiones del Congreso.

La disposición, que según los miembros del Tribunal Supremo Electoral les permitía tomar decisiones “durante el período electoral”, de manera absoluta, sin que haya otra norma jurídica, autoridad o juez que pueda oponérseles, es el artículo 155 de la Ley Orgánica de Elecciones que dice:

Serán reprimidos con la destitución del cargo y la suspensión de los derechos políticos por el tiempo de un año:

... e) La autoridad, funcionario o empleado público extraños a la Organización Electoral que interfiriere el funcionamiento de los organismos electorales⁷.

Proseguiré con el relato de los hechos y luego daré mi opinión sobre esta actuación. Los diputados destituidos, a partir de entonces, no pudieron ingresar al recinto legislativo; fuertes contingentes de la

⁷ Ley de Elecciones, Codificación publicada en el Registro Oficial 117 de 11 de julio del 2000. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de marzo del 2001.

policía impidieron su acceso. Este hecho evidenció con claridad que el gobierno apoyaba la insólita medida y que, posiblemente, se había dado un acuerdo con el Tribunal Supremo Electoral. También se hicieron presentes las manifestaciones violentas de pequeños grupos⁸.

Posteriormente, algunos diputados interpusieron una acción de amparo constitucional, que fue concedida por el juez y luego apelada ante el Tribunal Constitucional; éste —después de mucha expectativa—, finalmente, aceptó el amparo, es decir se pronunció por que los diputados sean reintegrados al Congreso. Inmediatamente, grupos violentos irrumpieron en el edificio de la institución y, en medio de los destrozos ocasionados, desaparecieron las actas de la sesión pertinente.

Antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el gobierno propició que el Congreso se integre con los diputados suplentes respectivos, la mayoría de los cuales parecían dispuestos a favorecer las tesis presidenciales. Así ocurrió, y, aparentemente, la función legislativa retornaba a la normalidad, lo que dejaría sin fundamento las quejas presentadas por los diputados destituidos ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

El epílogo de estos incidentes graves, y con un Congreso de suplentes, en su mayoría, fue la destitución *ipso facto* de los miembros del Tribunal Constitucional, aquellos que aceptaron el mencionado amparo a favor de los legisladores destituidos; y, se procedió a designar a otros. El argumento utilizado fue que estaban en funciones prorrogadas.

Mi criterio personal es que la destitución de los 57 diputados constituyó un acto de fuerza que no encuentra fundamento jurídico. La norma invocada por el Tribunal Supremo Electoral se refiere a funcionarios o autoridades menores que busquen interrumpir un proceso electoral; incluir a los legisladores en tal disposición entraña una interpretación insensata. Más aún, en el supuesto de establecer responsabilidades en contra de los legisladores, éstos gozan de fuero de Corte Suprema para ser juzgados. Y, qué decir de la inmunidad legislativa...

⁸ Estos grupos de la izquierda radical, donde se mezclaban estudiantes y “antisociales”, se dedicaron a impedir que los diputados destituidos pudieran reunirse, protagonizando en más de una ocasión hechos vandálicos (caso del Hotel Hilton Colón), mientras la policía adoptaba una actuación pasiva. También atacaron y causaron destrozos en el Tribunal Supremo Electoral; después agredieron al Tribunal Constitucional, poniendo en riesgo la integridad personal de sus miembros.

Esta clase de hechos –que sólo encuentran fundamento en la fuerza– son los precedentes funestos que destruyen una democracia por incipiente que sea y favorecen la inestabilidad institucional que tanto agobia a países como el Ecuador. El cambio o transformación que traiga el proceso constituyente no será suficiente para justificar actos de fuerza.

Tampoco se puede sacar réditos de la antipatía popular que los ecuatorianos experimentan en contra del Congreso y de sus integrantes, porque a la final se está destruyendo una institución indispensable para el convivir democrático; lo sensato es buscar los correctivos políticos y jurídicos para un funcionamiento adecuado, y, sobretodo, educar a todo nivel para elevar la cultura del respeto a la Constitución y a las leyes.

3. Respuesta afirmativa y elección de los constituyentes

El 15 de abril de 2007 fue aprobada por amplia mayoría la consulta popular para convocar la Asamblea Constituyente; junto con la convocatoria se votó también por el Estatuto. De este modo, los ecuatorianos manifestaron su deseo por un cambio político profundo, lo cual hizo olvidar los incidentes del proceso.

Meses después, el 30 de septiembre del mismo año, se realizó la elección de los constituyentes. Concluido el escrutinio, el órgano electoral determinó que el Movimiento País –del presidente– había captado el 62 por ciento de los escaños, alcanzando una mayoría legislativa inédita (de los 130 constituyentes, al menos 86 son del movimiento que apoya al presidente).

A partir de este momento y hasta la instalación de la Asamblea Constituyente (30 de noviembre de 2007) la discusión se centró en interpretar el alcance del Estatuto y el contenido de los plenos poderes conferidos a la Constituyente. Al respecto, se ha criticado que el Estatuto –aprobado por la ciudadanía– no ha sido respetado, pues, tanto el gobierno como la Asamblea Constituyente han interpretado y alterado sus disposiciones; lo que significa irrespetar la voluntad popular manifestada en las urnas.

a) Interpretación del Estatuto y de los “plenos poderes”

En el actual proceso constituyente ecuatoriano los plenos poderes conferidos a la Constituyente han sido interpretados con una amplitud extrema, que, como se ha dicho, transforma a la Asamblea en una instancia omnipotente, que puede dar por terminadas las funciones de

los órganos constituidos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y otros de carácter autónomo) y sustituir a sus integrantes.

Como es conocido, de la teoría y doctrina del poder constituyente hay dos cuestiones que se han destacado: que el titular del poder constituyente es el pueblo; y, que dicho poder es ilimitado por su propia naturaleza: por provenir del pueblo y para construir un Estado. Del antecedente histórico del poder constituyente –fines del siglo XVIII– se desprende que éste es un mecanismo para crear y organizar un Estado, en un contexto en el cual no existe un ordenamiento jurídico superior, por tanto es necesario elaborarlo.

Pero en el siglo XIX muchos países ya establecidos, incluida Francia, acuden al órgano constituyente para cambiar de carta constitucional o reformar la existente, es decir, para actuar dentro de un orden jurídico constituido. La doctrina asimiló esta situación y distinguió entre el poder constituyente originario y el derivado; el primero, con amplias atribuciones para reconstruir el Estado mediante una nueva Ley Suprema, mientras que el derivado se encargaría de reformar o revisar la Constitución, con sujeción a los preceptos establecidos por aquella misma Carta Política que se pretende reformar.

Esta es la explicación doctrinaria pero que política y jurídicamente tiene muchos reparos, que no es del caso analizar. En el Ecuador lo que interesó es saber a que se refieren “los plenos poderes”. En mi criterio, más jurídico es hablar de plenas atribuciones o competencias que tiene un órgano, lo otro bordea el campo político e induce a pensar –como se ha dicho– en una omnipotente asamblea, con rasgos sacralizados⁹.

Como se analizó, el Estatuto ecuatoriano que regula la Asamblea Constituyente fue preparado por la Presidencia de la República y aprobado en la consulta popular; allí se establecía que los plenos poderes son para “transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución”. Parecía lógico que los asambleístas debatan, primero, sobre cómo realizar la anhelada transformación institucional y, después, redacten el texto constitucional donde se recogerían esos cambios.

Sin embargo, la tesis del gobierno –y de su movimiento político– sostuvo que se trata de dos cuestiones diferentes e independientes: la transformación del marco institucional debe comenzar inmediatamente y, otra cosa distinta es la elaboración de la Constitución. Con este

⁹ Como se ha señalado, este carácter sagrado del poder constituyente está en la concepción misma del abate Sièyes, en su condición de religioso. Igual criterio desarrollará Carl Schmitt.

criterio se inició el trabajo de la Constituyente, cuya primera decisión fue declarar en receso al Congreso Nacional (Mandato No. 1) y disponer que sus resoluciones no podían ser objetadas ni recurridas ante juez o tribunal.

El asunto se complica porque el mismo Estatuto dispuso que la nueva Constitución debe ser aprobada en consulta popular de referéndum, luego de lo cual entrará en vigor. Por lo tanto, ¿cómo es posible que la Constituyente tome decisiones y las ejecute, cuando la Carta Política y las transformaciones que contenga están sujetas a la aprobación popular?

Sabemos que la doctrina ha debatido sobre las competencias o poderes plenos de una Constituyente para determinar si son realmente ilimitados. La respuesta que va siendo aceptada es que no lo son. Si en el siglo XVIII y XIX, e incluso en el XX, se pensó de aquella manera hoy no se puede mantener tal criterio que corre el riesgo de caer en la vertiente totalitaria.

¿Acaso las comunidades nacionales no tienen valores y principios irrenunciables que tienen que ser respetados? Un verdadero límite constituyen los derechos y libertades fundamentales de toda sociedad, anteriores al Estado y que son reconocidos y garantizados por sus normas positivas. ¿Y no es otro límite los tratados y demás instrumentos internacionales que los Estados, en uso de su soberanía, han ratificado o adherido? Los mismos usos y costumbres de la comunidad internacional entrañan diversos grados de limitaciones.

El análisis podría continuar para demostrar que la concepción de una Asamblea Constituyente de poderes ilimitados quedó rezagada en los siglos pasados. Hoy, en el siglo XXI, el moderno concepto de democracia se contraponen al uso ilimitado de cualquier poder, sea constituyente o constituido. Pero, la cuestión de los “plenos poderes” —en el caso ecuatoriano— conlleva otro problema de naturaleza jurídica relativo a la fuerza normativa que posee la Carta Constitucional en vigencia, desde el momento en que entra a actuar la Asamblea Constituyente.

b) El valor normativo de la Constitución en vigor

La alteración del Estatuto quedó reflejada en diversas cuestiones prácticas. Así, lo primero que se planteó fue el valor normativo de la Constitución en vigencia. Los partidarios del presidente se inclinaron a pensar que ésta regiría “en todo aquello que no se oponga a la Constituyente”, expresión muy utilizada en el Ecuador en las épocas de los regímenes de facto. Tampoco faltaron criterios que creían que sí

la Constitución iba a ser cambiada, ello entrañaba un cuestionamiento a la misma y, por tanto, había perdido su vigor. El absurdo jurídico de tal proposición pasaba desapercibido para el activismo político-partidario.

El valor normativo de la Constitución en vigencia volvió a ser discutido cuando el artículo 3 del Reglamento dictado por la Asamblea Constituyente (después de su instalación), estableció que: “Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”. Esta disposición lleva como encabezamiento “De la supremacía de los actos decisorios de la Asamblea Constituyente”.

En consecuencia, ningún juez o institución puede objetar lo que los constituyentes dispongan; asunto que llevó a cuestionar la funcionalidad del Tribunal Constitucional, pues, en este contexto, el órgano de control estaría impedido de actuar. Igual podría ocurrir con los jueces y tribunales ordinarios. Obviamente, si la Constitución deja de regular la vida institucional, los poderes constituidos no podrán desenvolver sus funciones y competencias, de manera normal, en un marco de Derecho¹⁰.

Lo expresado viene a ser uno de los principales problemas de un proceso constituyente, cuestión que tiene que ver con la viabilidad del mismo. Aquí surge la pregunta ¿hasta qué término pueden compatibilizar el orden jurídico constitucional que existe con el proceso constituyente? Si predomina este último –con sus “plenos poderes”– se habrá puesto punto final al Estado de Derecho, a la regularidad y eficacia del orden jurídico existente. Y mientras dure el interregno del proceso ¿la Constituyente puede sustituir al orden jurídico que quiere ser cambiado? Esto implicaría convertirse en un referente constitucional temporal hasta que se promulgue la nueva Carta Magna.

Estas complicaciones no estuvieron presentes ni en la Convención de 1787 de los Estados Unidos (que formuló la Constitución) ni en la Asamblea de la Revolución Francesa de 1789, dadas las circunstancias históricas en que se desarrolló el proceso constituyente, donde

¹⁰ El mismo artículo 3 del Reglamento, antes citado, continúa su texto con una disposición bastante positiva, relativa a los derechos humanos, que dice: “La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. Toda autoridad pública está obligada a su cumplimiento, bajo prevenciones de apremio y destitución”. Este precepto grafica uno de los límites a los plenos poderes del proceso constituyente.

prácticamente se creaba el Estado federal norteamericano y se reestructuraba desde sus bases el francés.

Los procesos constituyentes posteriores, en diversos países y épocas, se caracterizaron por elaborar y promulgar la nueva Constitución nacional, sin abrigar el deseo de gobernar al Estado mientras dure el proceso constituyente, ni poner límite alguno al ordenamiento jurídico existente, pues tales límites emanarán de la nueva Carta constitucional que se ponga en vigor.

4. La confrontación política, estrategia del proceso

El liderazgo del Presidente de la República se ha caracterizado por un estilo combativo, que tiende a fomentar una creciente confrontación política. Sus discursos excesivamente críticos los ha dirigido a la prensa y medios de comunicación social, a la oligarquía tradicional, a los economistas neoliberales, a la partidocracia y a otros grupos y entidades. A su vez, se ha acusado al gobierno de estar imitando a la vieja partidocracia y utilizando sus mismas tácticas¹¹.

Toda esta actividad de confrontación se sustenta –según el presidente– en la “revolución ciudadana”. Desde los inicios de la campaña electoral para captar la presidencia, el economista Correa y sus partidarios invocaron una revolución ciudadana, en cuyo nombre debían conducir la actividad política y realizar la promesa del cambio. Tal “revolución” ha servido de eslogan, pero su contenido nadie lo ha precisado como no sea el acudir a otra idea, la del “socialismo del siglo XXI”, cuyos elementos tampoco están claros.

Se ha dicho que el presidente continúa en campaña electoral, lo que no deja de ser una realidad. Terció por dos ocasiones para ganar la presidencia; realizó propaganda por la consulta popular; dió un apoyo efectivo a los candidatos a constituyentes de su movimiento político, contraviniendo incluso con prohibiciones legales. Y, como se insiste, ahora tendrá que hacer campaña por la aceptación de la nueva Constitución y, posiblemente después, por una nueva candidatura presidencial.

Los episodios de confrontación se han sucedido. La beligerancia con el Alcalde de Guayaquil, hizo pensar que el Gobierno buscaba agudizar la polarización para neutralizar a un sector político y social que puede poner en peligro su proyecto político. En todo caso, la

¹¹ No faltan los discursos cargados de insultos; el *Gran Insultador* le llama el periodista Emilio Palacio. Ver el artículo “La nueva oligarquía”, diario El Universo, de Guayaquil, de jueves 24 de enero de 2008, página editorial.

confrontación política constante dificulta la posibilidad de diálogo, de llegar a consensos y tender a la unidad nacional que mucho necesita el país.

En síntesis, estos enfrentamientos, que aumentan el conflicto político, tienden a polarizar a la opinión pública (a semejanza de lo que ha ocurrido en Venezuela); además, tienen la particularidad de no responder a cuestiones ideológicas, no se derivan de una lucha de clases ni a reivindicaciones de agrupaciones sociales. Se trata de una estrategia política que se adecua al temperamento del joven presidente y que desarrolla una nueva forma de populismo, tan caro para los ecuatorianos irredentos.

5. Instalación y organización de la Constituyente

El sitio escogido para que se reúna la Asamblea Constituyente fue la cuna del general Eloy Alfaro, forjador de la revolución liberal de 1895 e ilustre expresidente. La pequeña ciudad de Montecristi se encuentra en la costa del Pacífico (provincia de Manabí); allí se construyó rápidamente el edificio y el auditorio necesarios para el trabajo de los constituyentes. Además, se creó el memorial de Alfaro.

Este especial entorno –con su simbolismo propio– servirá como punto de referencia de la transformación institucional y de la revolución ciudadana. Hasta allá han acudido autoridades, funcionarios, gremios y movimientos políticos para hacer conocer sus demandas y proyectos, para rendir cuentas o explicar determinadas situaciones.

El 29 de noviembre de 2007, se instaló la Asamblea y, entre las primeras decisiones, los constituyentes aprobaron un Reglamento de Funcionamiento Interno de la Asamblea¹². Allí se establece que ésta decidirá y aprobará: los “mandatos constituyentes”, que tendrán efecto inmediato; las leyes, que serán dictadas en ejercicio de las facultades legislativas (que le fueron conferidas por el Mandato Constituyente No. 1, al cesar al Congreso) y, las resoluciones, instructivos y acuerdos que sean necesarios para regular el funcionamiento de la Asamblea.

Los “mandatos constituyentes” son decisiones políticas, inspiradas por el titular del Ejecutivo, que permiten concretar en leyes aquellas cuestiones que se consideran importantes para el país. Y, como señala el Reglamento, los “mandatos” son una expresión del ejercicio de los plenos poderes.

¹² El texto del Reglamento tiene 72 artículos y 2 disposiciones finales; empezó a regir el 12 de diciembre de 2007.

Además, mediante este procedimiento de expedir mandatos, los constituyentes han invertido el orden lógico de su trabajo: primero se han dedicado a expedir determinadas leyes y, sólo después, van a elaborar el texto de la Constitución (*infra* 6). Esta forma de actuar ha sido bastante criticada.

Se dispuso que la Asamblea Constituyente ejerza la fiscalización y control político de los poderes constituidos, teniendo entre sus atribuciones las de analizar y juzgar los actos de los dignatarios y funcionarios del Estado en el cumplimiento de su deber, función o mandato. Por otro lado, como se dijo, el Reglamento establece que las decisiones constituyentes –vale decir, los mandatos– son incontrovertibles, punto también muy discutido.

En cuanto a los órganos de la Asamblea Constituyente, se estableció que debía haber el pleno, una comisión directiva, las mesas constituyentes (integradas cada una por trece asambleístas y las comisiones auxiliares). Se crearon diez mesas para que analicen diversos temas que deben constar en la Constitución de: 1) derechos fundamentales y garantías constitucionales; 2) organización, participación ciudadana y social y sistemas de representación; 3) estructura e instituciones del Estado; 4) ordenamiento territorial y asignación de competencias; 5) recursos naturales y biodiversidad; 6) trabajo, producción e inclusión social; 7) régimen de desarrollo; 8) justicia y lucha contra la corrupción; 9) soberanía y relaciones internacionales, y Mesa 10: de legislación y fiscalización.

Esta última mesa fue la que todos quisieron integrar, por ser la que iba a sustituir al Congreso en sus atribuciones. Ella inicia el debate del proyecto de ley y luego de un trámite lo aprueba, para que finalmente sea aprobada por el pleno; además, debe fiscalizar a los órganos del Estado.

6. La aprobación de leyes como primera tarea

Una de las estrategias que ha utilizado la Asamblea Constituyente –en acuerdo con el Presidente de la República– ha sido la de legislar, incluso con mayor prioridad a lo que es su tarea propia: la elaboración de una Constitución. Para ello, como se dijo, la Asamblea conformó entre otras comisiones o mesas, una de legislación y fiscalización, bajo el argumento de que habiendo sido declarado en receso el Congreso, era indispensable retomar estas actividades jurídico-políticas.

Esta decisión no causó sorpresa en la opinión pública, pues desde antes que se eligiera a los asambleístas se señaló, como una necesidad,

la de dar por terminados los períodos de los diputados; en palabras más patéticas, el Congreso debía ser disuelto. Criterio compartido por el Presidente de la República. Por tanto, estaba anunciado que el Congreso no podría continuar en su normal funcionamiento y que sus principales atribuciones serían tomadas por un bloque de constituyentes.

Tal hecho se consumó al instalarse la Asamblea Constituyente y establecer como “Primer Mandato” el “receso” del órgano legislativo. Se prefirió utilizar la expresión “receso” en vez de “disolución” para no denotar la idea de ruptura del orden constituido.

Una de las estrategias de la Asamblea ha sido crear “mandatos” de efectos inmediatos, sin necesidad de esperar que se dé el referéndum aprobatorio de la Constitución. Al respecto, pienso que se ha procedido de tal manera y se ha utilizado tal vocablo con el propósito de legislar sin contratiempos, pues cada “mandato” se expresa en textos legales, que son fácilmente aprobados (al contar con una amplia mayoría), con breves discusiones y pequeñas modificaciones.

Los proyectos de ley que son analizados por la Asamblea provienen —de lo que se ha visto— del Ejecutivo y de instituciones de esta área, proyectos que reciben el visto bueno del presidente antes de ser enviados a la Constituyente, para que sean tratados como “mandatos”. Hasta el momento han sido examinados cuatro mandatos: el primero, relacionado con la cesación del Congreso Nacional y la repartición de sus atribuciones. También involucró la aprobación de una ley que buscaba ordenar y actualizar la materia tributaria. El tratamiento de los impuestos fue objeto de mucha crítica, a pesar de que no se crearon nuevos.

El segundo mandato se refería a poner límites a las remuneraciones que perciben los funcionarios y empleados públicos, incluidos los que pertenecen a entidades autónomas; también se limitó el monto de las indemnizaciones por supresión de cargos, renunciadas o jubilaciones patronales. Sólo quedaron fuera, como excepción, los militares y la policía.

El tercer mandato incluía una ley de tránsito que tuvo la oposición de los transportistas (como ya lo habían hecho anteriormente, cuando el Congreso expidió una). También se ha anunciado que se va a reordenar la concesión minera y su explotación; cuestión que ha traído temor a las empresas mineras. En lo concerniente al petróleo, a su exploración y comercialización, a las concesiones y otros aspectos, se está preparando un mandato.

En todo caso, quedó claro que una parte de la estrategia del Presidente de la República era tener un cuerpo legislativo que sustituya al Congreso Nacional, para que sean aprobadas un conjunto de leyes –de mucha importancia– que permitan crear el marco jurídico necesario para su acción de gobierno.

No se puede dejar de señalar que en las últimas décadas –en el Ecuador como en otros países– el Poder Ejecutivo no contó con la colaboración del Poder Legislativo; por el contrario, muchas veces, la oposición se hizo fuerte en el Congreso Nacional en contra del presidente de turno, dando lugar a lo que se denominó “la pugna de poderes”. Cuestión que ha sido negativa para los intereses superiores del país.

Reflexiones finales

a) Sobre la viabilidad de un proceso constituyente

Punto esencial para toda reflexión en torno a un proceso constituyente considero que es la viabilidad de poner en práctica una asamblea constituyente. Dicho de otra manera, ¿cómo compatibilizar ésta con el ordenamiento jurídico vigente en un país, con la Constitución que existe?

Por su propia naturaleza, un poder constituyente originario –que es el de “plenos poderes”– va a colisionar con el ordenamiento constitucional en vigor y no se puede decir, sin caer en la contradicción, que la Constituyente respetará la Constitución existente “en todo cuanto no se le oponga”. Este relativismo jurídico no es aceptable, más aún a nivel de la Carta Fundamental del Estado.

Habría que tener claro que un proceso constituyente dentro de un Estado democrático de Derecho queda necesariamente subordinado al orden jurídico constitucional existente (para cumplir su cometido, con especial competencia); sólo cuando se haya expedido y promulgado la nueva Carta Política del Estado, entonces, concluye el antiguo ordenamiento y se vuelve efectivo un nuevo orden (dotado de una institucionalidad nueva, si el caso).

b) Sobre la Constituyente del Ecuador

El proceso constituyente ecuatoriano está matizado de muchas vicisitudes, tanto positivas como negativas. Por un lado, hubo –y aún se mantiene– una grande ilusión y esperanza en determinados sectores ciudadanos que muchos columnistas de diarios del país calificaron como excesiva, insistiendo que los grandes problemas nacionales

–incluso los denominados estructurales– no se solucionarían con una nueva Constitución¹³.

Que la nueva Constitución puede y debe reorganizar al Estado nadie discute. El reordenamiento puede darse: sea en el régimen presidencial; en las atribuciones de los tres clásicos poderes y en las relaciones Ejecutivo-Legislativo; en lo relativo a los órganos de control; en las líneas directrices concernientes al sistema económico, financiero, bancario y tributario; lo relativo a la distribución territorial, etcétera, etcétera. Pero, todo indica que existe mayor interés en establecer la reelección presidencial inmediata (igual que en otros países) y en concentrar los poderes en el titular del Ejecutivo (¿con fines de gobernabilidad?).

Por otro lado, desde los inicios del proceso constituyente hubo el temor que se dé una ruptura del orden jurídico que termine afectando a la frágil institucionalidad del país; lo que sucedió con el Congreso Nacional vino a confirmar dicho temor.

Aprovechando la baja popularidad que había mantenido el Poder Legislativo, el nuevo gobierno lo hostigó constantemente hasta terminar con la destitución de más de la mitad de los diputados que conforman el Congreso Nacional; lo que significó una ruptura del orden constituido. Los argumentos del Tribunal Supremo Electoral para proceder a la mencionada destitución carecen de fundamento jurídico.

Como se dijo, la mayoría de oposición del Congreso defenestrado cometió un grave error político al no realizar las reformas constitucionales, consideradas necesarias. Al bloque de oposición le faltó una clara visión de las circunstancias políticas que atravesaba el país.

c) Un accionar contradictorio y “novedoso”

Es cierto que cada comunidad política puede configurar las instituciones de conformidad a sus experiencias y visión del entorno nacional, lo que significa que un proceso constituyente puede variar de un país a otro y modificarse en el tiempo. Naturalmente debe adaptarse a la cultura política y jurídica de cada pueblo.

¹³ Los sectores ciudadanos que favorecieron la idea del cambio y de la constituyente fueron, sobre todo, aquellos postergados en sus necesidades vitales (de trabajo, salud, vivienda, alimentación, etc.); además de partidos y movimientos de izquierda, también se unió la gente joven, las nuevas generaciones deseosas de participar en la vida política. En cuanto a las expectativas, muchos señalaron que si éstas se sobredimensionan se caerá luego en un peligroso estado de frustración (como ha sucedido en ocasiones anteriores).

Pero, el proceso constituyente no puede tener elementos contradictorios. No resulta lógico que la Asamblea inicie sus labores dictando leyes, por importantes que éstas sean, y, menos que el titular del Ejecutivo (órgano constituido) pretenda ser colegislador. De esta manera, la Constituyente ha dejado para la etapa final la tarea principal y propia de su naturaleza.

Por otro lado, también resulta criticable que la Asamblea Constituyente (y “de plenos poderes”) responda a las directrices del Primer Mandatario; como se ha dicho, que mantenga unido su cordón umbilical a la Presidencia de la República.

d) Realidades detrás del proceso constituyente ecuatoriano

Luego de transcurrido más de un año de gobierno, queda claro que el Presidente persigue una acumulación de poder, para ello cuenta con su liderazgo y una capacidad –nada común– para mantener un clima electoral de constante confrontación política. Esta situación converge hacia lo que la doctrina conoce como cesarismo empírico o bonapartismo. Desde la perspectiva constitucional tendremos un presidencialismo exacerbado y en la práctica, un sistema de gobierno autoritario de impredecibles consecuencias.

En cuanto a lo que sucederá en los próximos años, el mismo Presidente se ha encargado de hacer conocer que 2008 será un año de mayor confrontación política, pues está de por medio el referéndum para la aprobación de la Constitución y luego –en el 2009– las elecciones: la presidencial (donde el mismo Correa intervendrá) y la de legisladores. Además, asegura el Presidente, que como la Constituyente pondrá en marcha importantes cambios se producirán conflictos con los grupos de poder opuestos a tales transformaciones; será la vieja “partidocracia” que intentará frenar el nuevo proyecto social.

Sin embargo, la estrategia presidencial de mantener al país en una permanente campaña de tipo electoral trae la incertidumbre política –una confrontación estéril– que propicia y ahonda la inestabilidad que caracteriza al país. Es tiempo de trabajar por la unidad nacional y hacer realidad el cambio en democracia.

Quito, marzo de 2008

Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad

Isabel Torres*

Igualdad y no discriminación: principios fundamentales de los derechos humanos

La igualdad y la prohibición de la discriminación, son las dos piedras angulares de los sistemas de derecho y de la cultura de la legalidad. El respeto a los derechos humanos y a estos principios fundamentales, constituyen la base para el desarrollo de una sociedad democrática y la vigencia de un Estado de Derecho.

Las conductas discriminatorias se sustentan en valoraciones negativas sobre determinados grupos o personas. Más claramente, la **discriminación** se basa en la existencia de una percepción social que tiene como característica el desprestigio considerable de una persona o grupo de personas, ante los ojos de otras. Constituye en esencia, una relación de poder en la cual está presente una concepción de superioridad-inferioridad. Estas percepciones negativas tienen consecuencias en el tratamiento hacia esas personas, en la manera de ver el mundo y de vivir las relaciones sociales en su conjunto; por tanto, ello influye en las oportunidades y por consiguiente, en la realización de capacidades y en el ejercicio de derechos¹.

* Nicaragüense, residente en Costa Rica. Socióloga por la Universidad Centroamericana de Nicaragua, postgrado en Ciencias Sociales de FLACSO-Costa Rica y egresada Maestría en Relaciones Internacionales y Cooperación de la Universidad Nacional de Costa Rica. Especialista en derechos humanos de las mujeres e igualdad de género. Integrante del Centro de Estudios en Derechos (CEDE) y consultora independiente. De 2002 a marzo 2009, Oficial del Programa de Derechos Humanos de las Mujeres del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Su experiencia profesional incluye asesorías y consultorías en el Instituto Nacional de las Mujeres de Costa Rica y diversas agencias del Sistema de Naciones Unidas y organismos internacionales (PNUD, UNFPA, UNICEF, OPS/OMS, FLACSO e IICA, entre otros). Autora, co-autora, coordinadora académica y editora de artículos y publicaciones sobre la temática.

¹ Badiña, Ana Elena y Torres, Isabel, “La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, en: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, Tomo I. IIDH, San José, Costa Rica, 2004.

La discriminación tiene un impacto en el ordenamiento y en las modalidades de funcionamiento de cada sociedad en particular y aun cuando las expresiones de la discriminación hayan variado a lo largo del tiempo y en los diferentes contextos históricos, sus bases se mantienen y se reproducen en nuevas actitudes.

Si bien los derechos humanos nacen con vocación universal, las reglas del ordenamiento social responden a patrones socioculturales y la discriminación hacia las mujeres está profundamente asentada en ellos. Por ello, la práctica social determinó la aplicación de los derechos humanos en clave masculina: el hombre como centro del pensamiento humano, del desarrollo histórico, protagonista único y parámetro de la humanidad. Los derechos de las mujeres fueron pensados como un particular del universal masculino y bajo una concepción de las mujeres como minoría. Hay que recordar, por ejemplo, que durante mucho tiempo, las mujeres pudieron gozar de algunos derechos por extensión, al ser cónyuges de un ciudadano hombre; o les fueron negados derechos, como el sufragio, reconocido hasta inicios del siglo XX. Ello provocó la exclusión histórica de las mujeres, la invisibilización de las diferencias, diversidad, especificidades y necesidades de esta población, que constituye la mitad de la humanidad.

En cuanto al principio de **igualdad**, este no se define a partir de un criterio de semejanza, sino de justicia: se otorga el mismo valor a personas diversas integrantes de una sociedad. La igualdad es importante justamente entre diferentes, ya que se trata de una convención social, de un pacto, según el cual se reconoce como iguales a quienes pertenecen a distintos sexos, razas, etnias, clases sociales, etcétera. En esa medida se afirma que la idea de igualdad es un constructo, un artificio frente a la desigualdad natural que parte precisamente de la diversidad, es decir, de aquella situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias². La igualdad tiene que ver con el deber ser, no es un hecho, si no un valor establecido ante el reconocimiento de la diversidad³. Como expresa Rawls, somos “igualmente desiguales”⁴ o en palabras de Ferrajoli, la igualdad sustantiva no es otra cosa que la idéntica titularidad y

² Ibídem. También: Torres, Isabel, “Avances y desafíos de los derechos políticos de las mujeres”. Conferencia magistral, II Jornada de equidad de género “Hacia la democracia paritaria”, Colegio de Abogados de Costa Rica, 3 de marzo, 2009.

³ Facio, Alda, “El derecho a la igualdad de mujeres y hombres”, en: *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. IIDH, San José, Costa Rica, 2009.

⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*. FCE, Madrid, España, 1979.

garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los y las titulares son diferentes entre sí⁵.

Cuando hablamos de los derechos humanos de las mujeres, hablar de igualdad no significa identidad con los hombres: significa tener las mismas oportunidades, ser reconocidas y tratadas como iguales, pues cada persona vale igual que cualquier otra persona y es igualmente sujeta de derechos. Más aún, en palabras de Santa Cruz⁶, para las mujeres:

Igualdad es equipotencia o la capacidad de ejercicio del poder, no solo el de resistir, sino el de contar con la fuerza y los recursos necesarios para la autonomía (que falta que nos hace). Igualdad es equivalencia o “tener el mismo valor en el sentido de no ser considerado ni por debajo ni por encima del otro”; igualdad es equifonía o sea “la posibilidad de emitir una voz que sea escuchada y considerada como portadora de significado, goce y credibilidad”.

Las situaciones de desigualdad y discriminación que enfrentan la mayoría de las mujeres en el mundo, han puesto de manifiesto las limitaciones que afectan el goce y ejercicio de sus derechos humanos y que les impide mejorar las condiciones en que viven. El derecho a tener derechos –como sostiene Hanna Arendt– o los derechos de las humanas –como reivindica el movimiento feminista–, es algo conocido en nuestros días, pero no por ello ejercitado a cabalidad.

Los derechos humanos y la perspectiva de género

Históricamente, la desigualdad y la discriminación hacia las mujeres fueron entendidas como inevitables y se atribuyó su origen a diferencias supuestamente naturales, las que fueron aceptadas como normales o ignoradas, consideradas como un asunto individual o cultural. En consecuencia, muchas de las necesidades e intereses de las mujeres fueron excluidos de la agenda de los derechos humanos y tratados como derechos de otro carácter y estatus, generando unos contenidos y una práctica que los contempló de manera excluyente o limitada⁷.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Trota, Madrid, España, 1999.

⁶ Santa Cruz, María Isabel, *Notas sobre el concepto de igualdad*. Isegoría 6. 1992. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/329/330> al 19 julio 2009.

⁷ Bareiro, Line, *Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género en el IIDH. Módulo 2*. IIDH, San José, Costa Rica, 2001. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/> (Biblioteca digital-Publicaciones IIDH), al 21 de julio de 2009.

Las mujeres han sido discriminadas históricamente, por el hecho mismo de ser mujeres. Se les ha dado un tratamiento desigual y discriminatorio en virtud de un conjunto de normas de conducta, de estereotipos, de valores, de significaciones distintas y desventajosas otorgadas por la sociedad al hecho de ser mujer. Estos patrones sociales y culturales pueden ser modificados: la discriminación hacia las mujeres no es “natural”, puede cambiarse. Sobre ello trata la **perspectiva de género**, la cual nos remite a las características de mujeres y de hombres, definidas socialmente y moldeadas por factores culturales, que originan desigualdad y discriminación, pero que al ser un producto sociocultural son susceptibles de transformación.

El género como categoría de análisis no está constituido por las mujeres o por los hombres como grupos de individuos, sino como elemento de identidad social. Es posible entender de este modo que las limitaciones enfrentadas por las mujeres no son inherentes a su sexo, sino impuestas por la cultura. Y entender también cómo esta construcción social de lo femenino y masculino, se ha vuelto en contra del desarrollo humano al asignar un valor mayor a las tareas y funciones, responsabilidades y atributos considerados como propios del género masculino. Esta diferencia valorativa implica diferencias de poder, que se manifiestan en el ámbito público y privado y condicionan relaciones asimétricas entre hombres y mujeres⁸.

No es casual entonces que en 1993, en el marco de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, la comunidad internacional señalara expresamente y por consenso que “los derechos humanos de

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

Convención CEDAW, artículo 1

⁸ Méndez, Juan y Pacheco, Gilda, “El desarrollo de proyectos en derechos humanos con perspectiva de género”. Ponencia presentada en el XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, IIDH, 14 a 25 de junio de 1999, San José, Costa Rica.

la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales” y, que la plena participación de las mujeres en condiciones de igualdad –en la vida política, económica, social y cultural– y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios.

El Estado y sus obligaciones

De manera progresiva y creciente, la perspectiva de género ha permeado la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Ello, junto con los esfuerzos del movimiento feminista y de mujeres, ha propiciado la existencia de instrumentos internacionales de derechos humanos que toman como punto de partida esa desigualdad histórica, reconociendo y protegiendo los derechos de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Estos se suman a los instrumentos jurídicos internacionales que conforman el derecho internacional de los derechos humanos⁹.

Los anteriores planteamientos llevan a la siguiente reflexión: la necesidad de dar el paso de la igualdad formal (*de jure*) a la igualdad real o sustantiva (*de facto*). Con este fin, el Estado debe propiciar las condiciones para el goce y ejercicio de sus derechos por parte de las mujeres, en igualdad y no discriminación. Ello en concordancia con las obligaciones que los Estados asumen en los instrumentos internacionales de derechos humanos –obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción–, lo que implica necesariamente la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno y por ende, la obligación estatal de garantizar las condiciones para que los postulados constitucionales de igualdad se reflejen en toda la normativa jurídica nacional.

Se trata entonces de acciones integrales –de legislación y de política pública, entre otras– del Estado en su conjunto y de los poderes que lo conforman (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral) para propiciar la igualdad, considerando que para las mujeres es necesario alcanzar:

⁹ Es importante tomar en cuenta además, que el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional reconoce y tipifica como parte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

- **Igualdad de oportunidades**, pues como Sen afirma, las oportunidades pertenecen al mundo contingente de los hechos reales y suponen los medios para alcanzar el objetivo de la igualdad¹⁰.
- **Igualdad de acceso a las oportunidades**, ámbito donde operan las expresiones más sutiles (y en muchos casos, abiertamente manifiestas) de la desigualdad y discriminación.
- **Igualdad de resultados**, que permita la disminución de la brecha entre la igualdad jurídica y la igualdad real.

Derechos humanos, derechos políticos y ciudadanía

El ejercicio del derecho a la **participación política** tiene tres manifestaciones sustanciales: el derecho a votar y a ser elegido o elegida; el derecho de toda persona a participar en la dirección de los asuntos públicos, y el derecho a tener acceso a la función pública¹¹.

El Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH-CAPEL) expresa que la participación política comprende:

[q]ue todas las personas –independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales– tengan la posibilidad real de ejercer, en forma individual o colectiva, todas las actividades derivadas de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y actuar como representantes políticos, participar en la definición de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas asignadas a los representantes políticos¹².

El derecho a la **representación política** según Woldenberg y Becerra¹³, se entiende como:

[e]l resultado del proceso mediante el cual una comunidad ha seleccionado y ha elegido a alguno o algunos de sus integrantes para que se hagan cargo, defiendan y argumenten sobre los temas y los intereses que son comunes. Como pueden ver, esto ha estado en el centro mismo de los debates sobre la democracia, desde el nacimiento de las ideas que la sustentan. La representación política es un problema de la democracia.

¹⁰ Sen, Amartya, *Inequality reexamined*. Oxford, Oxford University Press, 1992.

¹¹ Ver: Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 7.

¹² Definición XIX Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, IIDH, junio 2001, San José, Costa Rica.

¹³ Woldenberg, José y Becerra, Ricardo, “Representación política”, en: *Diccionario Electoral Tomo 2*, Serie Elecciones y Democracia. IIDH, San José, Costa Rica, 2000.

El Estado tiene por tanto, la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de estas atribuciones inherentes al derecho de participación y representación de mujeres y hombres, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Si bien la condición ciudadana –mediante el sufragio– fue el “pasaporte” que le dio a las mujeres el ingreso nominal al mundo de la vida pública, al espacio de lo político, el balance en este momento del siglo XXI indica que es mucho lo que falta para alcanzar la igualdad con respecto a los hombres en este ámbito, a pesar de los avances obtenidos en los últimos años. En ese sentido, el ejercicio de la **ciudadanía** implica mucho más que derecho al voto: es la participación y representación activa de todos los sectores de la población, en la construcción de las decisiones que tienen que ver con conducción de la sociedad en que viven¹⁴.

La práctica social y política demuestra que las mujeres no cuentan con las mismas posibilidades de acceso a puestos de decisión política, ni de participación en la toma de decisiones, ni de consideración de sus capacidades para ocupar puestos públicos. La desigualdad y la discriminación se evidencian claramente en el todavía insuficiente ejercicio del derecho a la participación y representación política, a la ciudadanía plena, por parte de las mujeres.

¿Las mujeres ejercen plenamente sus derechos políticos? Democracia y acciones afirmativas

Las mujeres no viven sus derechos políticos en condiciones de igualdad con respecto a los hombres. Sus mayores limitaciones se evidencian en el derecho a ser electas y a participar en los procesos de toma de decisiones en las estructuras de poder de la vida política y pública nacional, y en lograr que sus intereses y necesidades tengan presencia en las decisiones públicas.

Es ampliamente conocido que las mujeres participan activa y crecientemente en los partidos políticos y en los procesos electorales; ellas juegan un papel clave en las actividades de proselitismo y organización, pero no se encuentran equitativamente representadas en las posiciones de jerarquía. En la medida que se asciende en la pirámide de toma de decisiones, el porcentaje de participación de las mujeres disminuye. Tenemos pues, que el problema no estriba en el

¹⁴ Lara, Silvia, “La participación política de las mujeres en Costa Rica. Apuntes para la discusión”, Foro de la Mujer. PRIEG-UCR, San José, Costa Rica, 21 de marzo de 1996.

grado de participación, sino más bien en cuáles son los espacios en los que se les permite participar y cuáles obstáculos limitan y condicionan su participación¹⁵.

Cabría entonces hacerse la pregunta: si las mujeres tenemos los mismos derechos y representamos la mitad de la población, ¿por qué no tenemos igualdad de participación y representación? En el ejercicio de la política, una de las principales dificultades radica en que si las mujeres definen necesidades específicas y demandan espacios, posición y poder de actuación, se interpreta como que exigen privilegios. Pero sobre todo, si ellas establecen su propia lucha se aplica el “principio ideológico” de que están dividiendo la unidad del grupo, definido éste por una identidad particular: la masculina. Otros obstáculos importantes de mencionar son¹⁶:

- La existencia de un **marco cultural y de valores** que subestima las capacidades y el desempeño de las mujeres, ocasionando que no se les considere eficientes o idóneas para los cargos de responsabilidad o para ingresar al mundo de la política. Una vez en la política, el nivel de exigencia hacia las mujeres, es mucho más riguroso que el aplicado a los hombres.
- La **responsabilidad familiar**, otorgada socialmente como exclusiva de las mujeres, la que limita su participación en la política e inclusive las excluye de los mecanismos informales de toma de decisiones.

El número de mujeres parlamentarias en América Latina se incrementa lentamente: de 12.7% en 1999 a 15.5% en 2004, hasta alcanzar el 19.9% en 2007.

Unión Interparlamentaria, 2008.

¹⁵ Ballington, Julie, “Igualdad en la política: un estudio sobre mujeres y hombres en los Parlamentos”, en: *Reportes y documentos* No. 54. Unión Interparlamentaria, 2008. También: Unión Interparlamentaria, “Women in National Parliaments”, 2008, disponible en: <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm> al 22 de julio de 2009.

¹⁶ Ver: Torres, Isabel, *La aplicación de la cuota mínima de participación de las mujeres ¿Ficción o realidad? Un diagnóstico para Costa Rica*. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, San José, Costa Rica, 2001. CEPAL, *Sistemas electorales y representación femenina en América Latina*, Serie Mujer y Desarrollo No. 54, 2004, disponible en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/UnidadMujer/7/LCL2077/lcl2077e.pdf> al 21 de julio de 2009. CEPAL, *El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe*, en: X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Quito /LC/L.2738 (CRM.10/3), agosto de 2007.

- El **ámbito masculino** que rodea a las mujeres en la elección de candidaturas a papeletas o a puestos públicos: los hombres que están en los puestos de decisión conocen y escogen a otros hombres para proponerlos como candidatos; las cualidades, habilidades y destrezas de las mujeres resultan poco competitivas.
- Las dificultades que enfrentan las mujeres en la consecución de los **recursos económicos** que requieren las postulaciones a puestos de elección popular.

Lo antes planteado es contradictorio con el ejercicio de los derechos humanos y particularmente con los derechos políticos, pero aún más, con la propia noción de **democracia**. Esta es un sistema de gobierno y de convivencia donde tanto la voluntad como las necesidades de las personas, así como los beneficios a que acceden, se consideran en un marco de igualdad. Siendo regla de la democracia la distribución y reconocimiento de poderes, recursos y oportunidades para todos los seres humanos, su principal reto es la inclusión de todos los intereses sociales en los procesos de toma de decisión política, reconociendo su pluralidad, diversidad y autonomía¹⁷. Una democracia plenamente igualitaria no puede dejar de lado la participación y representación de los intereses y necesidades de la mitad de la población.

Considerando que los derechos políticos no se reducen al sufragio, la exclusión evidente en el ejercicio pleno y activo de la ciudadanía por parte de las mujeres, requiere que ellas se encuentren en el mismo punto de partida que los hombres. Para ello, se hacen necesarias acciones tendientes a superar la asimetría ocasionada por una práctica social desigual y discriminatoria, se requiere un trato desigual que tome en cuenta las diferencias. Con ese fin, se adoptan medidas especiales temporales para corregir las condiciones persistentes de la discriminación de hecho, mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidades y de resultados con respecto a los hombres. Estamos hablando de **políticas de diferenciación para la igualdad** o **medidas de acción afirmativa** (también conocidas como discriminación positiva o inversa), siendo las cuotas de participación política un mecanismo de aplicación.

Al respecto, la Convención CEDAW establece en su artículo 4, numeral 1¹⁸, que:

¹⁷ Soto, Clyde, "Acciones positivas: formas de enfrentar la asimetría social", en: Bareiro, Line e Isabel Torres (editoras y coordinadoras académicas), *Igualdad para una democracia incluyente*. IIDH, San José, Costa Rica, 2009.

¹⁸ La Convención también establece en su artículo 7, que los Estados Partes deberán tomar las medidas apropiadas para garantizar a las mujeres en igualdad de

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con desarrollos doctrinarios en la materia en varias opiniones consultivas¹⁹, indicando que: “Al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos”. También expresa que no habrá discriminación, si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente (sin fines arbitrarios o caprichosos), es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que²⁰:

[e]n los casos en que la discriminación de derecho o de hecho restringe el pleno ejercicio por parte de la mujer de su derecho de participar en el gobierno y en los asuntos públicos de su país, se debe responder a esa inconformidad con acciones concretas. Una de las formas concretas en que se puede cumplir con el deber de respetar y garantizar los derechos controvertidos es a través de la adopción de medidas de acción afirmativa para promover la participación de la mujer en esta esfera... Tales iniciativas buscan promover la participación de la mujer

condiciones con los hombres, el derecho a votar y ser elegibles, a participar en la formulación y ejecución de las políticas gubernamentales y a ocupar cargos públicos. Ver también: Recomendación General del Comité CEDAW No. 23, sobre vida política y pública, y No. 25, sobre medidas especiales de carácter temporal. Además: Observación General del Comité de Derechos Humanos No. 28, sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003; ver también: “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr>, al 22 de julio 2009.

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, 1999. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm> al 22 de julio 2009.

en la vida pública en el marco del más amplio objetivo de incrementar y salvaguardar la diversidad en la representación política.

[I]as medidas de acción afirmativa están en pleno cumplimiento del principio de no discriminación y de las disposiciones aplicables de la ley de derechos humanos; de hecho, tales medidas bien podrían ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de oportunidades.

La CIDH ha conocido de dos casos sobre incumplimiento de cuotas, contra Argentina y Perú, que constituyen precedentes internacionales de relevancia²¹.

Las cuotas de participación política de las mujeres

Las acciones afirmativas —y las cuotas como uno de sus mecanismos de aplicación—, procuran la igualdad de resultados. Son mecanismos correctivos de una situación anómala, con el fin de disminuir las distancias económicas, sociales y de otra índole, entre integrantes de una sociedad. Establecen medidas temporales encaminadas a favorecer a determinados grupos de personas, con el propósito de corregir discriminaciones o desigualdades que resultan de los sistemas sociales, políticos o económicos²².

Las **cuotas** de participación política de las mujeres constituyen un mecanismo inclusivo para el fortalecimiento de la democracia. Entre sus principales características, se destacan:

- Se originan en el reconocimiento de una diferencia y con el fin de corregir una situación de desigualdad y discriminación, siendo una medida temporal y transitoria, como ya fue mencionado.
- Están reguladas en la legislación nacional (generalmente en la electoral) y su aplicación se enmarca en el ámbito institucional relativo a la regulación de los procesos electorales.
- Representan un punto de partida y no pueden considerarse como el límite máximo de inclusión de las mujeres. Los porcentajes establecidos oscilan entre el 20% y el 40%; en algunos casos se ha definido una cuota única y en otros, se establecen porcentajes

²¹ Se trata de los casos María Merciadri de Morini vs. Argentina (Informes N° 102/99 y N° 103/01) y Janet Espinoza Fera y otras vs. Perú (Informe de admisibilidad No. 51/02). Disponibles en: <http://www.cidh.org>, al 3 de agosto de 2009. Ver también: Villanueva, Rocío, “El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad”, en: Bareiro, Line e Isabel Torres (editoras y coordinadoras académicas), *Igualdad para una democracia incluyente*. IIDH, San José, Costa Rica, 2009.

²² Ver: Soto, Clyde, “Acciones positivas: formas de enfrentar la asimetría social”,...; y Torres, Isabel, *La aplicación de la cuota mínima de participación de las mujeres ¿Ficción o realidad?...*

mínimos que van aumentando progresivamente y según plazos definidos.

- Tienen una aplicación concreta y pueden ser comprobadas, evaluadas y medidas.

En América Latina, entre los años 1991 a 2000, son 11 los países que cuentan con cuotas en sus legislaciones electorales, siendo estos: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Perú, República Dominicana, Panamá y Paraguay. A ellos hay que sumar a Uruguay, quien muy recientemente, en marzo de 2009, aprobó las cuotas por ley; se trata de una cuota llamada de inicio, que se aplica solamente para las elecciones de decisión sobre candidaturas que los partidos políticos presentarán a elecciones. Venezuela no cuenta con cuotas consagradas por ley, aunque en el año 2008, su organismo electoral ha dispuesto en la convocatoria a elecciones, que las listas, para ser inscritas deben alternar un hombre y una mujer²³.

Los resultados en la aplicación de las cuotas son evidentes en la medición cuantitativa de mujeres, principalmente en los puestos de elección popular (parlamentos y gobiernos locales). El siguiente cuadro es ilustrativo de la evolución de la representación parlamentaria de las mujeres en los 11 países latinoamericanos ya indicados, mediante la comparación de los datos antes de la implementación de las cuotas y posterior a las mismas:

²³ En el caso de Venezuela, aunque existió una ley que establecía cuotas femeninas, se aplicó una sola vez en 1998 y en 2000 se declaró inconstitucional; el 21 de julio de 2008, el Consejo Nacional Electoral emite la resolución No. 080721-658, donde establece para las elecciones de los distritos metropolitanos de Caracas y Alto Apure, en noviembre de 2008, que las candidaturas “deberán tener una composición paritaria y alterna de 50% para cada sexo”. En Colombia, la legislación existente se declaró inconstitucional en el 2001 y en 2002 se promulgó una nueva ley que estipuló un 30% de mujeres para cargos en la administración pública y judiciales, pero no incluye los cargos electivos legislativos.

Evolución de la participación parlamentaria de las mujeres²⁴

Países	Antes de la implementación de acciones afirmativas		Al 2008	
	Cámara única o de Diputados(as)	Cámara de Senadores(as)	Cámara única o de Diputados(as)	Cámara de Senadores(as)
Argentina	6,0% (1990)	3,0% (1990)	40,0%	38,9%
Costa Rica	14,0% (1996)	---	36,8%	---
Perú	11,0% (1996)	---	29,2%	---
Ecuador	4,0% (1996)	---	25,0%	---
Honduras	0,0% (1990)	---	23,4%	---
México	17,0% (1995)	15,0% (1995)	23,2%	18,0%
Bolivia	11,0% (1996)	4,0% (1996)	16,9%	3,7%
Panamá	8,0% (1996)	---	16,7%	---
Paraguay	3,0% (1995)	11,0% (1995)	10,0%	13,3%
Brasil	7,0% (1996)	0,0% (1996)	9,0%	12,3%
República Dominicana	12,0% (1996)	---	19,7%	3,1%
<i>Totales (promedio)</i>	<i>8,18%</i>		<i>22,7%</i>	<i>14,8%</i>

La experiencia latinoamericana en la implementación del mecanismo de cuotas, nos brinda algunas **lecciones aprendidas**:

- Las disposiciones sobre las cuotas deben estar incorporadas en la legislación electoral. Si bien en Costa Rica y Honduras se establecían disposiciones al respecto en la legislación para la igualdad (Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer y Ley de Igualdad de Oportunidades, respectivamente), no fue si no hasta su inclusión en la legislación electoral que se implementaron en los procesos de elección popular²⁵.
- La legislación debe ser precisa en la definición y aplicación de las cuotas a fin de que su cumplimiento sea eficaz y se establezca para los puestos elegibles, de manera que la ubicación de las mujeres

²⁴ Tomado de: Lubertino, María José, “Las leyes de cuotas en la experiencia latinoamericana”, en: Bareiro, Line e Isabel Torres (editoras y coordinadoras académicas). *Igualdad para una democracia incluyente...* La autora señala como fuentes: “La información sobre representación de mujeres en el año anterior a la regulación de cuotas en los países corresponde a Daniel Zovatto, *Regulación de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada*, 2006. Para la información sobre los datos estadísticos del año 2008 ver: Unión Interparlamentaria, “Mujeres en la Política 2008”, información al 1 de enero de 2008, publicada en http://www.ipu.org/pdf/publications/wmnmap08_sp.pdf”.

²⁵ Bareiro, Line, Conferencia “Paridad y evaluación de las cuotas de participación política de las mujeres”, presentada en la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador, 8 de agosto de 2007.

en las listas de candidaturas no ocupe posiciones de elegibilidad remota o nula o se coloque mayoritariamente en los puestos de suplencia.

- Es fundamental el establecimiento de medidas ante el incumplimiento de la cuota por parte de los partidos políticos, tal como el rechazo a la inscripción de las nóminas de candidaturas que no cumplan con el porcentaje establecido y la aplicación de esta disposición en los puestos elegibles.
- Las disposiciones sobre las cuotas deben contemplar mecanismos adecuados al sistema electoral. La experiencia señala que el sistema de lista abierta y/o candidaturas uninominales no puede garantizar resultados, siendo en los sistemas electorales de representación proporcional que utilizan listas cerradas (y cuando la ley establece la ubicación de las mujeres en los puestos elegibles), donde las cuotas logran su máxima eficacia²⁶.
- En el ámbito de los partidos políticos, continúa siendo necesario que las reformas a sus estatutos o reglamentos, contemplen mecanismos claros para la operacionalización de la cuota en los procesos de elecciones internas o de designación de candidaturas y en las instancias de representación en cargos de responsabilidad y de poder. De no ser así, el incumplimiento o las dificultades para la aplicación de la cuota, genera un clima de hostilidad hacia las mujeres a lo interno de los partidos, que no contribuye al cambio cultural para la igualdad. Estos mecanismos internos partidarios, podrían ser idealmente resultado de un proceso participativo y de negociación, que convoque a hombres y mujeres en su definición y aprobación.
- La cuota mínima de representación de las mujeres, constituye en su intención un piso, no un techo al cual se llega y que no puede ser sobrepasado. Una lectura de la cuota como techo, puede convertirla en una “camisa de fuerza” y limitar la representación de las mujeres sólo a lo que establece la cuota mínima.

Interesa señalar, por otra parte, que muchos partidos políticos establecen en sus estatutos o reglamentos internos, la capacitación y formación política de sus integrantes; en algunos casos, contemplan porcentajes específicos para esos fines, de los fondos asignados por el Estado para las contiendas electorales. La práctica ha demostrado

²⁶ Soto, Lilian, “Cuotas y sistema electoral en América Latina”, en: Bareiro, Line e Isabel Torres (editoras y coordinadoras académicas). *Igualdad para una democracia incluyente...*

que esta acción no es una prioridad y cuando se realiza, no se incluye de manera representativa a las mujeres. El establecimiento de un porcentaje específico para la capacitación, formación y organización política de las mujeres, sigue siendo un aspecto pendiente de definición y también objeto de frecuente debate. En todo caso, la realidad muestra que, el que las mujeres de los partidos no tengan certeza de cuáles son los recursos financieros de que pueden disponer, limita su acceso a los mismos y las posibilidades de realizar las actividades de promoción necesarias para incrementar su liderazgo y formación.

Es importante destacar el papel fundamental que los organismos electorales tienen en materia de derechos políticos, considerando sus atribuciones en la regulación de procesos electorales transparentes y confiables, capaces por ello de sustentar la convivencia democrática. Su actuación es imprescindible para la garantía de los derechos políticos de las mujeres en condiciones de igualdad y no discriminación, así como para la adecuada implementación de las cuotas.

Puede afirmarse que las condiciones para que las cuotas propicien los resultados esperados, tienen que ver con: la vigencia del Estado de Derecho; la ciudadanía activa de las mujeres; una opinión pública favorable a la inclusión de las mujeres en la representación, y los mecanismos adecuados al sistema electoral²⁷.

El salto cualitativo: de las cuotas a la paridad

La paridad en América Latina, ocupa en la actualidad un lugar predominante en los debates sobre el enriquecimiento de la democracia. Tal como señalan Bareiro y Torres, “la propuesta de paridad afecta a la idea misma del pluralismo democrático y plantea la inclusión de la diversidad sexual al sistema electoral”²⁸. Las experiencias paritarias regionales desarrolladas recientemente la colocan en el centro de la discusión, tal como demuestran los procesos relacionados con las asambleas constituyentes en Ecuador y en Bolivia, así como la aprobación por el parlamento de Costa Rica (agosto de 2009) de las reformas al Código Electoral, que entre otras, incluyen la paridad (50% de mujeres y 50% de hombres) y el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre u hombre-mujer) en las nóminas de elección.

²⁷ Bareiro, Line e Isabel Torres, “Participación política igualitaria de las mujeres: deber ser de la democracia”, en: Bareiro, Line e Isabel Torres (editoras y coordinadoras académicas). *Igualdad para una democracia incluyente...*

²⁸ *Ibidem*.

La paridad se constituye en un acelerador de la igualdad *de facto*. A diferencia de la cuota, que es una medida temporal de ajuste cuyo objetivo es reducir la subrepresentación de las mujeres en la política, la paridad es una medida definitiva que busca compartir el poder político entre mujeres y hombres.

La paridad no es cuota mayor a favor mujeres, es la expresión más amplia de universalidad y un instrumento de reivindicación del derecho a la igualdad, mediante el reconocimiento de la dualidad del género humano: mujeres y hombres. Dicho de otra manera, ésta contribuye a realizar una de las finalidades mayores de la democracia: el derecho a la igualdad de todos los seres humanos.

Una reflexión final: ni las cuotas, ni la paridad, por sí mismas, garantizan la calidad de la representación, siendo ésta un desafío de la democracia contemporánea. Si bien diferentes estudios evidencian un cierto desencanto de las poblaciones de la región respecto a la democracia como forma de gobierno, también muestran mayoritariamente que se prefiere a la democracia por encima de cualquier otra opción. El desafío se plantea entonces hacia la clase política en su conjunto, para reconstruir su imagen y su credibilidad, lo que implica transformaciones en las prácticas tradicionales del quehacer político, el fortalecimiento de las bases democráticas y la representación efectiva de las necesidades e intereses de las poblaciones en su pluralidad y diversidad. El desafío es también para la sociedad en su conjunto, de manera que el respeto y garantía de la igualdad y la no discriminación sean parte de la vida cotidiana de todos los seres humanos y no una aspiración inalcanzable.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

Editora:
Marisol Molestina, Unidad de Información y Servicio Editorial

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos