

BOLETIN OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Buenos Aires,
lunes 7
de setiembre de 2009

Año CXVII
Número 31.731



Año 1 / Nº 52

Suplemento Actos de Gobierno

La Constitución Nacional garantiza el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través del artículo 1º, de los artículos 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo –que establece Derechos y Garantías– y del artículo 75 inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales (Decreto Nº 1172/2003)

Sumario

	Pág.
PROGRAMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE CÁNCER CERVICO-UTERINO Introducción. Relanzamiento del Programa. Organización. Objetivos y Metas. Historia Natural del Cáncer de Cuello de Utero. Población Objetivo y Frecuencia Recomendada. La Toma del Papanicolaou. La Lectura de la Citología. Sistema Bethesda 2001 (resumido). Entrega de Resultados. Seguimiento y Tratamiento de Mujeres con Citología Anormal. ¿Qué es la Colposcopia? ¿Qué es la Biopsia? Tratamientos Disponibles. Monitoreo y Evaluación. Preguntas Frecuentes. Contactos Provinciales. Miembros del Consejo Asesor.	1
SISTEMA DE INFORMACION CULTURAL DE LA ARGENTINA Introducción. Estadísticas Culturales. Mapa Cultural de la Argentina. Gestión Pública en Cultura. Centro de Documentación. El Valor Económico de la Cultura. El PBI Cultural. Comercio Exterior de Bienes Culturales. La Composición del Comercio Exterior. Destino y Origen de los Bienes Culturales.	5
LINEAMIENTOS NACIONALES EN MATERIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CARENTES DE CUIDADOS PARENTALES Introducción. Lineamientos. Principios Generales Para la Promoción, la Prevención y la Permanencia del Niño, Niña o Adolescente en su Ambito Familiar. Principios Generales a Tener en Cuenta Frente a la Adopción de una Medida de Separación del Niño, Niña o Adolescente de su Ambito Familiar. Principios Generales de Intervención Respecto de Niños, Niñas o Adolescentes Incluidos en Ambitos de Cuidado Familiar Alternativo. Principios Generales de Intervención Respecto de Niños, Niñas y Adolescentes Incluidos en Ambitos de Cuidados Institucionales. Principios Generales Para el Desarrollo de Acciones Permanentes y Sistemáticas Tendientes a la "Desinstitucionalización" de Niños, Niñas y Adolescentes.	7
DOCUMENTO IGUALDAD, NO DISCRIMINACION Y ACCESO A LA JUSTICIA. ACTUALIZACION JURIDICA Y NUEVOS MECANISMOS DE PROTECCION. (PRIMERA PARTE) Presentación. Introducción. Apertura. El Concepto Constitucional de Discriminación. Acceso a la Justicia y Exclusión Social. Libertad de Expresión y No Discriminación. El Principio de No-Discriminación y el Derecho a la Igualdad en el Sistema Interamericano.	9

Relanzamiento del Programa

Durante el año 2007, en el marco del Proyecto de Mejoramiento del Programa de Prevención de Cáncer de Cuello Uterino en Argentina financiado por la Organización Panamericana de la Salud, se realizó un diagnóstico de base acerca de la situación del cáncer cérvico-uterino en la Argentina.

En Junio de 2008 se relanzó el Programa Nacional de Prevención de Cáncer Cérvico-uterino, que actualmente depende de la Dirección de Medicina Comunitaria perteneciente a la Subsecretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación.

Organización

El equipo del Programa Nacional trabaja en articulación con los referentes de los Programas Provinciales para el fortalecimiento de las acciones para la prevención del cáncer cérvico-uterino en las provincias.

En una primera fase (2008-2011) se están fortaleciendo los Programas de Prevención de Cáncer Cérvico-uterino de las cinco provincias con mayor tasa de mortalidad por esta enfermedad, definidas como las "Provincias Prioritarias": Chaco, Jujuy, Misiones, Salta y Formosa.

Entre las actividades del Programa Nacional se encuentran la provisión de insumos y equipamiento para la toma y lectura Paps, la producción de materiales educativos para la población y para los profesionales, la realización de actividades de capacitación a los distintos profesionales involucrados en la prevención de cáncer cérvico-uterino, actividades de monitoreo y evaluación, diseño de un sistema de información unificado, y la realización de controles de calidad en los laboratorios de citología.

Objetivos y metas

El objetivo final del Programa es la reducción de la incidencia y mortalidad por cáncer cérvico-uterino en la Argentina.

Las metas del Programa son:

- Meta de cobertura: lograr para el año 2011 una cobertura del 60% de al menos una citología para cada mujer entre 35 y 64 años.
- Meta de calidad de la toma: garantizar para el año 2011 en las provincias prioritarias que todos los efectores de salud involucrados en la toma de Paps hayan recibido capacitación teórica y práctica.
- Meta de calidad de lectura de citología: asegurar para el año 2011 que los laboratorios de hospitales públicos de las provincias prioritarias incorporen mecanismos de control de calidad internos y hayan realizado por lo menos un control de calidad externo.
- Meta de seguimiento y tratamiento de lesiones precancerosas y cáncer: lograr para el año 2011 que el 100% de las mujeres con lesiones de alto grado hayan recibido tratamiento efectivo dentro de los 6 meses después del diagnóstico.

Historia natural del cáncer de cuello de útero

Diferentes estudios han comprobado que la infección por el Virus Papiloma Humano (VPH) es causa necesaria del cáncer cérvico-uterino⁽²⁾. Se ha demostrado una asociación de más del 99% entre el VPH y el cáncer de cuello de útero⁽³⁾.

(2) Bosh 2002, Muñoz 2006

(3) IARC 2005

MINISTERIO DE SALUD

Programa Nacional de Prevención de Cáncer Cérvico-Uterino

El Programa Nacional de Prevención de Cáncer Cérvico-Uterino que lleva adelante el Ministerio de Salud tiene como objetivo fortalecer los programas provinciales en la materia, a partir del establecimiento de una estrategia de prevención tendiente a unificar los criterios de acción y a la vez contemplar las necesidades particulares de cada provincia, para reducir la incidencia y la mortalidad de la enfermedad en la Argentina.

Introducción

La experiencia de los países desarrollados indica que es posible prevenir hasta en un 80% la incidencia y mortalidad por cáncer de cuello de útero a través de programas organizados de prevención⁽¹⁾

Un programa organizado de prevención de cáncer de cuello de útero es un sistema integrado en el cual las mujeres acceden al tamizaje no sólo de forma oportunística, sino que son invitadas por medio de estrategias de búsqueda activa, reciben y comprenden los resultados, son derivadas para tratamiento si es necesario, y vuelven para repetir el tamizaje según está indicado en las pautas programáticas.

Cabe aclarar que el tamizaje no es un testeo para detectar cáncer. Es un método de prevención que consiste en detectar dentro de una población sin síntomas, lesiones precancerosas que si no se tratan pueden transformarse en cáncer.

(1) Anderson et al. 1988; Devesa et al. 1989; Anttila y Nieminen 2000.

PRESIDENCIA DE LA NACION

SECRETARIA LEGAL Y TECNICA
DR. CARLOS ALBERTO ZANNINI
Secretario

DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL
DR. JORGE EDUARDO FEIJOÓ
Director Nacional

www.boletinoficial.gov.ar

e-mail: dnro@boletinoficial.gov.ar

Registro Nacional de la Propiedad Intelectual
Nº 723.199

DOMICILIO LEGAL
Suipacha 767-C1008AAO
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Tel. y Fax 4322-4055 y líneas rotativas

La infección por VPH es muy común en mujeres sexualmente activas, afecta entre el 50 y el 80% de las mujeres al menos una vez en su vida. La principal vía de infección es la transmisión sexual y no se ha comprobado la eficacia del preservativo como método de prevención, ya que el virus puede ubicarse en los genitales internos y externos, incluidas las zonas que no están protegidas por el preservativo.

Actualmente se han identificado más de 100 tipos de VPH, de los cuales 40 afectan el tracto anogenital femenino y masculino. De estos 40, alrededor de 15 son considerados de alto riesgo oncogénico; entre ellos, los más comunes son los VPH 16 y el 18, responsables de aproximadamente el 70% de los casos de cáncer cérvico-uterino en todo el mundo, seguidos por los VPH 31 y 45⁽⁴⁾.

Un estudio de base poblacional realizado en Concordia (Argentina), en colaboración con la Agencia Internacional de Investigaciones sobre cáncer (IARC), encontró que los tipos de VPH de mayor prevalencia en la población eran el 16, 35 y el 18⁽⁵⁾.

Los HPV que infectan el tracto anogenital han sido subdivididos en dos grupos sobre la base a su *potencial oncogénico*:

Tabla: Tipo de VPH según riesgo oncogénico

Grupo	Tipo de VPH
16-18-31-33-35-39-45-51-52-56-58-59	Grupo de alto riesgo
26-53-66-68-73-82	Probable grupo de alto riesgo
6-11-40-42-43-44-54-61-70-72-81	Grupo de bajo riesgo

Fuente: Muñoz et al. 2006.

Los VPH *de bajo riesgo* están comúnmente presentes en las lesiones benignas (condilomas y neoplasias intraepiteliales de bajo grado), con mínimo riesgo de progresión maligna. Contrariamente, los VPH *de alto riesgo* se encuentran en lesiones benignas y de bajo grado, pero tienen casi la exclusividad en las lesiones malignas.

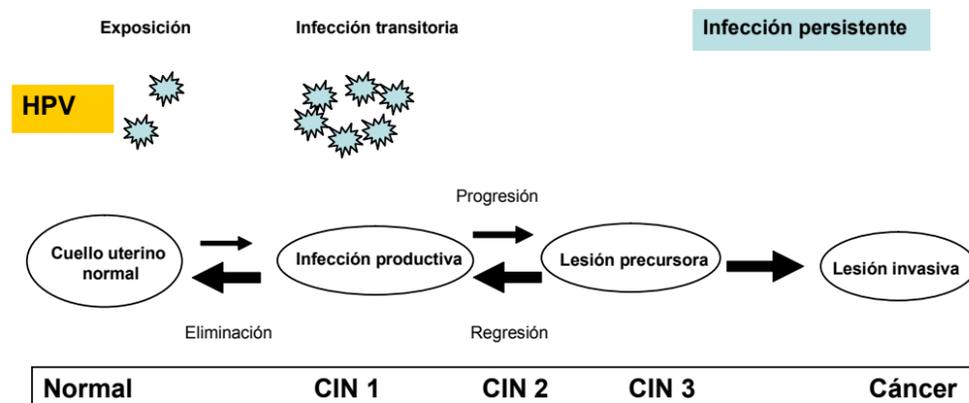
La infección por VPH, aún con tipos *de alto riesgo*, es muy frecuente en la población joven sexualmente activa. En ellas se estima hasta un 50% de positividad para ADN de HPV. En la mayoría de los casos se trata de infecciones *transitorias*, autolimitadas y sin consecuencias oncopatogénicas.

La infección de cuello uterino por el VPH de alto riesgo puede producir una displasia, (alteraciones en las células cervicales). Es bastante frecuente que el VPH provoque displasias de grado bajo tras meses o años de ocurrida la infección.

La mayoría de las lesiones de bajo grado experimentan una regresión o no progresan, especialmente en las mujeres más jóvenes portadoras de *infecciones transitorias*. Esto sucede cuando los mecanismos de defensa del organismo erradican el virus. Se estima que el 5% de las mujeres infectadas con HPV de alto riesgo contraen infecciones persistentes⁽⁶⁾.

Las lesiones de alto grado, son menos comunes y pueden surgir tanto por una progresión de las displasias de bajo grado, o directamente de la infección persistente por HPV. Algunas de estas lesiones de alto grado progresan a carcinoma invasor, y otras pueden regresar, especialmente si se trata de mujeres jóvenes⁽⁷⁾.

El tiempo de evolución de una displasia hacia un carcinoma de cuello uterino es de entre 10 y 20 años, lo que hace que el cáncer cérvico-uterino sea una enfermedad relativamente fácil de prevenir, y es la razón fundamental del tamizaje⁽⁸⁾.



Fuente: adaptado de IARC 2005.

En Argentina, cada año se diagnostican alrededor de 3.000 casos nuevos de cáncer de cuello de útero y mueren aproximadamente 2.000 mujeres a causa de la enfermedad.

El 94 % de las muertes ocurre en mujeres mayores de 35 años.

Población objetivo y frecuencia recomendada

La población objetivo del Programa Nacional son las mujeres entre 35 y 64 años.

La incidencia de cáncer cérvico-uterino es muy baja en las mujeres menores de 25 años.

La evidencia científica indica que el cáncer cérvico-uterino se desarrolla con mayor frecuencia en las mujeres a partir de los 40 años, llegando a un pico alrededor de los 50

años. Generalmente, las displasias son detectables hasta 10 años antes de que se desarrolle un cáncer⁽⁹⁾.

Existe suficiente evidencia científica de que el tamizaje de las lesiones precursoras del cáncer cervical entre los 35 y 64 años mediante la citología convencional en un programa de alta calidad reduce la incidencia del cáncer cervical en un 80% o más. En las mujeres menores de 35 años el tamizaje tiene menor impacto.

La recomendación de la Agencia Internacional de Investigaciones Contra el Cáncer (IARC) es no tamizar a las mujeres de menos de 25 años, ya que la frecuencia de cáncer cervical en mujeres jóvenes es baja, mientras que los costos pueden ser elevados tanto para la salud de las mujeres (debido a la alta prevalencia de lesiones preclínicas en este grupo de edad, muchas de las cuales van a involucionar espontáneamente), como para el sistema de salud pública.

Los posibles efectos adversos del tratamiento (infertilidad, parto prematuro, bajo peso al nacer, mortalidad perinatal) así como las consecuencias psicológicas del tamizaje (ansiedad, angustia), pueden evitarse en las mujeres más jóvenes.

Aquellas lesiones que persistan en el tiempo podrán detectarse posteriormente, debido a la historia natural de la enfermedad que evidencia una lenta progresión de las células anormales hasta el cáncer (aproximadamente 10 años).

La frecuencia recomendada por el Programa Nacional es la realización de un Pap cada 3 años luego de dos Paps anuales consecutivos negativos. El test de Papanicolaou, conocido como Pap, es un método sencillo de tamizaje que permite detectar anomalías celulares en el cuello del útero.

Se extrae una muestra de células tomadas del cuello del útero, y se fijan en un vidrio que es transportado a un laboratorio donde es evaluado bajo el microscopio por un citotécnico y anatómo-patólogo.

La frecuencia de realización del tamizaje depende de cuestiones ligadas a la efectividad comparativa de cada intervalo de frecuencia y a los recursos disponibles. Un estudio colaborativo llevado a cabo por la IARC en ocho países mostró que poco se gana en eficiencia con el tamizaje anual comparado con el tamizaje cada dos o tres años.

Cuadro 1. Reducción porcentual en la tasa acumulada de cáncer de cuello uterino en el rango de edad 35-64, con diferentes frecuencias de tamizaje

Frecuencia de tamizaje	% de reducción de la tasa de incidencia acumulada	Cantidad de tests
Anual	93,5	30
Cada 2 años	92,5	15
Cada 3 años	90,8	10
Cada 5 años	83,6	6
10 años	64,1	3

Fuente: IARC 2005.

Se considera que la alta cobertura de las mujeres con mayor riesgo de desarrollar la enfermedad es el principal mecanismo para aumentar el impacto cuantitativo del tamizaje, y una estrategia más costo-efectiva que el aumento de la frecuencia.

La toma del Pap

El Pap puede realizarse en cualquier establecimiento de salud que cuente con los insumos básicos para la obtención de la muestra. El Programa Nacional recomienda que se lleve a cabo la toma de Paps en forma descentralizada, para favorecer un mejor acceso al tamizaje de toda la población objetivo.

El personal encargado de realizar la toma debe ser personal debidamente capacitado y entrenado en la técnica de la toma del Pap. Se pueden capacitar para realizar esta tarea a médico/as ginecólogo/as y obstetras, médicos generalistas o de familia, otros profesionales médicos, obstétricas /parteras, enfermeros/as, agentes sanitarios.

Una vez realizada la práctica, se debe asegurar el mecanismo de traslado a fin de que las muestras lleguen en tiempo y forma a los laboratorios encargados de la lectura de la citología.

La lectura de la citología

Los laboratorios de citología son los encargados de la interpretación de las muestras citológicas.

Se establece que el citotécnico debe realizar el primer tamizaje, y luego el citopatólogo responsable final del diagnóstico⁽¹⁰⁾ realice una revisión rápida de todos los extendidos negativos, y una revisión minuciosa de todos los anormales y positivos.

Se recomienda la utilización del Sistema Bethesda para la clasificación citológica a fin de unificar la nomenclatura para poder establecer comparaciones a nivel nacional e internacional.

Sistema Bethesda 2001 (resumido)

Adecuación de la muestra

- Satisfactoria para la evaluación
- No satisfactoria para la evaluación
 - Muestra rechazada

(4) Castellsagué et al. 2006.

(5) Matos et al. 2003.

(6) Moscicki, et Al. 2006

(7) IARC, 2005.

(8) IARC, WHO 2006.

(9) IARC, 2005.

(10) Resolución 608 / 2004 del Ministerio de Salud de la Nación.

- Muestra analizada pero insatisfactoria

Categorización general

- Negativo para lesión intraepitelial o malignidad
- Anormalidad celular epitelial
- Otro

Interpretación/resultado:

- Negativo para lesión intraepitelial o malignidad

Microorganismos: Tricomonas, Cándida, cambios en la flora sugestivos de vaginosis, Actinomicas, imágenes celulares propias de infección por herpes simple.

Otros hallazgos no-neoplásicos: cambios reactivos por inflamación, radiación o DIU, atrofia.

- Anormalidades celulares epiteliales

Células escamosas:

Células escamosas atípicas de significado incierto (ASC-US) no se puede excluir lesión alto grado (ASC-H)

Lesión escamosa intraepitelial de bajo grado (L-SIL)

Lesión escamosa intraepitelial de alto grado (H-SIL)

Carcinoma de células escamosas

Células glandulares:

Células glandulares atípicas (especificar endometriales, endocervicales o no especificadas)

Células glandulares atípicas probablemente neoplásicas

Adenocarcinoma endocervical in situ

Adenocarcinoma

Otras

Células endometriales en mujeres de 40 años o más.

Fuente: WHO 2006, IARC 2005.

Entrega de resultados

Es fundamental que todas las mujeres reciban los resultados de sus pruebas, sean éstos negativos o positivos. Recibir el resultado del Pap es un derecho de todas las mujeres. Los efectores de salud deben garantizar que ese derecho se haga efectivo en un plazo no mayor a 4 semanas desde que se tomó la muestra.

Seguimiento y tratamiento de mujeres con citología anormal

Siguiendo las pautas establecidas por la OMS (WHO 2006) se recomienda el siguiente protocolo para el seguimiento de las mujeres con resultado de citología anormal:

Resultado de la citología	Acción a realizar
Insatisfactorio	repetir citología lo antes posible.
Negativo	repetir citología según norma nacional (frecuencia 1-1-3).
ASC-US	repetir citología en 6 meses o un año.
ASC-H	derivar para colposcopia y biopsia, y tratamiento si fuera necesario.
L-SIL	repetir citología en 6 meses o un año.
H-SIL	derivar para colposcopia y biopsia, y tratamiento si fuera necesario.

Fuente: WHO 2006.

Debe asegurarse el traslado de las mujeres con lesiones que requieren tratamiento a los centros especializados donde se realizan dichas prácticas.

¿Qué es la Colposcopia?

Es un examen que sirve para localizar mediante una lente de aumento las lesiones detectadas previamente con el Pap, para ser biopsiadas y diagnosticadas definitivamente.

¿Qué es la Biopsia?

Es un procedimiento mediante el cual, con una pinza de tipo sacabocado se extrae una pequeña muestra de tejido para ser analizada y confirmar el diagnóstico citológico.

La colposcopia y la biopsia deben realizarse en centros de salud que cuentan con personal debidamente capacitado para la realización de esta práctica.

Tratamientos disponibles

Las opciones de tratamiento ambulatorio recomendadas son la crioterapia y la escisión electroquirúrgica con asa (LEEP).

La crioterapia es el método más sencillo y barato de tratamiento de las lesiones precancerosas. No obstante, cuando la lesión resulta demasiado grande para la criosonda o afecta el conducto endocervical o cuando es necesario disponer de una pieza para el examen histológico, el tratamiento preferido es la escisión electroquirúrgica con asa (LEEP). La efectividad de ambos métodos es comparable.⁽¹¹⁾

Cuando no se reúnan las condiciones para aplicar los métodos ambulatorios o cuando no se disponga de dichos métodos se debe llevar a cabo una conización con bisturí.

Con independencia del método de tratamiento empleado, la paciente debe ser informada detalladamente acerca de lo que se hará. Se debe obtener el consentimiento informado antes de emprender el procedimiento⁽¹²⁾.

Monitoreo y evaluación

Un sistema de monitoreo y evaluación es esencial para determinar si un programa está cumpliendo con las metas y objetivos propuestos, y realizar acciones de mejoramiento si estas fueran necesarias. Asimismo, permite asegurar el uso eficiente de los recursos, y evaluar si los distintos componentes del programa están teniendo el impacto esperado.

Los indicadores de monitoreo permiten evaluar procesos. En el contexto de la prevención del cáncer de cuello de útero indican si los diferentes componentes claves del programa están adecuadamente organizados. Estos componentes son la base para poder ofrecer servicios de tamizaje y tratamiento de buena calidad y cumplir con metas como la alta cobertura o la alta tasa de tratamiento.

Los indicadores de resultado permiten medir la efectividad del programa, es decir si dichas metas se están cumpliendo y si en conjunto el programa logra reducir la incidencia y mortalidad.

Desde el Programa Nacional se ha diseñado el Sistema de Información para el Tamizaje (SITAM 1.0) que permite generar los indicadores de proceso y de resultados necesarios para el monitoreo y evaluación del Programa.

Dicho sistema permite llevar el registro de los procedimientos realizados por los distintos efectores, facilitando de esta manera el seguimiento de las mujeres en las distintas etapas del proceso de atención (tamizaje, diagnóstico, tratamiento).

Preguntas frecuentes

Acerca de la Enfermedad del Cáncer de Cuello de Utero

- ¿Que es el cáncer de cuello de útero?

Es una enfermedad que altera las células del cuello del útero. Si no se trata puede producir metástasis, y provocar la muerte de la mujer.

- ¿Cómo se produce?

El Cáncer de cuello de útero es causado por algunos tipos de VPH (Virus de Papiloma Humano).

El VPH es un virus muy común que se transmite generalmente a través de las relaciones sexuales. En la mayoría de los casos, el virus desaparece solo. Pero si la infección persiste, puede producir lesiones que con los años pueden convertirse en cáncer.

Generalmente pasar entre 10 y 20 años hasta de que las lesiones recancerosas se convierten en cáncer. Es por este motivo que se puede prevenir.

- ¿El cáncer de cuello de útero tiene síntomas?

Las lesiones precancerosas y el cáncer en sus estadios tempranos generalmente no producen síntomas. Si el cáncer está en estadios avanzados puede llegar a ocasionar perdidas.

- ¿El cáncer de cuello de útero se puede prevenir?

SI. El cáncer de cuello de útero se puede prevenir mediante la realización del Papanicolaou, o PAP.

Acerca del PAP

- ¿Que es el PAP?

El PAP es un examen que permite detectar células anormales o lesiones en el cuello del útero.

- ¿Como se hace el PAP?

- 1) Las mujeres se recuestan en la camilla ginecológica.
- 2) Un profesional introduce un pequeño aparato (especulo) en la vagina.
- 3) Se extrae con una espátula de madera una muestra de células del cuello del útero.
- 4) Se coloca la muestra en un vidrio para que pueda ser analizada en un laboratorio.

- ¿El PAP duele?

El PAP es una prueba sencilla que no produce dolor. Dura sólo unos minutos. Si bien puede causar algunas molestias es importante que la mujer esté tranquila y relajada durante la realización de la prueba.

(11) WHO, 2006.

(12) WHO, 2006.

- ¿El PAP es efectivo?

Sí. Se ha comprobado que el PAP realizado adecuadamente dentro de un programa de prevención organizado reduce en un 80% la incidencia y mortalidad por esta enfermedad.

- ¿Quiénes deben hacerse el PAP?

El Programa Nacional recomienda que todas las mujeres entre 35 y 64 años se realicen un PAP. Asimismo las mujeres mayores de 64 años que nunca se hayan hecho un PAP también deben hacerlo. No se recomienda realizar pap a mujeres menores de 25 años.

- ¿Cada cuánto tiempo debe una mujer hacerse un PAP?

Si durante dos años seguidos el PAP dio negativo, se recomienda hacer un PAP cada 3 (tres) años.

- ¿Si la mujer ya ingresó en la etapa de la menopausia tiene que hacerse un PAP?

Sí. El riesgo de desarrollar cáncer de cuello de útero aumenta con la edad. La mayor incidencia y mortalidad por esta causa se encuentra en las mujeres mayores de 50 años, por eso es importante que sobre todo las mujeres después de la menopausia se hagan un Pap

- ¿La mujer embarazada puede hacerse un Pap?

Sí, puede.

- Si nunca tuvo relaciones sexuales, ¿es necesario que la mujer se haga un Pap?

El Pap no está recomendado para las mujeres que no han tenido relaciones sexuales.

- ¿Dónde se puede hacer un PAP?

El Pap se realiza en los centros de salud y hospitales de todo el país.

- ¿Que significa un Pap negativo?

Significa que no se detectaron lesiones en el cuello del útero. Las células están sanas.

- ¿Que significa un PAP anormal o con alteraciones?

Significa que hay algún tipo de lesión que hay que controlar y en caso que sea necesario, tratar. Las lesiones de bajo grado en general no necesitan tratamiento. Se recomienda seguimiento con un PAP cada 6 meses. Para las lesiones de alto grado existen diferentes tipos de tratamiento, según la mujer y el tipo de lesión.

Acerca del HPV

- ¿Que es el HPV?

El Virus del Papiloma Humano (HPV por sus siglas en ingles) es un virus muy común, que se transmite generalmente a través de las relaciones sexuales. En la mayoría de los casos, el virus se cura de manera espontánea, pero si la infección persiste puede producir lesiones que con los años (entre 3 y 10 años) pueden progresar y transformarse en un cáncer. Existen alrededor de 100 tipos de HPV, de los cuáles aproximadamente 15 son cancerígenos. Es importante recordar que la infección por HPV no significa cáncer.

- ¿A quienes afecta?

El HPV afecta tanto a hombres como a mujeres.

- ¿El HPV se puede prevenir?

El uso del preservativo reduce la posibilidad de infección, pero no la elimina del todo, ya que el virus puede alojarse en zonas que no están protegidas por el preservativo. Se recomienda el uso del preservativo para prevenir otras infecciones de transmisión sexual.

- ¿El HPV tiene síntomas?

En general el HPV relacionado con el cáncer cérvico-uterino no tiene síntomas.

- ¿Si se detectan HPV, la pareja también tiene que realizar tratamiento?

No necesariamente. Se debe consultar con el médico cada caso en particular.

Acerca de la vacuna contra el HPV

- ¿Quiénes deben aplicársela?

La vacuna es profiláctica, no terapéutica. Es decir, previene infección y enfermedad consecuentes, pero no actúa sobre las infecciones existentes en el momento de la vacunación. Por ello, dicha vacuna alcanza máxima efectividad cuando es aplicada a las mujeres antes del primer contacto sexual. Se recomienda su aplicación en las jóvenes entre 9 y 12 años.

- ¿Es gratuita?

No, no está incluida en el calendario de vacunación

- ¿Por qué esta vacuna no está en el calendario de vacunación?

La vacuna no es considerada prioritaria para su incorporación en salud pública. Existen alrededor de 100 tipos de HPV, de los cuáles aproximadamente 15 son

cancerígenos. La vacuna contra el HPV previene la infección por dos de ellos (los virus 16 y 18), que son responsables de aproximadamente el 60-70% de los tumores de cuello de útero. Por lo tanto, la vacuna contra el HPV no exime a las mujeres de continuar con la prevención mediante el Pap. Este test sigue siendo fundamental para prevenir los tumores causados por los tipos de HPV que no cubre la vacuna, y para prevenir las lesiones malignas causadas por una infección existente en las mujeres sexualmente activas. Actualmente, nuestro país trabaja conjuntamente con organizaciones internacionales y países de la región para lograr la accesibilidad y la equidad en la utilización masiva de la vacuna contra el VPH.

- ¿Si la mujer tuvo HPV, la vacuna puede curarla?

No. La vacuna es una vacuna preventiva, no terapéutica.

- ¿Cuánto tiempo dura la inmunidad?

Aún no está determinado cuánto tiempo dura el efecto de la vacuna.

CONTACTOS PROVINCIALES

Referente	Dependencia	Domicilio	Teléfono	Mail
<i>Dra. Elvira Elena Guidí</i>	Programa Provincial de Prevención de Cáncer de Cuello Uterino - PROGEMA	Av 51 N° 1120 (e/17 y 18) La Plata	(0221) 429-2758 / 429-2759	progema@ms.gba.gov.ar
<i>Dra. Ana María Desvaux</i>	Oficina de Materno Infancia - Programa Provincial de Prevención y detección precoz de cáncer cervicouterino	Marcelo T. de Alvear 20 - 2° P - Resistencia	(03722) 45-2634 / 43-7398	msp_materno.salud@ecomchaco.com.ar
<i>Dra. Silvina I. Costa</i>	Dirección de Maternidad e Infancia	Gobernador Ruiz 2639 - Corrientes Capital	(03783) 475313	maternidadinfancia@arnet.com.ar
<i>Dra. Claudia Enrique</i>	Secretaría de Salud Pública Provincial	25 de Mayo 139 - Paraná	(0343) 4230649	cancerdecuellouterino@yahoo.com.ar
<i>Dra. Susana Inés Santillán</i>	Programa Provincial de Prevención de Cáncer Cérvico-uterino	Centro Administrativo Provincial - Av. Ortíz de Ocampo N° 1700 - La Rioja Capital	(03822) 453791	prodecaf@live.com.ar
<i>Dra. Yolanda Cisella</i>	Casa de Salud de la Mujer	Calle San Juan 504 - Mendoza Capital	(0261) 4251622 / 4203324	yocisella@gmail.com
<i>Dr. Raúl Claramunt</i>	Ministerio de Salud Pública. Pcia. De Misiones	Tucumán 2174 (Esq. Junín) - 2° P - Posadas	(03752) 447808	uepmisiones@hotmail.com
<i>Dra. Mónica Oppezzi</i>	Secretaría de Salud - Dirección de Programas	Fotheringham 121 - Neuquén Capital	(0229) 4495745 / 5761	monioppezzi@gmail.com
<i>Dra. Gabriela Perotti</i>	Programa de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana	Laprida 240 2° P - Viedma	(02920) 425607	salrep@salud.rionegro.gov.ar
<i>Dra. Andrea Seoane</i>	Programa de Oncología - Subprograma Prevención Cáncer Cérvico-uterino	Lerma 790 (Esq. Tucumán) - Salta Capital	(0387) 4960892/5	avseoane@hotmail.com
<i>Dra. Yolanda Martínez de Domínguez</i>	Maternidad e Infancia - Ministerio de Salud	Av. Belgrano Sur 2050 - Santiago del Estero	(03854) 22 6885	cacusgo@hotmail.com
<i>Dra. Albana Esteban</i>	Departamento de Maternidad e Infancia	Pellegrini 41 - Santa Rosa	(02954) 41 2324	msocial@lapampa.gov.ar
<i>Dra. Alicia Campanera</i>	Dirección de Maternidad e Infancia	Independencia 1016 - S. Salvador de Jujuy	(0388) 422 6727 / 2119	materjujuy@arnet.com.ar
<i>Dra. Claudia Goano</i>	Programa de Detección Precoz de Cáncer Génito-mamario		(11) 4634-0906	progcagenitomamario_caba@yahoo.com.ar
<i>Dr. Miguel Alejandro Marzonetto</i>		Héroes de Malvinas 110 - San Luis Capital	(02652) 452000 int 6510	alemarzo65@hotmail.com

CONTACTOS PROVINCIALES				
Referente	Dependencia	Domicilio	Teléfono	Mail
<i>Dra. María Soto</i>	Programa de prevención de Cáncer Cérvico-uterino	Centro de Salud San Francisco - José María Amor y Las Heras	(03717) 15570948	pro_ca.c.uterino@live.com
<i>Dra. Gladys Teresa Britez</i>	Pograma Materno Infantil	Salta 75 - Río Gallegos	(02661) 5642757/ (02966) 420494 int 8259	pmisantacruz@yahoo.com.ar
<i>Dra. Silvina Correa</i>	Programa Provincial de Oncología/ Sub-programa de prevención de cáncer de cuello uterino	Bv. Galvez 1563 Piso 1° Of. 15 - Santa Fe Capital	(0342) 4573521	pponcologiastafe@gmail.com
<i>Lic. Rosario Gandarillas</i>	Programa Provincial de Prevención de Cáncer Cérvico-uterino	Leopoldo Lugones Casa 7 Piso 1° - Ushuaia	(02901) 424856	rosariogandarillas1@hotmail.com
<i>Dra. Silvia Holgado Colombo</i>	Programa Provincial de Detección de Cáncer cervical-uterino de Tucumán	Lamadrid 870 - Tucumán	(0381) 4311208 int 117	silviaholgado@hotmail.com
<i>Dr. Ricardo D. Alvarez</i>	Dirección Provincial de Maternidad, Infancia y Adolescencia	San Martín 696 - Rawson	(02965) 427895	secretaria_materno_tw@hotmail.com
<i>Dra. Claudia Noriega</i>	Departamento de Maternidad e Infancia - Programa Provincial de Prevención de Cáncer cérvico-uterino	Centro Cívico 3° Piso - Calle Libertador y España	(0264) 4305543 Cel. (0264) 155057862	claudianoriega_70@hotmail.com clnoriega@uolsinetis.com.ar
<i>Dra. Beatriz Fernández</i>		Av. Vélez Sarfield 2311 Complejo Pablo Pizzurno Area Celeste	(0351) 4688627 Fax: (0351) 4688674	

Coordinadora Ejecutiva: Dra. Rosa Laudi

Coordinadora Científica: Dra. Silvina Arrossi

Tel: 4383 9040 int 203 o 204

Mail: ppcc@sps.gov.ar

Pag. Web: www.msal.gov.ar

Miembros del Consejo Asesor

Lic. Faur, Eleonor - UNFPA (Fondo de Población de Naciones Unidas en Argentina)

Dr. Gueglio, Ricardo J. - Sociedad Argentina de Patología del Tracto Genital Inferior y Colposcopia

Dra. Moreira, Marcia - OPS/OMS (Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la OMS)

Dr. Moreno, Adrián - SAC (Sociedad Argentina de Citología) - Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas

Dr. Mural, Juan - Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas

Dr. Escoto, Luis Alberto - OPS/OMS (Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la OMS)

Dra. Picconi, María Alejandra - Instituto Dr. Carlos G. Malbrán

Dra. Roth, Berta - Instituto de Oncología Angel H. Roffo

Dr. Tatti, Silvio - Hospital de Clínicas José de San Martín

Dra. Vighi, Susana - Hospital de Clínicas José de San Martín

Referencias:

(1) Bosch FX, Lorincz A, Munoz N, Meijer CJ, Shah KV. The causal relation between human papillomavirus and cervical cancer. *J Clin Pathol* 2002.

(2)-(11)-(6)-(8) IARC. IARC Handbooks of Cancer Prevention, Volume 10, Cervix Cancer Screening. IARC Press, Lyon, 2005.

(3) Castellsagué X, Díaz M, de Sanjosé S, Muñoz N, Herrero R, Franceschi P, Rosanna, Peeling RW, Ashley R, Smith J S., Snijders P J. F, Chris, Meijer C, F, Bosch. Worldwide Human Papillomavirus Etiology of Cervical Adenocarcinoma and Its Cofactors: Implications for Screening and Prevention For the International Agency for Research on Cancer Multicenter Cervical Cancer Study Group. 2006.

(4) Matos E, Loria D, Amestoy G, Herrera L, Prince M, Moreno J, Krunfly C, Van den Brule A, Meijer C, Muñoz N, Herrero R y Grupo de colaboradores del Proyecto Concordia. Prevalence of Human Papillomavirus Infection Among women in Concordia, Argentina. A Population -Based Study Sexually Transmitted Diseases. 2003.

(5) Moscicki AB, Schiffman M, Kjaer S, Villa LL. Updating the natural history of HPV and anogenital cancer. *Vaccine*. 2006 Aug 31;24 Suppl 3:S3/42-51).

(7)-(13)-(14) WHO (World Health Organization), Comprehensive Cancer Control. A guide to essential practice, WHO, Ginebra, 2006.

(9) Anderson G. H., Boyes D. A., Benedet J. L., Le Riche J. C., Maticic J. P., Suen K. C., Worth A. J., Millner A., Bennett O. M., "Organization and results of the cervical cytology screening programme in British Columbia, 1955-85", *British Medical Journal (Clin Res Ed)*. 1988, 296 (6627): 975-978

(9) Anttila A. y Nieminen P., "Cervical cancer screening programme in Finland", *European Journal of Cancer*, 2000, 36 (17):2209-2214.

(9) Devesa S. S., Young J. L., Brinton L. A., Fraumeni J. F., "Recent Trends in Cervix Uteri Cancer", *Cancer*, 1989, 64(10): 2184-2190

(10) Resolución 608 / 2004 del Ministerio de salud de la Nación

(11) Miller A. B., Nazeer S., Fonn S., Brandup-Lukanow A., Rehman R., Cronje H., Sankaranarayanan R., Koroltchouk V., Syrjanen K., Singer A., Onsurd M., "Report on consensus conference on cervical cancer screening and management", *International Journal of Cancer*, 2000, 86:440-447.

(11) Miller A. B., "Quality assurance in screening strategies", *Virus Research*, 2002, 89(2):295-299.

(12) ACCP (Alliance for Cervical Cancer Prevention). Planificación y aplicación de los programas de prevención y control del cáncer cérvico-uterino: Manual para gestores. 2004.

SECRETARIA DE CULTURA

Sistema de Información Cultural de la Argentina

El Sistema de Información Cultural Argentino constituye un servicio que facilita la puesta en valor de cada sector cultural, a partir de la difusión de referencias culturales, ofertas pública, privada y de organizaciones comunitarias, y puntos de venta y variables socioambientales, destinado a mejorar la política cultural. El SInCA se ha transformado así en una herramienta indispensable para el diseño e implementación de políticas públicas de alto alcance e impacto.

Introducción

La Secretaría de Cultura se encuentra desarrollando un sistema integrado de información cultural de alcance nacional y federal, compuesto de cuatro secciones de relevamiento, medición y procesamiento de la información cultural: la generación continua de Estadísticas Culturales, la producción de un Mapa Cultural de la Argentina, el relevamiento de diferentes aspectos de la Gestión Pública Cultural, la construcción de una Centro de Documentación sobre economía cultural, y la difusión de distintos materiales a través de Publicaciones especializadas.

Tal como quedó plasmado en la Declaración de Mar del Plata, firmada el 27 de agosto de 2006 por las máximas autoridades del área y como conclusión del Primer Congreso Argentino de Cultura, la institucionalidad cultural debía contar con un Sistema Nacional de Información Cultural que ofreciese un conocimiento exhaustivo y riguroso sobre las prácticas, hábitos y desarrollos culturales. En tal sentido, en pocas semanas surgió el SInCA, una herramienta indispensable para el diseño e implementación de políticas públicas de alto alcance e impacto.

En casi tres años de vida, el SInCA ha logrado construir una masa crítica de datos, disponible en Internet, de acceso libre y permanente actualización, a partir de la cual es posible acceder a información múltiple sobre industrias y espacios culturales, patrimonio, rutas culturales y fiestas populares de todo el país. A través de sus cinco secciones de trabajo, el SInCA ofrece más de 34 mil registros, 100 mapas interactivos, 500 leyes culturales, 110 cuadros y gráficos y 950 artículos periodísticos, entre otros elementos. De este modo, el SInCA es un servicio público y, a la vez, una herramienta que facilita la puesta en valor de cada sector cultural, a partir de la difusión de referencias culturales, oferta pública, privada y de organizaciones comunitarias, puntos de venta y variables socioambientales, con la cual mejorar la política cultural.

La información publicada por el SInCA se construye con cada provincia, por lo que la cooperación de las gestiones culturales provinciales garantiza la generación de un sistema de información de calidad, democrático y con una fuerte impronta federal.

Estadísticas Culturales

Estadísticas Culturales es el área del SInCA cuyo objetivo es procesar y brindar la información disponible sobre la dimensión económica y social de la cultura. Dicha información es construida y presentada a través de tablas y gráficos con criterios de actualización, precisión y claridad. Se trata de estadísticas generadas por fuentes públicas y privadas vinculadas a cada subsector de la cultura, que construyen datos insoslayables a la hora de conocer la espesura de la economía cultural.

Con este objetivo, se puede acceder a la información en las áreas culturales de manera desagregada o a través del buscador. La sección Estadísticas Culturales genera, procesa, sistematiza y/o reelabora datos generados por el propio SINCA, a través de la Cuenta Satélite de Cultura y de investigaciones propias, sobre un ámbito o problemática cultural específica⁽¹⁾.

Además, se utilizan fuentes primarias de entidades públicas, públicas no estatales o privadas que se construyen regularmente del ámbito nacional (INDEC, INCAA, SICA, CAL, CAPIF, IVC, AAER, etc.) o internacional (UNESCO, IFPI, RECAM, IWS, etc.)⁽²⁾. Dado que las fuentes empleadas suelen utilizar diferentes criterios en sus mediciones (variables y unidades relevadas, fuentes consultadas), todos los cuadros y gráficos contienen las aclaraciones correspondientes.

(1) Las investigaciones elaboradas con un fin específico y toda aquella información que pueda obtenerse a través de los artículos periodísticos que conforman el Centro de Documentación del SInCA: <http://sinca.cultura.gov.ar/sic/hemeroteca/index.php>

(2) El listado de las instituciones que brindan información puede consultarse en: [http://sinca.cultura.gov.ar/sic/Cooperantes del SInCA.pdf](http://sinca.cultura.gov.ar/sic/Cooperantes%20del%20SInCA.pdf)

Mapa Cultural de la Argentina

El Mapa Cultural de la Argentina dimensiona geográficamente al conjunto de instituciones, actores y prácticas culturales del país, presentando la información de manera dinámica e interactiva. El Mapa Cultural permite seleccionar y comparar simultáneamente, según distintos intereses y necesidades, información cultural y datos socio-demográficos (educación, salud, tecnología, pobreza, etc.) en cada provincia y en las ciudades de Buenos Aires, Córdoba, Rosario, Mendoza y Tucumán.

A través del Mapa Cultural hoy sabemos que en Argentina existen 500 cines, más de 548 editoriales de libros y 130 sellos musicales. A lo largo de su territorio, se emplazan más de 8.700 kioscos de diarios y revistas y 2411 librerías. Existen más 928 museos, 2.200 bibliotecas populares, 870 monumentos y lugares históricos, 2.800 espacios de exhibición teatral, 1.781 radios y 2.600 festivales y fiestas populares en todo el país.

Gestión Pública en Cultura

El SInCA se recopila datos y realiza análisis sobre diferentes aspectos de la gestión cultural, tanto a escala nacional como provincial, lo cual permite fortalecer las gestiones de los diferentes niveles de gobierno y posibilita aunar esfuerzos en función de metas comunes, así como aprender de las experiencias atravesadas por otras gestiones.

De este modo, se trabaja sobre:

1. Marco legislativo vigente, en los más diversos ámbitos o esferas de la cultura (patrimonio, promoción de las artes y letras, apoyo a pequeños productores, etc.);
2. Presupuesto destinado a cultura, desagregado según jurisdicción;
3. Estructura Institucional, de cada uno de los organismos de cultura de todo el país;
4. Programas culturales, actualizando y perfeccionando progresivamente el Directorio Federal de Programas Culturales.

Centro de Documentación

La dimensión económica de la infraestructura, los espacios, las actividades y prácticas culturales, y en particular el desarrollo de las industrias culturales y las diferentes realidades de sus subsectores, aparecen en la actualidad como temáticas de interés creciente. Con el fin de ofrecer un panorama sobre el alcance de la Economía Cultural en las diferentes regiones de nuestro país, el SInCA ha creado el Centro de Documentación, en donde se pueden encontrar artículos periodísticos, documentos de política cultural y una recopilación de investigaciones específicas.

El valor económico de la Cultura

Desde su creación en 2006, el SInCA ha compilado, validado y generado un volumen de información altamente significativo. Con el objetivo de democratizar el acceso a dicho material mediante la ampliación de los formatos de divulgación, se han desarrollado una serie de publicaciones sobre diversas temáticas. Mensualmente, se publica en versión electrónica la hoja de noticias Punto Panorámico, que ofrece información sintética y actualizada sobre las industrias culturales en Argentina y el mundo. Cada dos meses, por su parte, se presenta el informe Click, que trabaja en profundidad y con un lenguaje sencillo, diversos aspectos la economía y la política cultural. Finalmente, con una frecuencia trimestral, se presenta el informe Coyuntura Cultural, el cual brinda estadísticas actualizadas sobre aspectos productivos de la cultura.

Según la última edición de Coyuntura Cultural, el PBI Cultural atravesó en el 2007 su cuarto año de crecimiento consecutivo, llegando a representar el 2,98% del PBI nacional. Más adelante, en este mismo artículo, se amplían esta información ⁽³⁾.

El comercio exterior de bienes culturales, por su parte, mostró en el 2008 su cuarto año consecutivo de déficit externo, sostenido por un estancamiento relativo de las exportaciones y un crecimiento sistemático de las importaciones.

Además, según la misma información, el continente americano es el destino del 75% de las exportaciones culturales, pero solo es el origen del 25% de las importaciones. Así se configura la circulación asimétrica en el comercio exterior de bienes culturales.

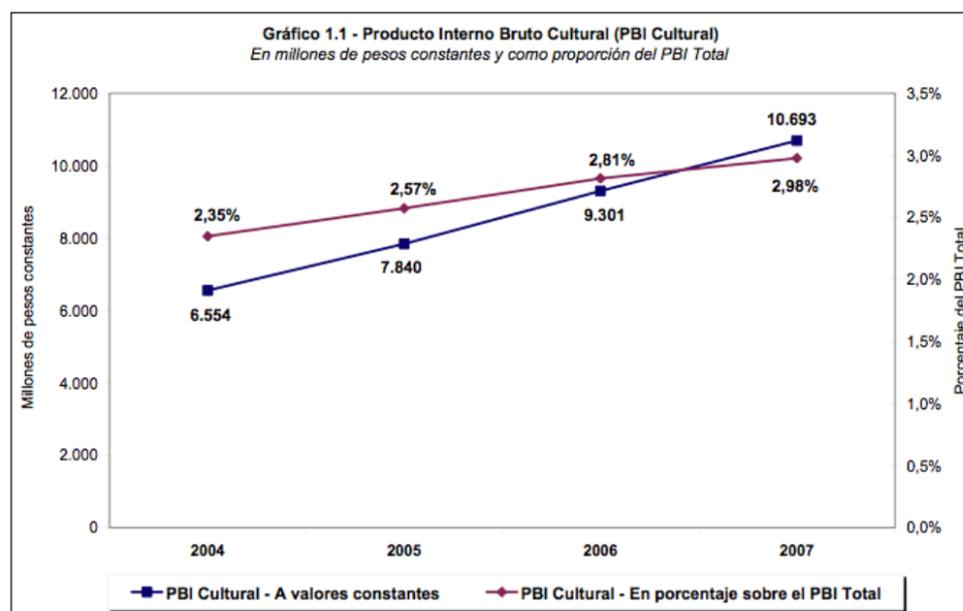
El PBI Cultural ⁽⁴⁾

En el Gráfico 1.1 se presentan los datos correspondientes al Producto Bruto Interno Cultural (PBI Cultural), para el período 2004-2007. Los mismos permiten observar que 2007 es el cuarto año consecutivo de crecimiento de las actividades culturales, que han llegado a representar en ese año 10.693 millones de pesos a valores constantes.

El crecimiento en valores absolutos del PBI Cultural ha ido acompañado, en este período, por un crecimiento de su impacto sobre la producción total, llegando a representar en el año 2007 el 2,98% de todo lo producido en el país. Esto se explica por las elevadas tasas de crecimiento porcentual interanual de este sector, superiores a las observadas en el PBI Nacional.

(3) Para más información, se recomienda el boletín electrónico trimestral del SInCA Coyuntura cultural, que informa y actualiza sobre la evolución de variables económicas referidas al funcionamiento de las actividades culturales, disponible en: <http://sinca.cultura.gov.ar/sic/publicaciones/pperiodicas/cc.php>

(4) Los datos referidos al PBI Cultural han sido extraídos del proyecto "Cuenta Satélite de Cultura", que de manera conjunta están implementando la Secretaría de Cultura de la Nación, a través del Sistema de Información Cultural de la Argentina (SInCA), y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), a través de la Dirección Nacional de Cuentas Nacionales.



Fuente: elaboración propia en base a datos del INDEC

Cuadro 1.1 - Producto Interno Bruto Cultural (PBI Cultural)

	2004	2005	2006	2007
PIB Cultural				
Millones de pesos a precios constantes (93)	6.554	7.840	9.301	10.693
PIB Cultural				
Crecimiento porcentual interanual	-	19,6%	18,6%	15,0%
PBI Total				
Crecimiento porcentual interanual	9,0%	9,2%	8,5%	8,7%
PIB Cultural				
En porcentajes sobre el PIB Total	2,35%	2,57%	2,81%	2,98%

Fuente: elaboración propia en base a datos del INDEC

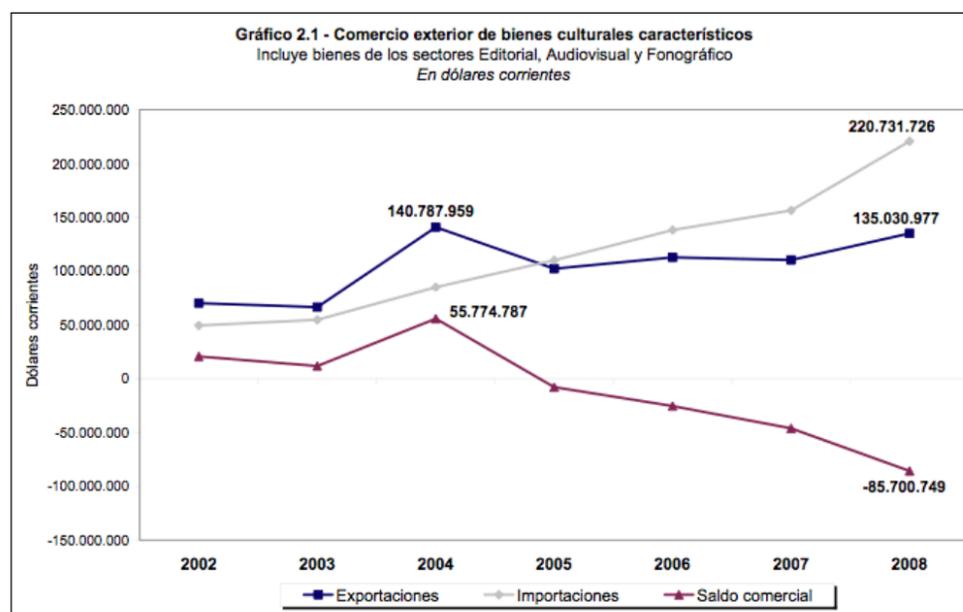
Comercio exterior de bienes culturales

En el Gráfico 2.1 se presentan los datos correspondientes a las exportaciones, las importaciones y la balanza comercial de bienes culturales característicos para el período 2002-2008.

Las exportaciones presentan una evolución dispar. Durante los primeros años (2002 y 2003) los volúmenes comercializados son bajos y decrecientes. En el 2004, en cambio, se detecta un crecimiento significativo, que lleva los niveles al punto más alto del período: superiores a los 140 millones de dólares. Al año siguiente, no obstante, se observa una caída en los totales exportados, que recién se recuperan en el año 2008, situándose alrededor de los 135 millones de dólares.

El caso de las importaciones es más lineal: evolucionan de manera ascendente y sostenida a lo largo de todo el período, con una aceleración significativa en el año 2008. Así, los volúmenes pasan de montos cercanos a los 50 millones en el 2002 a valores superiores a los 220 millones en el 2008.

De la combinación de estas dos variables resulta la balanza comercial cultural. Esta comienza el período con valores positivos, que se prolongan hasta el año 2004, en que el pico de exportaciones determina un superávit superior a los 55 millones de dólares. No obstante, la evolución oscilante de las exportaciones y el crecimiento sostenido de las importaciones explican que, a partir de 2005, la balanza comercial cultural muestra resultados recientemente negativos, que llegan a los 85 millones de dólares en 2008.



Fuente: elaboración propia en base a datos del INDEC

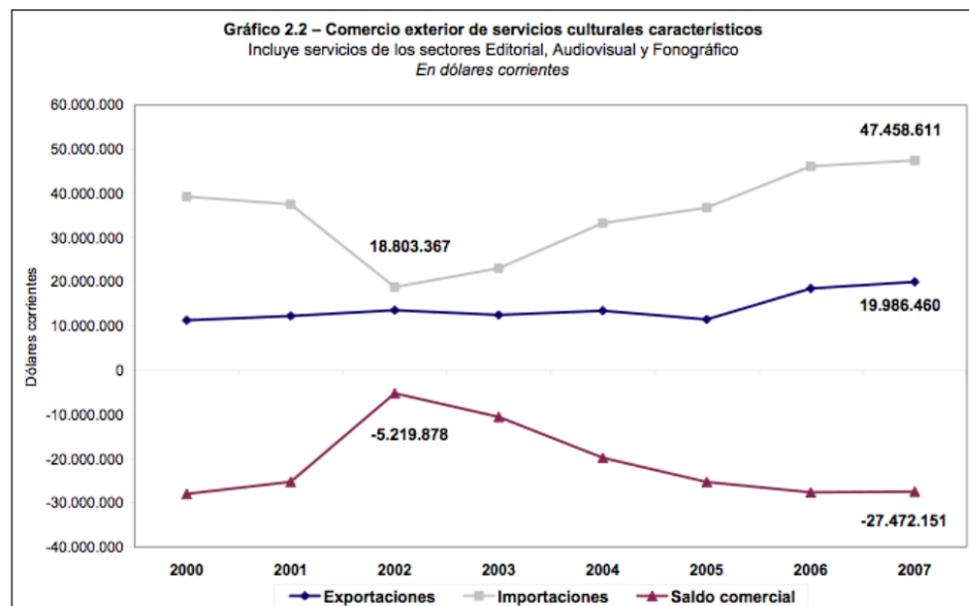
En el Gráfico 2.2 se presentan los datos correspondientes a las exportaciones, las importaciones y la balanza comercial de servicios culturales característicos para el período 2000-2007.

En relación a las exportaciones de servicios culturales, se observa un estancamiento en el período 2002-2005, en que los valores se ubican alrededor de los 12 millones de

dólares. En los últimos dos años registrados, en cambio, los volúmenes exportados aumentan hasta llegar a los 20 millones de dólares.

En el caso de las importaciones, los montos comercializados son significativamente mayores, ya que se acercan en el año 2000 a los 40 millones de dólares. La devaluación del 2002 impacta negativamente sobre este rubro, deprimiendo los montos importados hasta llevarlos a 18 millones de dólares. No obstante, de allí en adelante los valores ascienden sistemáticamente, llegando a los 47 millones de dólares en el 2007.

La balanza comercial de servicios culturales es deficitaria a lo largo de todo el período analizado. El déficit es menor en el año 2002, coincidentemente con la caída en las importaciones, pero crece al ritmo de las importaciones hasta ubicarse en 27 millones de dólares en el 2007.

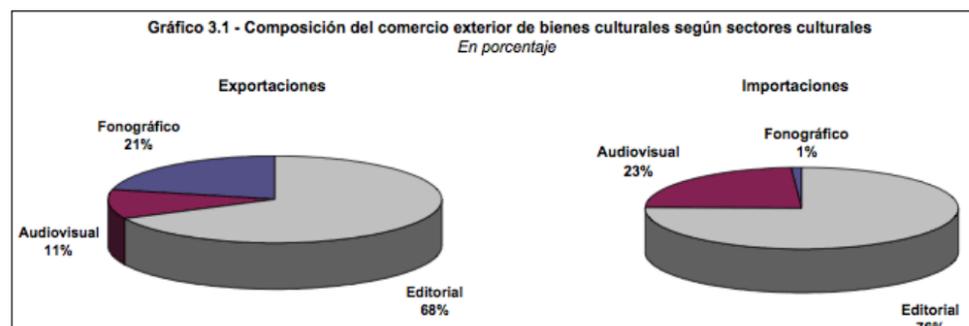


Fuente: elaboración propia en base a datos del INDEC

La composición del comercio exterior

El gráfico 3.1 presenta la composición de las exportaciones e importaciones de bienes culturales del año 2008, según éstas pertenezcan al sector editorial, al audiovisual o al fonográfico. Lo primero que se destaca es la fuerte preeminencia del sector editorial, que representa, tanto en las exportaciones como en las importaciones, cerca del 70% de los totales intercambiados.

El sector audiovisual representa una parte importante de las importaciones (casi el 25%), pero su participación disminuye significativamente en las exportaciones, donde apenas supera el 10%. El sector fonográfico, por último, muestra un comportamiento inverso al sector audiovisual: impacta significativamente en las exportaciones (21%), pero prácticamente no tienen incidencia en las importaciones, donde apenas constituye el 1% del total.



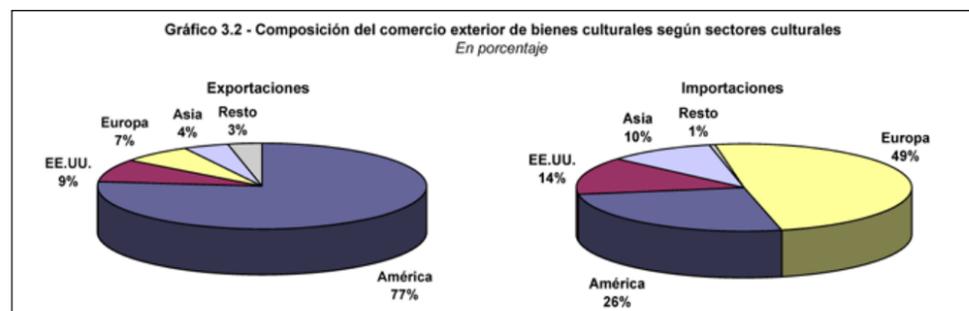
Fuente: elaboración propia en base a datos del INDEC

Destino y origen de los bienes culturales

El gráfico 3.2 presenta una desagregación del comercio exterior de bienes culturales según el origen y el destino de estas transacciones.

Dentro de las exportaciones, es notorio el predominio del continente americano (excepto EE.UU.) como destino de los bienes culturales producidos en el país, ya que hacia allí se dirige el 77% del total exportado. EE.UU. es el segundo destino en importancia, recibiendo un 9% de los montos exportados, y seguido por Europa, con un 7%.

El panorama cambia significativamente al observar las importaciones. En este caso es Europa la región que sobresale, ya que desde allí provienen aproximadamente la mitad de los bienes importados. América (excepto EE.UU.) pierde protagonismo, ya que es el origen de los totales importados. EE.UU. y Asia siguen en importancia, con un 14% y un 10% respectivamente.



Fuente: elaboración propia en base a datos del INDEC

Para mayor información dirigirse a:

Sistema de Información Cultural de la Argentina

Sede Monserrat. Alsina 1169 2 Piso

[C1088AAD] Ciudad de Buenos Aires. Argentina.

[+54] +114382-0838 | sinca@cultura.gov.ar

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL

SECRETARIA DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales

Los Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia contienen, entre otros, principios generales para la promoción, la prevención y la permanencia del niño, niña o adolescente en su ámbito familiar; de intervención respecto de niños, niñas o adolescentes incluidos en ámbitos de cuidado familiar alternativo; y para el desarrollo de acciones permanentes y sistemáticas tendientes a la "desinstitucionalización" de niños, niñas y adolescentes.

Introducción

El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia aprobó hace dos años el documento titulado "Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales".

Dicho documento es fruto de un intenso debate iniciado en el mes de noviembre del año 2006 durante las "Primeras Jornadas sobre Niños Carentes de Cuidados Parentales" y que fuera proseguido por el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia desde su fundación el 15 de Diciembre 2006, donde se aprobó la siguiente declaración:

En cumplimiento del mandato de la Ley N° 26.061 en su Capítulo II, las autoridades de los órganos de protección de derechos de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, constituyen y fundan el CONSEJO FEDERAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, dando un paso histórico en lo que se refiere a políticas de infancia en la REPUBLICA ARGENTINA.

La reconstrucción de una Argentina devastada por la persistente aplicación de las políticas inspiradas en el neoliberalismo debe fundarse en la perspectiva del pleno respeto a los derechos humanos, sociales, económicos, culturales y políticos, considerando que la paz social, el respeto a la ley, a la defensa de la vida y la dignidad son derechos inalienables de todos los argentinos.

La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes no puede entenderse con independencia de las condiciones generales del acceso a los derechos del conjunto de los ciudadanos en el desarrollo histórico de la sociedad. Habida cuenta del deterioro constante de aquellas, a partir del proceso iniciado en 1976 por la dictadura militar y del impacto sufrido luego de la profunda crisis de 2001 que agravara de manera inédita los padecimientos de amplios sectores de la población, la tarea de reconstruir desde los cimientos el acceso pleno a la ciudadanía para nuestra infancia es un desafío de primer orden.

Sabemos que el Estado debe actuar como principal responsable en la reparación de las desigualdades sociales en un trabajo permanente de integración e inclusión, creando oportunidades para el acceso universal e igualitario a la educación, la salud, la vivienda, promoviendo el progreso social en el esfuerzo y el trabajo de cada uno. Nuestras políticas de desarrollo social deben reconocer a la familia como eje de inclusión social y a las personas en tanto ciudadanos y actores partícipes, no como beneficiarios pasivos.

La protección de la infancia requiere de la planificación y ejecución de políticas y acciones intersectoriales y multidisciplinarias que atraviesen el conjunto de las áreas gubernamentales en todos los niveles y también del compromiso y la participación de la sociedad toda en realizar los máximos esfuerzos para el cuidado de la niñez y la adolescencia.

Con la nueva Ley 26061 y sus decretos reglamentarios nos encaminamos al abordaje de las políticas de infancia reconociendo a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, abandonando la vieja doctrina de la situación irregular y las prácticas tutelares.

Las autoridades de infancia abajo firmantes, reunidas en el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, ratificamos nuestro compromiso de:

- Profundizar el proceso de transformación institucional y la promoción de adecuaciones normativas a nivel nacional, de las provincias y municipios, de manera que nuestras instituciones y marcos jurídicos sean armónicos y respetuosos de los derechos, principios y garantías consagrados en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.*
- Adoptar formas organizativas en todos los niveles de la administración, que aseguren un vigoroso sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que promueva el acceso universal a derechos y tenga capacidad de acción efectiva y adecuada ante la amenaza o vulneración de los mismos, reconociendo en nuestras intervenciones las particularidades de cada comunidad.*
- Promover la participación de la comunidad a través de las organizaciones de la sociedad, en la elaboración y ejecución de las políticas de promoción, prevención*

y/o restitución de derechos, y el ejercicio del derecho a ser oído y el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes.

- d) *Reforzar los procesos de revisión y transformación de las prácticas institucionales para con los niños, niñas y adolescentes, ajustándolas al modelo de la protección integral, evitando la superposición de los esfuerzos, la duplicación de las estructuras, la extemporabilidad de objetivos, para así unificar, articular y optimizar recursos y circuitos administrativos. Elaborar estándares mínimos de calidad de asistencia, protocolos de intervención y sistemas de registro para las áreas de infancia, con particular énfasis en lo relacionado a niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales.*
- e) *Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores ajustados a la Doctrina de la Protección Integral para las instituciones públicas y privadas que brindan asistencia directa a niñas, niños y adolescentes.*
- f) *Establecer un sistema federal de evaluación y monitoreo, basado en instrumentos de generación y recolección de información compatibles para todas las jurisdicciones.*
- g) *Realizar intercambios entre las jurisdicciones para la capacitación y asistencia técnica en los dispositivos públicos o privados que permitan a todas las jurisdicciones contar con los recursos y dispositivos que le sean necesarios para promoción, prevención y/o restitución de derechos.*
- h) *Priorizar con particular urgencia los esfuerzos mancomunados dirigidos a la protección de la infancia y la adolescencia víctima de delitos y enfrentar de manera coordinada aberraciones como la trata, el tráfico, o la explotación sexual y la pornografía infantil, así como las problemáticas vinculadas a migraciones, trabajo infantil y toda otra violación de derechos fundamentales.*

Cabe señalar que en el proceso de elaboración de los Lineamientos Nacionales en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes Carentes de Cuidados Parentales se contó con la amplia participación de funcionarios, profesionales y técnicos de la Nación y de todas sus provincias, quienes subrayaron el compromiso de actualizar periódicamente el documento aprobado.

Lineamientos

1.- Principios generales para la promoción, la prevención y la permanencia del niño, niña o adolescente en su ámbito familiar

- a. Las familias son responsables en forma prioritaria de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.
- b. A fin de garantizar el acceso de los niños al goce de sus derechos y en aras de efectivizar su participación ciudadana, en lo que tiene que ver con las responsabilidades gubernamentales, deberá privilegiarse su acceso y permanencia en las políticas, programas y/o servicios públicos de alcance masivo o universal.
- c. El conjunto de las políticas públicas —educativas, sanitarias, de seguridad social, de seguridad alimentaria, etc— deben contemplar, tanto en su diseño como implementación, al fortalecimiento de las familias a fin de garantizar la efectivización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Deberá propiciarse la mayor autonomía de las familias como grupos sociales, fortaleciéndolas en su capacidad de proteger los derechos de sus miembros.
- d. Las áreas o servicios de protección especial de derechos de la infancia y adolescencia deben intervenir de manera subsidiaria, en aquellas circunstancias en que las familias, la comunidad y el resto de las acciones gubernamentales no logren garantizar el acceso de los niños, niñas y adolescentes al efectivo ejercicio de sus derechos.
- e. Cuando las familias no puedan garantizar adecuadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los organismos estatales y la sociedad civil deben desarrollar acciones de colaboración y asistencia apropiadas para que ellas mismas puedan afrontar sus responsabilidades y obligaciones. Toda estrategia de intervención debe concebir al niño, niña o adolescente como un sujeto único, con una particular historia y situación personal y familiar, debiendo las medidas de protección ser adecuadas a su interés superior.
- f. A los fines de la elaboración y/o ejecución de políticas y acciones de fortalecimiento familiar se tendrá presente un concepto amplio de familia, reconociéndose como tal, además de los progenitores, al núcleo o grupo de personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, (o con otros miembros de la familia ampliada). Asimismo deberá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para el niño, niña o adolescente vínculos significativos, afectivos y positivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.
- g. Tanto en las políticas de carácter general como en las específicas de protección de derechos, debe propenderse a la descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia; a una gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles (en coordinación con las expresiones de la comunidad) y a la promoción de redes intersectoriales locales.
- h. En el diseño de los sistemas locales de protección debe involucrarse la intervención de todas las áreas de ejecución de políticas inherentes a la infancia, —salud, educación, desarrollo social, cultura, deportes, justicia, incluyendo la capacitación de políticas en materia de seguridad, etc.— con la participación activa de todos los sectores de la sociedad civil a través de sus propias modalidades organizativas. Para estos fines el trabajo intersectorial y la gestión asociada a nivel comunitario brindarán los soportes y apoyos necesarios y específicos para cada realidad.

- i. En las acciones de atención a grupos familiares con dificultades en la crianza de niños, niñas y adolescentes deberá realizarse una evaluación socio-familiar que brinde una dimensión integrada de la realidad a abordar, para poder planificar y construir en conjunto con la familia —promoviendo la participación de los niños, niñas y adolescentes— y desde su comunidad todas las estrategias de apoyo necesarias, frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos.
- j. Todas las medidas de protección implementadas deben dar cuenta de estrategias de intervención que contemplen resultados, plazos y logros obtenidos, de tal forma que no se conviertan en un fin en sí mismo. Cuando las situaciones de amenaza o vulneración de derechos detectadas no se modifiquen deberán buscarse alternativas de trabajo dentro del grupo familiar y desde los apoyos comunitarios.

2.- Principios generales a tener en cuenta frente a la adopción de una medida de separación del niño, niña o adolescente de su ámbito familiar

- a. Se entenderá que el interés superior del niño, niña o adolescente exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias de extrema gravedad que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño, niña o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño. Las medidas excepcionales se adoptarán con el mayor grado de participación que resulte posible por parte del niño, niña o adolescente y sus progenitores.
- b. El órgano local de protección de derechos con competencia para adoptar medidas excepcionales deberá encontrarse claramente identificado y deberán existir normas que regulen específicamente sus procedimientos. El mismo deberá contar con equipos especializados para intervenir en aquellas situaciones en que un niño, niña o adolescente deba ser separado de su medio familiar, proponiendo las medidas a adoptar, así como su modalidad, sus objetivos y los plazos estimativos de ella. Asimismo, una vez ejecutada la medida, el órgano administrativo, deberá supervisar la ejecución de ella, llevando un adecuado registro de los niños, niñas y adolescentes incluidos en las diferentes modalidades de cuidado, sean estos familiares o institucionales, gubernamentales o no gubernamentales.
- c. Cuando fuere imprescindible separar al niño, niña o adolescente de su familia, se implementarán todas aquellas estrategias tendientes a la localización de grupos familiares cercanos a su grupo de origen y ámbitos familiares que sean relevantes y significativos para el desarrollo dentro de su medio social-comunitario.
- d. Todo cuidado alternativo será de carácter transitorio, como medida de protección que brinde la oportunidad al niño, niña o adolescente y su familia de recibir los cuidados necesarios al tiempo que se desarrollan acciones orientadas a su reinserción familiar, o bien cuando ello no sea posible, definir proyectos personales que incluyan ámbitos familiares estables y definitivos. Consecuentemente no se trata de medidas sustitutivas del grupo familiar de origen y, salvo excepciones debidamente fundadas, deberá promoverse la vinculación del niño, niña o adolescente con sus progenitores y demás familiares.
- e. Se deberá procurar que la separación del niño del medio familiar no implique su alejamiento de todo el entorno afectivo, social y comunitario de origen.
- f. Los niños de hasta 5 años sólo excepcionalmente pueden ser incluidos en cuidados alternativos en ámbitos institucionales.

3.- Principios generales de intervención respecto de niños, niñas o adolescentes incluidos en ámbitos de cuidado familiar alternativo

- a. El acogimiento en ámbitos familiares alternativos se concibe como una opción prioritaria a ámbitos institucionales para garantizar los cuidados y desarrollo del niño, niña o adolescente, mientras se desarrollan e implementan acciones para superar las limitaciones, obstáculos o dificultades en el seno de su propia familia. Se trata de procesos y/o instancias de orden excepcional y de uso restrictivo para la reparación y restitución de derechos cuyos ejes son la transitoriedad y el trabajo socio-familiar hacia la superación de las causas que motivaron la separación del grupo familiar.
- b. En relación con las políticas de acogimiento, se contemplarán todas las modalidades que los usos y costumbres locales tengan como propios (familias cuidadoras, solidarias, padrinzgos, etc). En casos de niños y niñas pequeños —especialmente aquellos comprendidos dentro del período de la primera infancia— sólo excepcionalmente podrán adoptarse cuidados en ámbitos no familiares. Cuando se trate de hermanos se procurará mantenerlos unidos en la en la convivencia.
- c. Esta modalidad de protección debe proporcionar una atención personalizada y de vida en familia, satisfaciendo los derechos básicos de provisión, salud, educación, protección y participación de los niños; y facilitando su reinserción familiar y social.
- d. Las familias que se postulen para asumir la función de ámbitos familiares alternativos deben pasar por un proceso de selección, evaluación y preparación para el acogimiento de niños, niñas o adolescentes, teniendo como objetivo garantizar el bienestar integral de los mismos.
- e. Las familias que tomen la responsabilidad del acogimiento transitorio deben recibir acompañamiento de equipos profesionales que capaciten, supervisen y evalúen de manera permanente su funcionamiento, estableciendo procesos de trabajo con la familia del niño, niña o adolescente para restablecer las condiciones que le permitan regresar a vivir con ella, o bien, cuando ello no sea posible, formular respuestas y/o propuestas estables y definitivas, en el menor plazo posible.
- f. En el proceso de inclusión del niño, niña o adolescente en cuidados familiares alternativos resulta de vital importancia la entrevista al mismo y a algún adulto fa-

miliar significativo para él, como parte del proceso de acogida y calificación de la vulneración, a fin de incorporar sus particulares puntos de vista respecto a lo que viven como familia, y acerca de las posibles soluciones, en base a sus recursos familiares y sociales. Asimismo, la participación activa del niño, niña o adolescente y su opinión, deberá ser promovida y primordialmente tenida en cuenta en todo el proceso.

4.- Principios generales de intervención respecto de niños, niñas y adolescentes incluidos en ámbitos de cuidados institucionales

- La ausencia temporal de ámbitos de cuidado familiar, razones de urgencia y necesidades específicas impuestas por el interés superior del niño, niña o adolescente pueden aconsejar la utilización de dispositivos institucionales, como eslabón del proceso de restitución de derechos. Por su carácter excepcional, se recurrirá a dichos cuidados cuando las anteriores intervenciones se hayan agotado sin arrojar resultados positivos según lo requiera la situación del niño, niña o adolescente por el menor tiempo posible, y con un carácter de transitoriedad.
- Los dispositivos institucionales, tanto públicos como privados, deberán plantearse bajo una modalidad convivencial, teniendo este modelo como base de su funcionamiento la implementación de proyectos personalizados que fomenten el desarrollo de la autonomía de adolescentes, una conducción y clima adecuado. Resultan aconsejables unidades de dimensiones reducidas, con una capacidad de hasta 8 y 12 integrantes. Se procurará que los dispositivos institucionales ofrezcan, además, servicios y actividades como medidas de protección integral, es decir dirigidas a niños, niñas y adolescentes no separados de su medio familiar.
- Los recursos humanos intervinientes deberán ser especialmente capacitados, con formación permanente y evaluaciones periódicas de desempeño.
- Deberá contemplarse en el funcionamiento la articulación con los diversos recursos comunitarios del territorio: salud, educación, proyectos culturales, de formación, recreativos y deportivos.
- Los cuidados en ámbitos institucionales serán supervisados desde el órgano administrativo local de aplicación, el que determinará criterios de calidad institucional, garantía y respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Periódicamente se re-evaluarán los proyectos de trabajo para con los niños, niñas y adolescentes incluidos en dichos dispositivos, dando cuenta de los avances para la resolución de la situación que motivó su inclusión en el mismo.
- Los recursos institucionales deben ser diseñados como parte del modelo de apoyo socio-comunitario evitando la ubicación de niños, niñas y adolescentes alejados de su medio de residencia habitual y grupo familiar. Todas aquellas acciones específicas orientadas a garantizar el derecho a la salud —adiciones, salud mental o discapacidad— deben desarrollarse prioritariamente mediante intervenciones de tipo ambulatorio o de atención diurna, que eviten la separación del grupo de origen y encuadrando esas intervenciones en las disposiciones legales específicas que garantizan los derechos de los pacientes. Cuando medien razones de urgencia o complejidad que impongan la inclusión del niño, niña o adolescente en un ámbito institucional, los tratamientos indicados deberán ser supervisados en forma integral y teniendo como eje la pronta restitución a su medio habitual de convivencia.

5.- Principios generales para el desarrollo de acciones permanentes y sistemáticas tendientes a la “desinstitucionalización” de niños, niñas y adolescentes

- La reversión del proceso que dio lugar a la elevada cantidad de niños, niñas y adolescentes incluidos actualmente en cuidados institucionales demanda de profundas reformas programáticas y de las prácticas de los técnicos y funcionarios con capacidad de decisión en la materia.
- El diseño y/o rediseño de los programas de cuidados alternativos —tanto familiares como institucionales— deben contemplar la variable geográfica/territorial como un elemento central, a fin de garantizar la participación del niño, niña o adolescente, de sus vínculos afectivos y de su comunidad de origen en la ejecución de estrategias de restitución de derechos.
- El propósito “desinstitucionalizador” debe atravesar todo el proceso de intervención, desde el comienzo, partiendo de un trabajo conjunto, constante y permanente que incluya al niño, niña o adolescente, a su ámbito familiar, a todos sus referentes afectivos e institucionales y a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de su comunidad, evaluando en las distintas etapas mediante diagnósticos comparativos las situaciones que dieron origen a la medida adoptada.
- Se debe promover y fomentar un rol activo de los niños, niñas y adolescentes a través del acceso a la información, espacios de participación y desarrollo de su autonomía conforme a la evolución de sus facultades. Asimismo deberá promoverse una comunicación expedita y continua entre todos los actores involucrados en el proceso de “desinstitucionalización”.
- El proceso de desinstitucionalización debe ser abierto a los cambios y flexible a los tiempos que involucra.
- Conjuntamente con el proceso de “desinstitucionalización” y para un adecuado egreso del niño, niña o adolescente, es indispensable incorporar estrategias de seguimiento y acompañamiento en el tiempo que apoyen a las familias en el desempeño de sus roles promoviendo la autonomía de ellas e incorporando tanto al niño, niña o adolescente como a su familia a la red de servicios existentes a nivel comunitario local, favoreciendo en dicho proceso la disposición de los recursos locales.

MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS
INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACION, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO

Documento: Igualdad, No Discriminación y Acceso a la Justicia. Actualización Jurídica y Nuevos Mecanismos de Protección (Primera parte)

El documento “Igualdad, No Discriminación y Acceso a la Justicia. Actualización Jurídica y Nuevos Mecanismos de Protección” del Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo constituye una recopilación de ponencias de especialistas, realizadas en jornadas convocadas entorno a la idea de debatir acerca de las herramientas que pueden usarse para luchar contra la discriminación y los obstáculos que ella acarrea, para el pleno goce de los derechos de las personas.

Presentación

A partir de este número y en dos ediciones se publicará el documento “Igualdad, No Discriminación y Acceso a la Justicia. Actualización Jurídica y Nuevos Mecanismos de Protección”, elaborado por el Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, a partir de “Primeras Jornadas sobre Igualdad, no Discriminación y Acceso a la Justicia: Actualización jurídica y nuevos mecanismos de protección”, realizadas en julio de 2008.

En esta primera entrega se incluye las ponencias de los especialistas Andrés Gil Domínguez, Martín Böhmer, Daniel Sabsay y Víctor Abramovich, sobre “El concepto constitucional de discriminación”, “Acceso a la justicia y exclusión social”, Libertad de expresión y no discriminación” y “El principio de no-discriminación y el derecho a la igualdad en el Sistema Interamericano”.

En una segunda entrega, que se publicará en el Suplemento Actos de Gobierno N° 52, del próximo 14 de setiembre. En esa oportunidad se editarán las ponencias “Diseños metodológicos para el estudio de barreras de acceso y necesidades jurídicas insatisfechas en Argentina”, de Pablo Ava; “El acceso a la justicia de los niños y niñas” de Mary Beloff; “Nuevas herramientas para combatir la discriminación de género”, de Paola Bergallo; “El rol de la Defensoría en la lucha contra la discriminación”, de Stella Maris Martínez; “La discriminación como delito y la discriminación como agravante” de Luis Niño; y “El enemigo en el derecho penal: la construcción del otro diferente”, de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Introducción

Esta publicación es la culminación de lo que comenzó siendo una jornada interna de capacitación y creció hasta convertirse en las “Primeras Jornadas sobre Igualdad, no Discriminación y Acceso a la Justicia: Actualización jurídica y nuevos mecanismos de protección”, realizadas en julio de 2008.

Originariamente, el plan de capacitación que precedió a las jornadas se basó en la necesidad de actualización y perfeccionamiento del personal que conforma el Instituto, tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en las delegaciones de todas las provincias. La rápida convocatoria de profesionales y académicos/as que se sumaron a esta propuesta hizo ampliar el objetivo. El programa de capacitación se convirtió en una tarea más amplia de concientización y educación para toda la comunidad en torno a una temática tan variada como las manifestaciones que la discriminación presenta en nuestra sociedad.

De esta manera, las jornadas contaron con asistencia del personal del INADI, pero también con la participación de profesionales de otras instituciones, juristas, estudiantes de distintas carreras universitarias y público en general. También participaron miembros de Foros de la Sociedad Civil del INADI, entre ellos indígenas, afrodescendientes, mujeres, jóvenes, adultos y adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, refugiados, ex combatientes de Malvinas, personas viviendo con VIH-Sida. Estas jornadas fueron, en suma, un espacio abierto a la comunidad. Y esto es así porque el proceso de formación del derecho no es y nunca debe ser un espacio restringido a los abogados y abogadas. Y viceversa, la elaboración del derecho y su aplicación deben alimentarse de las experiencias provistas por quienes atraviesan una situación de privación de derecho.

Las temáticas que se abordaron en las jornadas y que hoy conforman esta publicación, si bien han sido diversas, están todas atravesadas por una misma idea: qué herramientas pueden usarse para luchar contra la discriminación y los obstáculos que ésta implica para el pleno goce de los derechos de las personas que son afectadas por ella. Entre las temáticas desarrolladas se encuentran los fundamentos constitucionales del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, la inclusión de la perspectiva de género en el ámbito del derecho, los derechos de los niños y niñas a no ser discriminados/as y también algunos temas de complejidad para nosotros/as como el conflicto entre libertad de expresión y no discriminación.

El tema de acceso a la justicia fue también relevante a lo largo de las jornadas y se cruza con una problemática de fondo como lo es la falta de igualdad y la vulneración de derechos desde el propio Poder Judicial.

Esta publicación refuerza el pensamiento que dio origen a las jornadas: lo que es interno debe hacerse público, lo que fue para quienes pudieron presenciarlo debe publicarse para estar a disposición de todas y todos.

De esta manera, con pequeños pasos, abriendo nuestras puertas, seguiremos llevando adelante la lucha contra la discriminación con la que estamos comprometidos/as, hacia una mayor inclusión y equidad.

APERTURA

Por María José Lubertino. Presidenta del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.

Este seminario tiene como objetivo, inicialmente, ser un espacio de capacitación, tanto para el personal del INADI, especialmente los equipos del 0-800, denuncias, resolución rápida de conflictos, el personal de las provincias y abogados y abogadas que están colaborando como para aquellos delegados/as que no son abogados para que tengan alguna aprehensión de los estándares jurídicos más actualizados. Pero también, por otro lado, tiene que ver con convocar a docentes y alumnos/as de nuestras cátedras y con la necesidad de establecer interconexiones con el trabajo académico de nuestro propio equipo.

Este es un seminario abierto a la comunidad, y hemos invitado principalmente a toda la gente de los Foros de la Sociedad Civil que funcionan en el INADI, donde están las personas de los pueblos originarios, afrodescendientes, mujeres, jóvenes, adultos y adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, refugiados, ex combatientes de Malvinas, personas viviendo con VIH-sida, etc., porque para nosotros el proceso de ciudadanía jurídica, de alfabetización jurídica, de formación del derecho no es un espacio restrictivo de los abogados y de las abogadas. Muchas veces descubrimos que, en temas como estos, la construcción, elaboración, diseño y aplicación del derecho se nutre de lo que nos proveen quienes están pasando la situación de privación del derecho. Para descubrir lo que es injusticia, para removerla, para descubrir lo que es el no-derecho, también es bueno tener presentes las voces de quienes padecen la situación de discriminación o de exclusión.

Por otro lado, si bien hay muchos juristas que nos van a prestigiar en este evento, lo que sentimos es que hay una dispersión temática que no está visibilizada por el eje de la no discriminación o por los estándares que tienen que ver con el respeto de las diversidades, la valoración de las diversidades y la igualdad en un sentido de igualdad real como hoy establece nuestra Constitución Nacional. Entonces, también es importante hilvanar a muchos juristas, algunos de larga trayectoria como Eugenio Raúl Zaffaroni o Stella Maris Martínez, otros de más corta edad pero de no menor relevancia como el caso de Andrés Gil Domínguez, para poder ensamblar también y forzarlos a ellos mismos a esta visión, componiendo un mapa más amplio de los temas jurídicos desde la perspectiva de la no discriminación, la igualdad en el sentido de igualdad de resultados, la igualdad real.

Siempre empezamos discutiendo un tema y terminamos haciendo otra cosa mucho más ambiciosa que la que nos proponíamos en el principio.

Nos costó mucho poder reunirlos en una sola fecha, coordinando los viajes provinciales, pero a pesar de que tenemos estos dos días de relevantes expositores/as, ya estamos pensando en los que nos quedaron afuera, en lo que nos falta. En este sentido queremos estar en un seminario también con el Procurador General de la Nación que ahora no pudo asistir, porque muchos de los casos de discriminación que tenemos son producidos por el propio Estado Nacional o Provincial y, por supuesto, nos interesa que cuando el Estado se defiende en juicio no termine incurriendo en situaciones de discriminación. Uno puede respetar el mandato como Procuración del Estado y defenderse, porque el Estado siempre se tiene que defender, pero no a costa de violar derechos humanos o de discriminar a las personas para defender los intereses del Estado. Así, es interés del Estado defenderse, pero también es interés y obligación del Estado garantizar los estándares mínimos de derechos humanos y no discriminación.

Nos quedó afuera el Derecho Civil, la discriminación es un hecho ilícito del Derecho Civil y hay muchos intersticios en algunos temas como, por ejemplo, derechos de usuarios/as y consumidores/as, como ahora estamos viendo con la Asociación de Defensa de los consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA). Estamos pensando los temas donde los usuarios y consumidores son discriminados y cómo terminan pagando los más pobres, en función de la sociedad de consumo en la que vivimos. Pero, a pesar de que me olvido más temas que nos quedaron afuera, me parece muy relevante el mapeo que vamos a hacer entre hoy y mañana.

Los temas que vamos a ver son, fundamentalmente, de derecho constitucional y penal, y vamos a estar viendo algunas perspectivas innovadoras que cruzan por varias ramas del derecho. Abordaremos nuevas herramientas para ver la perspectiva de género y los derechos de los niños y de las niñas, atravesando todas las ramas del derecho y, fundamentalmente, temas que para nosotros/as son complejos, como el conflicto entre no discriminación y libertad de expresión. Tenemos varios casos a resolver de alta conflictividad y delicada responsabilidad, por el impacto que van a tener en la opinión pública. Quisimos que Daniel Sabsay nos acompañara para hablar de este tema. Lo sabemos crítico en las cuestiones de fondo que están íntimamente vinculadas con este tema y lo quisimos poner en el aprieto de ser él quien también exprese su opinión en esta temática.

Por otro lado, nos parece muy relevante la presencia de Víctor Abramovich, más allá de que es un amigo de la casa, él es hoy miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y uno de los responsables de seleccionar qué es caso y qué no es caso para la Comisión. Nos parecía sumamente relevante también tener, de voz propia de Víctor, los más elevados estándares que está manejando hoy la Comisión en relación con este tema y un mapeo por los instrumentos interamericanos.

Por último, me parece que el tema del acceso a la justicia también es relevante, porque en realidad es un continuum con nuestro tema de fondo. Es decir, ¿qué es primero, "el huevo o la gallina"? ¿Tenemos que ir a la justicia porque hay gente que está pasando situaciones de discriminación, falta de igualdad y falta de vulneración de derechos o es también porque en el propio Poder Judicial no hay un acceso adecuado, no hay interpretaciones adecuadas y no hay sensibilización adecuada para visualizar y resolver estos temas, lo que produce una mayor privación de justicia y una mayor exclusión? Cuando yo luchaba como Diputada Nacional para la intervención de Santiago del Estero, decía que la situación era de una gravedad extrema porque el Poder Judicial no era independiente. Porque cuando se han perdido todos los ejes de la carreta, pero nos queda el Poder Judicial, uno puede intervenir y reestructurar situaciones; pero cuando los poderes judiciales perdieron el eje, estamos en problemas. Acá hay una cuestión muy relevante.

Tuve una extensa conversación con Beatriz Kohen, quien lamentablemente no va a poder participar del seminario, pero estamos pensando en construir un programa de no discriminación y acceso a la justicia en el INADI. Por supuesto, este seminario nos tiene que servir para poner las bases de ese programa. Hay bastantes diagnósticos sobre la falta de acceso a la justicia, pero lo que queremos es poner en sintonía los diagnósticos

con la formulación de políticas públicas, para erradicar la falta de acceso a la justicia. Esto tiene que ver en muchos casos con que las personas no conocen sus derechos, y esto está emparentando con otra área del INADI, que no es el área de atención a las víctimas sino de prevención de la discriminación.

Tenemos que tener programas mucho más proactivos de alfabetización jurídica desde las escuelas, los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil. Si la gente no conoce sus derechos, mal puede saber que tiene derecho a reclamar por ellos. El otro cuello de botella es el precio de acceder a la justicia en nuestra sociedad capitalista: tenemos un sistema jurídico o judicial, de ejercicio de los derechos, decimonónico, liberal, en el contexto de una sociedad que paga por estos servicios, donde el ejercicio de la profesión es privado y no hay suficiente cobertura de atención gratuita de acceso a la justicia para quienes no disponen de dinero. Hay discriminación en todos los niveles de acceso socioeconómicos, pero quienes dispongamos de recursos seguramente vamos a poder buscar un/a abogado/a, y quienes dispongamos de mejores recursos vamos a poder buscar un/a mejor abogado/a para que nos defienda en sede penal, en sede civil o para ir a pedir por un derecho que es violado. El problema está en qué recursos tienen las defensorías para defender a los más pobres, porque las cárceles terminan teniendo más morochos y pobres que personas de otros niveles socio-económicos y otro color de piel. Esto no es un problema sólo en la Argentina, sino en todo el mundo. Hoy las cárceles están llenas de inmigrantes "mulas" o de usuario/as de drogas y no de narcotraficantes o de delincuentes de alto poder económico. Este es un tema para el INADI. Ahí también hay discriminación; el propio sistema discrimina, excluye de la defensa, excluye del acceso a derecho. Esto es importante.

Después tenemos la cabeza de los juristas, de los que aplican la ley, de los jueces. En el caso de los peritos, aparece muchas veces un espacio trágico para la discriminación, con sus teorías sobre las peligrosidades. Ayer estábamos con el diputado Leonardo Gorbacz y el diputado Juan Sylvestre Begnis en un seminario sobre salud mental, y veíamos cómo los peritos que intervienen con las personas con discapacidad mental en sede civil, se manejan con criterios, peligrosidades y toda una serie de categorías lombrosianas en operación directa, hoy, en el siglo XXI. Ni qué hablar de las peligrosidades en el sistema penal: ya se encargarán de arrasar con ello seguramente Stella Maris, Luis Niño y Eugenio Zaffaroni. Y después tenemos también los jueces que todavía no terminan de aplicar los pactos y los tratados internacionales, ni la propia Constitución Nacional.

El INADI tiene muchos dilemas en este último punto. Recibimos denuncias contra fallos y hemos sacado dictámenes diciendo que hay fallos que son discriminatorios. Por supuesto, es un tema muy delicado, porque el INADI, por más que sea un organismo descentralizado, no deja de ser parte del Poder Ejecutivo, y cuando estamos diciendo que un fallo es discriminatorio, tratamos de hacer toda una introducción explicando que respetamos la división de poderes, que respetamos el federalismo, pero que, sin embargo, el fallo del Superior Tribunal de Salta en el caso de la niña violada era discriminatorio. Entonces, nos enfrentamos a varios dilemas que tienen que ver con mejorar la calidad de atención al público, mejorar que nuestras compañeras del 0-800 sean nuestras mejores conocedoras de los estándares jurídicos, que las/os integrantes del equipo de denuncias y de resolución rápida de los conflictos sepan tanto como nuestros/as abogados y abogadas, porque hay cosas que se saben en la construcción práctica de la resolución de los casos y del derecho y que no tienen que ver con lo que decían los libros de lo que era la ley. Estamos en esta interface pero también estamos frente a desafíos de cosas que va a haber que cambiar.

Hay una ley de creación del INADI y hay una ley antidiscriminatoria. Nuestra ley antidiscriminatoria, como fue de las primeras del mundo, es antigua. Es antigua no sólo porque no enumera todas las situaciones posibles, porque eso ya hemos aprendido cómo sortearlo y hacemos una interpretación amplia, sino porque hoy tendríamos que estar avanzando desde la ley antidiscriminatoria hacia estándares de igualdad real, y todavía no hay suficiente cantidad de leyes con acciones afirmativas como debieran haber sancionado nuestros legisladores desde 1994 hasta la fecha. Entonces, el INADI también es una usina de proyectos legislativos en materia de igualdad y acciones afirmativas. Tenemos que pensar cómo reformamos nuestra propia ley de creación, cómo reformamos la ley antidiscriminatoria y, sobre todo, es muy importante para nosotros este seminario para dirimir y resolver también las competencias del INADI en la atención a las víctimas.

Vamos a tener otro seminario muy importante en septiembre donde están viniendo nuestros organismos hermanos de México, Francia, Inglaterra, para citar sólo algunos ejemplos.

Queremos discutir cuál es la mejor atención a las víctimas, hasta qué punto el propio Estado tiene que llevar adelante demandas o no, si es mejor poder poner multas, etc.

Entre Ríos se anticipó y sacó una ley donde pone multas contra la discriminación. ¿Tendrían que poner estas multas, en algunos casos, los municipios? ¿Tendría que estar en los códigos contravencionales? La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya tiene un Código Contravencional y algunas cosas que son discriminación están en el Código Contravencional y acaban de pasar de la competencia de la justicia nacional a la justicia contravencional. Entonces hay, por un lado, un delito federal en algunos aspectos, y en otros lados es contravencional.

Hay que distinguir distintos grados de discriminación. Hay cosas que tienen que estar en la competencia contravencional, cosas que tienen que estar en la competencia federal. Hay que modificar el Código Penal. Hay una serie de temas que se disparan en distintos sentidos. Vamos a tener que, además de aprender y mejorar la reflexión sobre estos temas, ir simultáneamente construyendo nuevos instrumentos.

EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DISCRIMINACION

Por Andrés Gil Domínguez⁽¹⁾

En primer lugar, quiero felicitar al INADI por la organización de estas jornadas y agradecer la invitación.

Como muy bien decía María José en la introducción, la cuestión de la discriminación —o mejor dicho, el derecho a la no discriminación faz negativa— es un concepto que abarca todo tipo de relaciones. Tanto las relaciones verticales, las que tiene el hombre con el Estado, como las relaciones horizontales que tienen los sujetos privados entre sí.

(1) Andrés Gil Domínguez se desempeña como Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Salamanca, España.

Por eso, quizás, esta dispersión que, en todos los ámbitos de relaciones entre el derecho y la no discriminación negativa, está presente.

Quizás, como introducción, sea necesario recordar o establecer cuál es el paradigma constitucional argentino, cuáles son algunas de sus características para ver cuál es el rol que juega el derecho a la no discriminación en este paradigma e intentar desarrollar un camino, quizás un poco sinuoso, que nos permita entender el concepto constitucional de no discriminación y, en el último tramo, tratar de ver cuáles son aquellos aspectos emergentes de la no discriminación, especialmente en el ámbito de la justicia. Como muy bien decía María José Lubertino, hay muchos casos, especialmente de la Corte Suprema de Justicia, algunas normas de la Corte Suprema de Justicia que hoy implican necesariamente una discriminación en sentido negativo. Por último, ver cuáles son los desafíos que nos esperan en torno al derecho a la no discriminación.

Les decía, entonces, que la primera cuestión es tratar de dilucidar cuál es el paradigma constitucional argentino. De alguna manera, la Corte Suprema de Justicia, en un caso medianamente reciente, que fue el caso Casal, donde se discutían los alcances del recurso de casación, dijo de forma accesoria que el paradigma constitucional argentino de 1853 en adelante, que se había desarrollado de forma gradual, era el de estado constitucional de derecho, donde el principal elemento era la fuerza normativa de la Constitución y donde la última palabra la tenían los jueces a través del control de constitucionalidad. Esto (que la Constitución tenga fuerza normativa) no es un mero postulado académico, sino que tiene un impacto en todas las relaciones. Implica que la Constitución invade todos los ordenamientos y todo tipo de relaciones. Por eso, por más que tengamos una Ley Antidiscriminatoria antigua, que es necesario reformular, la fuerza normativa de la Constitución le da los criterios necesarios a los jueces, a los legisladores y al poder administrador para que en su ejercicio cotidiano puedan, a pesar de las lagunas que pueda tener una ley, aplicar directamente la Constitución y mediante la interpretación constitucional darle encarnadura a los mandatos que surgen del paradigma.

Otro aspecto muy importante es que si el control de constitucionalidad es la última palabra, cuando el control de constitucionalidad falla nos queda la nada, la nada constitucional. Esa falta de cultura constitucional es lo que atenta en realidad para luchar contra el principal problema o la base de la discriminación, que es el prejuicio. Es una cuestión netamente cultural. La discriminación encierra su gran miedo al otro. Las distinciones arbitrarias, las distinciones razonables, las distinciones que no tienen ningún tipo de fundamento, en realidad, están basadas en un gran miedo al otro, en un gran miedo al distinto. Y esto, por más normativa que exista, sino hay un aspecto cultural y un resguardo garantista que implique que no exista esta nada constitucional, en realidad, las normas, solas, no van a hacer absolutamente nada.

En un Estado Constitucional de Derecho nosotros podemos distinguir, por un lado, una fase estructural y, por el otro, una fase instrumental. También la Dra. Lubertino decía que es el huevo y la gallina, la gallina y el huevo; yo acá creo tener las cosas un poquito más claras. Primero está el sistema de derecho, primero está la fase estructural, primero está qué derechos tenemos y qué contenidos tienen esos derechos y después están las garantías. Las garantías siempre van a estar al servicio de esos derechos, para hacerlos eficaces, válidos.

Es fundante que existan los derechos porque, por más que no tengamos garantías regladas, la sola existencia de los derechos hace que, mediante la jurisprudencia o mediante un acto administrativo, uno pueda poner en marcha las garantías de forma innominada. Entre esa estructura y ese sistema de garantías nosotros tenemos un puente dado por dos derechos.

Uno, la tutela judicial efectiva, y otro el derecho de amparo, que son, por un lado, derechos fundamentales y derechos humanos y, por otro lado, garantías. Hacen de puente, de nexo entre ese sistema de derechos y el sistema de garantías. El derecho a la tutela judicial efectiva es un amplio abanico que abarca todos los procesos constitucionales, las medidas autosatisfactivas, acceso a la justicia libre de obstáculos, formales o sustanciales. La acción de amparo como derecho implica que tiene un determinado contenido constitucional establecido por el artículo 43 y el artículo 25 del Pacto San José de Costa Rica, que impide que ninguna norma que lo regule limite esos contenidos de accesibilidad o admisibilidad establecidos en el 45 y el 25. Entonces, asentadas estas bases, el derecho a la no discriminación asume un rol esencial. ¿Por qué? Porque en primer lugar el derecho a la no discriminación conforma esta base estructural: es fundamental y es un derecho humano. Es un derecho fundamental que proviene de la Constitución Argentina, especialmente, después de la reforma de 1994, donde hay un cambio radical del paradigma de la igualdad liberal del artículo 16 hacia un concepto de no discriminación que es superador de esa igualdad liberal del artículo 16. Es un derecho humano por la fuente externa: varios instrumentos institucionales que tienen jerarquía constitucional originaria y que se suman con jerarquía constitucional derivada; expresamente de esta fuente emana el derecho a la no discriminación, ya sea en un sentido amplio, como la Convención Americana de Derechos Humanos, o referida a ciertos sectores, como la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación hacia la Mujer y la Convención sobre los derechos del Niño.

Entonces, como derecho fundamental y derecho humano, el derecho a la no discriminación también impacta en todo el paradigma constitucional por otra cuestión. Siempre uno está buscando cuál es la norma de cierre de un sistema constitucional, cuál es esa norma donde se remite en última instancia todo el sistema, la que me da la última justificación del sistema de derechos. Ha habido un tránsito a lo largo de la historia que, comenzando por un derecho a la igualdad negativa (esto es, nuestro artículo 19: nadie puede entrometerse en la esfera autobiográfica de las personas, ni el Estado, ni los individuos, en la medida en que no se genere un perjuicio inmediato a terceros), se ha pasado como norma de cierre al paradigma de la no discriminación. Esto es, la existencia de determinadas categorías expresas o el surgimiento de determinadas categorías que no pueden ser utilizadas para darle a algunos lo que no se le da a otros, a menos que existan argumentos supererogatorios que justifiquen esta distinción. Entonces, se pasa de un concepto de norma de cierre, que situaba a la persona privada, a solas, que no implicaba encerrada en su casa pero a solas, a un concepto más amplio que tiene que ver con la solidaridad y con la obligación del Estado y de los particulares de establecer los fundamentos que impliquen distinciones en el ejercicio de los derechos. Esto realmente es muy importante.

Otro aspecto que hay que recalcar es el efecto de la fuerza normativa, tanto de manera horizontal como de manera vertical. ¿Por qué? Porque una de las grandes luchas que ha tenido que enfrentar el derecho a la no discriminación es darle el mismo valor de

fuerza normativa penetrante a las relaciones que tienen las personas con el Estado y las que tienen las personas entre sí. Por ejemplo, en Europa, se dio en su momento una gran discusión sobre los efectos verticales, hasta dónde la Constitución podía ingresar en las relaciones entre particulares en los aspectos de no discriminación. Hay un caso famoso que se dio en España, en el País Vasco. Se discutía el alcance de una festividad, en un pueblo que se llama Irun se festejaban "Los alardes de Irun", se festejaba el truco de la ciudad de Irun contra navarros y franceses, y había un desfile del Ayuntamiento en el que solamente podían participar hombres, porque en aquella batalla habían participado hombres. Las mujeres también querían participar, porque era un festejo comunitario, muy particular y muy pintoresco. Entonces, se llegó a la conclusión de que había una violación del derecho a la no discriminación porque era un acto estatal, organizado por el Ayuntamiento, y no se podía impedir que participaran las mujeres; ya sea en columnas mixtas o todas juntas, de alguna manera, respetando la idiosincrasia del festejo, debían participar. Entonces, una sociedad privada de Irun hizo el "Alarde alternativo", en el que solamente participaban hombres. La discusión era si esto era constitucionalmente posible o no, hasta dónde llegaba la posibilidad de una organización privada de hacer un "Alarde alternativo" al oficial donde no participaran mujeres. En España se generó una gran discusión sobre los efectos del derecho a la no discriminación en las relaciones entre particulares. Muchos autores dijeron "bueno, si una organización privada organiza un alarde alternativo sin que participen mujeres, porque no quieren mujeres, no implica derecho a la no discriminación, distinto es si lo hace el Estado". Ese argumento a mí siempre me generó muchas dudas y polémicas, porque si la fuerza normativa detiene este impacto horizontal y vertical con la misma intensidad, la libertad de elección o la libertad de intimidad o la libertad asociativa encontraba un límite si no me daban fundadas razones.

Me decía que el hecho de que no participaran mujeres, ese solo hecho, aún en relaciones privadas, violaba el derecho a la no discriminación.

Nosotros hemos tenido un correlato en el ordenamiento interno con un caso que fue bastante difundido en su momento, que fue el caso de los alquileres. Lo resolvió la sala "J" de la Cámara Nacional en lo Civil, "Hertzriken Luciano y otros c/ Sanfuentes Fernández". En su momento, lo que se discutió fue que una pareja de judíos había firmado un precontrato de locación y, cuando habían quedado la fecha para consolidar el contrato, no se pudo llevar a cabo porque la propietaria, cuando se enteró que eran judíos, resolvió no consolidar el contrato, diciendo que ella era católica, apostólica romana, que tenía miedo que le colocasen una bomba y que le recomendaba la dueña de la inmobiliaria que ella le quería alquilar a gente "como uno", no a negros, judíos y todo ese tipo de personas. En ambas instancias se dio esta discusión, porque el juez de primera instancia dijo que era una cuestión del ámbito privado, estrictamente particular, y que cada uno contrata con quien quiere. Sin embargo, la sala "J" —yo adherí en su momento a lo que resolvió— revocó el fallo porque consideró que el derecho a la no discriminación también tiene efectos horizontales y que en este caso, en realidad, cuando uno ha puesto en marcha un determinado acto, para limitar ese acto tiene que tener fundadas razones que no tienen que ser discriminatorias.

Creo que con acierto la Cámara "J" revoca el fallo y creo que la expansión de la fuerza normativa no solamente hace a las relaciones del Estado con las personas sino también a las relaciones de los particulares entre sí. ¿Por qué es esto? Por lo que yo decía al principio: por el hecho cultural, porque la fuerza normativa va generando la disipación del prejuicio.

¿Cómo yo puedo combatir el prejuicio si digo que si el Estado lo hace es invalidado pero entre particulares cada uno hace lo que quiere? Cada uno hace lo que quiere con ciertos mínimos, que son los mínimos del Estado Constitucional de Derecho. Esto es parte de la cultura y de la necesidad de disipar estos prejuicios, porque el derecho no solamente es norma, el derecho es algo mucho más importante que un orden normativo. Desde el derecho se genera un orden simbólico a partir del cual la Ley con mayúscula constituye o aporta a la construcción de la subjetividad de las personas. No solamente cuando uno dice "yo tengo derecho a, tengo una norma que me habilita a", cuando yo tengo una norma especialmente constitucional que me dice que por mi ideología, por mi orientación sexual, por el color de mi piel, yo tengo los mismos derechos que otros, lo que hace es conformarme mi subjetividad y fortalecer mi subjetividad. Entonces, el orden jurídico no solamente es una cuestión normativa: es una cuestión simbólica, y muchas veces el orden jurídico hay que mirarlo de forma muy crítica y reconstruirlo, porque detrás de esas palabras tan técnicas, muchas veces tan asépticas, se encubren determinadas valoraciones propias del pensamiento único que en realidad imponen en una sociedad, una determinada visión sin respetar el pluralismo y la tolerancia pero que a primera vista parece que son técnicamente asépticas. Eso vamos a verlo un poquito más adelante.

Entonces, el derecho a la no discriminación no solamente cumple una función estrictamente normativa, "darme derecho a", también cumple una función simbólica, de construcción de mi subjetividad, del desarrollo de mi personalidad más allá de lo que una norma pueda decir o pueda negar. En este punto nos encontramos con un necesario acercamiento teórico a lo que es el derecho a la no discriminación. Así nos encontramos con dos tipos de discriminación, la discriminación negativa y la discriminación positiva.

La discriminación negativa es aquella que impacta de manera arbitraria entre iguales para desigualarlos sin fundamento alguno. Partimos, justamente, de la base normativa y simbólica de la igualdad, y hay determinadas acciones u omisiones por parte de la autoridad pública o de particulares que lo que hacen es, sin fundamento alguno y sobre determinadas categorías que siempre han sido de mucho peso en la vulneración de determinados grupos, te los desigualan.

En cambio, la discriminación positiva es aquella que trata de igualar a los desiguales. Justamente, lo que hace es verificar una determinada realidad, una determinada coyuntura, en donde las personas, por obstáculos formales y sustanciales, no parten de la misma base, y lo que intenta es igualarlos para que tengan el mismo punto de partida y, a partir de ahí, cada uno desarrolle sus personalidades según la biografía que cada uno desee tener o construir.

Justamente esto ha sido una cuestión evolutiva, el llegar a este derecho a la no discriminación.

Hay un autor como Luigi Ferrajoli que ha desarrollado cuáles son las cuatro categorías evolutivas que van del tratamiento de la indiferencia de las diferencias hacia un concepto de derecho a la no discriminación en un Estado Constitucional de Derechos.

Nos permite arribar a una suerte de esbozo de concepto constitucional de derecho a la no discriminación.

Luigi Ferrajoli destaca que el primero de estos modelos es el de la indiferencia jurídica de las diferencias. Hay indiferencia jurídica de las diferencias y las diferencias se ignoran y se dejan libradas a las fuerzas de la sociedad. Las diferencias jurídicamente son indiferentes y cada uno, según la fortaleza que tenga, impondrá o no sus diferencias. Este es el modelo más antiguo, el modelo más medieval.

El segundo modelo en esta evolución es el de una suerte de falso universalismo, que está contemplado en nuestro artículo 16 y que proviene del liberalismo. Es aquel que, supuestamente, elimina las diferencias en torno a un concepto de igualdad abstracto. Pero que en realidad, encubre que son iguales determinadas personas con determinadas características.

Por ejemplo, para nuestra Constitución, si bien se habla del artículo 16, solamente eran iguales aquellos blancos, propietarios y ricos. Sin embargo, ese artículo 16 convivió, por ejemplo, durante años, con la imposibilidad de la mujer de votar, con la no intromisión del estado en la violencia familiar, con la idea del niño como sujeto irregular... ¿Qué tan palpables serían esas desigualdades dentro de esa igualdad formal que el discurso jurídico vendía como un igualitarismo, que tuvieron que venir convenciones internacionales o instrumentos internacionales sobre derechos humanos para patentizar que esa igualdad no alcanzaba y que, en realidad, estaba escondiendo determinadas situaciones simbólicas de desigualdad bajo el estigma de la igualdad? Justamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema, en todo este período de resguardo a la igualdad, siempre fue de establecer que el legislador, el particular y el poder administrador podían generar categorías generales siempre y cuando la diferenciación de estas categorías no fueran arbitrarias. Es decir, no podía hacer diferencias entre hombre y mujer y tratar a todos los hombres de una manera y a las mujeres de otra.

El tercer modelo es el modelo de homologación jurídica de las diferencias, que se manifiesta mediante la devaluación de todas las diferencias en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad. Son los sistemas colectivistas. En donde dice: somos todos iguales, no hay diferencia. No hay ningún tipo de diferencia, somos todos iguales, entonces todos tenemos que pensar, vestirnos, etc., de la misma manera.

El último es el paradigma del Estado Constitucional de Derechos, en donde las diferencias impactan de dos maneras distintas. Primero, hay un respeto por la diferencia en lo que es la construcción biográfica de cada una de las personas, lo que Bidart Campos llamaba "la mismidad". Por otro lado, hay una lucha para evitar y remover las desigualdades fácticas y normativas que me impiden a mí conformar esa biografía, que me impiden a mí conformar esa mismidad. Diferencias respetadas para conformarme como yo quiero ser como persona.

Desigualdades que hay que superar, que me impiden conformarme a mí como yo quiero ser como persona. De alguna manera, la Constitución Argentina, en la reforma en 1994, ha incorporado, si bien en forma ambigua, una estructura de principios y, sin hacer de una determinación la regla, el derecho a la no discriminación. ¿Dónde lo ha hecho? Lo ha hecho en el artículo 43, segundo párrafo, cuando incorpora como derecho colectivo el derecho a la no discriminación y al amparo como uno de los medios de protección del derecho de protección a la no discriminación.

Acá quiero hacer una aclaración. Hay una gran discusión en torno a si cuando uno habla de derechos de incidencia colectiva en general se esta refiriendo solamente a bienes indivisibles, insusceptibles de aprobación exclusiva, que todos podemos gozar pero que nadie puede tener aunque sea una parte (la Puna de Atacama, el Glaciar Perito Moreno, cualquier hecho cultural), o a derechos colectivos, individuales homogéneos, o sea, un mismo derecho subjetivo pero sometido a varios titulares en la misma situación fáctico-normativa. En lo que hace el derecho a la no discriminación, me aparece esta discusión que hoy tiene en la Corte una situación muy algia, porque no hay una mayoría que cierre este tema. Me parece que, con respecto al derecho a la no discriminación, es muy peligroso, porque generalmente el derecho a la no discriminación en su faz colectiva implica la sumatoria de las mismas personas sometidas a una idéntica situación fáctico-normativa de violación discriminatoria de un derecho. Si la Corte elimina esta facultad o esta interpretación de derechos colectivos, individuales, homogéneos dejaría al derecho a la no discriminación como derecho colectivo en una situación muy endeble para ser tutelada mediante acciones colectivas, entre ellas la acción de amparo.

También encontramos este derecho a la no discriminación en el artículo 43 párrafo tercero, que ha incorporado innominadamente el habeas data, cuando mediante un caso de discriminación habilita interponer la acción de habeas data para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad u actualización de los datos. También el 75, inciso 19, párrafo tercero, cuando establece la facultad del congreso de dictar leyes de educación, de organización y de base, que deben garantizar en la educación la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna, la base de la educación desde un punto de vista simbólico. En el artículo 75, inciso 22, cuando ha incorporado instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, original y derivada, que afluyen desde un punto de vista general o particular con respecto a este concepto. Y la discriminación en sentido positivo, que iguala a los desiguales, la contemplamos en el artículo 37 de la Constitución, cuando establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceso a cargos electivos y partidarios mediante las acciones positivas. En el artículo 75, inciso 23, párrafo primero, que establece la obligación, por parte del Congreso, de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad de oportunidades de trato y el pleno goce de ejercicios de derechos reconocidos por la Constitución y los tratados.

Estas normas, si bien se encuentran en la parte de la organización del poder y son potestades del Congreso, por su conformación, por su contenido, se asimilan mucho a los derechos fundamentales. Se asimilan mucho a un derecho fundamental a la no discriminación, y muchos hemos dicho que esto es una categoría de garantía institucional que permite que cualquier persona o grupo de personas reivindique el derecho a las acciones positivas emergente de estas fórmulas, por más que esto sea una potestad del Congreso. Es decir, no solamente esto es una potestad del Congreso, limitada al Congreso, que la puede ejercer o no y uno tendrá acción en el ejercicio, sino que la fuerza normativa de la Constitución, que emana de estas cláusulas, implica que cualquier persona que esté en

esta situación y que demande acciones positivas, si hay una laguna en el enrolamiento que han establecido las acciones positivas, tiene derecho a que la Constitución se aplique y efectivice.

Estamos tratando de establecer algún tipo de concepto constitucional. Los que nos dan algún margen teórico y normativo, por un lado, provienen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y de las formulas generales y particulares; por otro lado, de constituciones provinciales, como, por ejemplo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que por más que sea una ciudad autónoma comparte con las provincias el mismo lugar en la silueta federal sin ser una provincia), de ahí viene el artículo 10 y especialmente al artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando ha incorporado el derecho a ser diferente, entre otras cosas que nos dan un campo teórico ampliado. Recuerdo aquellos días en la Biblioteca Nacional donde María José era convencional constituyente y yo era asesor de la Convención Constituyente, cuántos sueños se construyeron alrededor de la Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y como yo veo que desde lo normativo se cambia a lo simbólico, porque esa Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con ese paradigma totalmente distinto y superador de la Constitución liberal y decimonónica de 1853, ha dado lugar, en la ciudad a una legislación distinta y a una justicia distinta. Faltan los jefes de Gobierno todavía, que se adecuen un poco, pero ya va a llegar, de a poco va a llegar. Entonces, como lo normativo también impacta en lo simbólico y en la estructuración de una sociedad, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también es un buen ejemplo. También me parece que lo es la Ley Antidiscriminatoria, aunque con alguna necesidad de "aggiornamento".

Uno podría decir que la discriminación negativa es toda conducta u omisión de autoridad pública o de particular que distinga, excluya, restrinja, menoscabe o prefiera, es decir, que limite de forma irrazonable, que limite sin dar fundamentos a alguien de manera arbitraria por pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción, preferencia o menoscabo.

Esto es, en una distinción o en un concepto constitucional del derecho a la no discriminación, tenemos, por un lado, categorías enunciadas, ya sea categorías con las que uno trae, por ejemplo la raza, o categorías que uno quiere, por ejemplo la religión, y una fórmula residual que a mí me permita analizar determinadas situaciones en donde hay distinción arbitraria, distinción sin fundamentos y no están dentro de estas categorías.

Es decir, no un concepto cerrado, sino un concepto abierto que me permita a mí, primero, ver determinadas situaciones originarias o adquiridas y otras que pueden ir apareciendo.

¿Por qué yo les decía hoy que en realidad desde esa igualdad del Estado del modelo universalista y decimonónico pasamos hoy a la categoría de la no discriminación y esto es un cambio paradigmático? Porque estas circunstancias expresas, o aquellas que se puedan incorporar, generan lo que la doctrina norteamericana ha llamado las categorías sospechosas o la que la doctrina europea ha llamado las categorías determinantes. Esto es, cada vez que el Estado, cada vez que un particular genera una distinción en el terreno del ejercicio de los derechos basado en estas categorías, se genera una sospecha o una presunción de inconstitucionalidad, una presunción de violación de los derechos fundamentales que quien la hace tiene la carga de probar, tiene la carga de darnos fundamentos, de por qué la ha utilizado y, a su vez, el escrutinio judicial es un escrutinio mucho más estricto que el simple control de razonabilidad. El control de razonabilidad del artículo 16 solamente se limitaba a ver si la medida que se tomaba tenía una relación con un fin constitucionalmente posible. Si la medida que se tomaba tenía relación con un fin constitucionalmente posible, esa medida no era arbitraria, era razonable y, por ende, no violaba el principio de igualdad. El principio de no discriminación, lo que hace es, no solamente que aquella persona, que aquel público o privado que ha adoptado esa decisión tenga que demostrar que el fin es constitucionalmente posible, sino también que el medio que ha utilizado es el más idóneo de todos los medios que tiene disponibles y que, en última instancia, esa decisión le va a traer más beneficios que perjuicios al sistema de derechos. Esta construcción ha recibido en la jurisprudencia de la Corte, la nueva composición, una acogida bastante favorable en el caso Hoft. En ese caso, Hoft, un juez de la provincia de Buenos Aires, impugnó la constitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de esa provincia, que impedía que toda aquella persona que no fuera argentino nativo o hijo de un argentino que hubiera nacido en el extranjero podía acceder en la provincia de Buenos Aires al cargo de camarista o equivalente. Entonces, Hoft impugna esto por violar el derecho a la no discriminación con motivo de la nacionalidad. El caso llega a la Corte Suprema, que con los votos de Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco incorpora la teoría de las categorías sospechosas y también incorpora esta idea de la necesidad de un escrutinio mucho más profundo, más firme, basado en el principio de proporcionalidad y no en el principio de razonabilidad ante estas situaciones.

Un antecedente bastante importante de este fallo lo tenemos en el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, con la anterior composición, en el caso Salgado Graciela.

Salgado Graciela había impugnado una ordenanza de la Ciudad de Buenos Aires que establecía que una persona de más de 35 años no podía ingresar directamente al nivel inicial de educación de la Ciudad de Buenos Aires, pero si lo podía hacer una persona que tuviera más de 35 años con antigüedad docente. El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, en el caso Salgado, especialmente en el voto de Muñoz, de Maier y de Ruiz, hace un desarrollo muy profuso de las categorías sospechosas, mucho más profundo que la Corte Suprema en el caso Hoft, que nos da un estándar bastante claro de cómo funcionan este tipo de categorías y este tipo de escrutinio.

Para ir entrando en la última etapa, hablábamos hoy de fallos discriminatorios, que es lo más preocupante en un sistema de Estado Constitucional de Derechos. Algunos ejemplos: en el caso Montalvo, la Corte Suprema de Justicia en la década de los 90, estableció que aquella persona que tenía estupefacientes para consumo personal era un delincuente, no era tratado como un enfermo sino como un delincuente que le causaba un mal a toda la sociedad. Otro caso paradigmático es el caso Comunidad Homosexual Argentina, especialmente el voto de Boggiano, considerando 18, donde le deniega la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina sobre la base que se afectaba el bien común porque los hombres habían sido hechos a imagen y semejanza de Dios y como los homosexuales no habían sido hechos a imagen y semejanza de Dios no conformaban el

bien común y, por ende, se tenían que limitar sus derechos fundamentales. Yo creo que solamente por esto Boggiano tenía que ser echado a patadas de la Corte, solamente por esto. Pero fíjense ustedes desde un punto de vista normativo y simbólico, si una Corte Suprema tiene este concepto de la igualdad y la no discriminación, ¿qué queda para los prejuicios que hoy conviven en la sociedad?

Ahora voy a pasar a dos aspectos que hoy a mí me preocupan mucho en lo que decía María José Lubertino del acceso a la justicia. En primer lugar, la acordada 2 del 2007 de la Corte Suprema de Justicia. ¿Qué estableció esa acordada? Que si uno quiere acceder a la Corte Suprema de Justicia en última instancia o en un recurso de queja cuando están en juego derechos fundamentales, tiene que hacer un depósito de 5000 pesos. Antes, ¿cuánto era el depósito? De 1000 pesos. Ahora pasaron a 5000, es decir, 400% a enero de 2007. Una suerte de INDEC al revés. Mientras que para el INDEC baja, para la Corte subía el índice sin ningún tipo de justificación. Entonces, uno hace un análisis, por ejemplo, en el caso que vimos de los alquileres, supongamos el caso de unos alquileres de una pareja, quieren llegar a la Corte Suprema de Justicia y tiene que depositar 5000 pesos. No sé si pueden en un solo mes depositar los 5000. Nadie les daría un beneficio de litigar sin gastos con dos personas cobrando y con un auto. Entonces, esto es claramente una imposibilidad y un obstáculo para acceder a la justicia.

Otro aspecto que a mí me tiene muy preocupado —la semana pasada me llegaron dos casos al estudio— es la aplicación del artículo 280 del Código Procesal, Civil y Comercial. ¿Qué dice este artículo? Que la Corte Suprema, según su sana discreción, o sea, sin darme ningún tipo de fundamentos, sin darme ningún tipo de explicación, puede considerar que no hay agravio federal suficiente o que la cuestión que se trata no es trascendente ni es importante, con la sola invocación de esta norma, y rechazarme el caso. Esto, más allá de lo formal, ha generado siempre grandes discriminaciones en lo económico. ¿Por qué? Porque que a mí me traten el caso o no me lo traten y me apliquen la plancha va a depender que yo tenga o no tenga la firma federal suficiente. La firma federal suficiente que implica abogados de grandes estudios. Entonces no solamente el costo es un impedimento desde la intervención de la arbitrariedad. Digamos, si un tribunal de segunda instancia a mí me condena penalmente sin darme ningún fundamento, la Corte diría: “¡Qué barbaridad!”. En cambio, si la Corte lo hace, esta facultada para hacer lo que descalificaría de un tribunal de segunda instancia.

¿Cuáles son los temas que tenemos que pensar y tener presentes en la agenda más allá de que algunos generen el eco del tabú, como decía Freud?

En primer lugar, el tema del aborto voluntario, tanto el aborto voluntario no punible como los abortos voluntarios que están punibles. Porque, en todos los casos (esto es lo más paradigmático, aún en los no punibles), la condición socioeconómica de la mujer es un impedimento.

Primero, para ser atendida en hospitales públicos, muchas veces la someten a la obligación de ventilar su dignidad y su intimidad frente a los tribunales, preguntándole a los jueces si se puede hacer lo que el Código Penal desde 1921 dice que se puede hacer, por la sola condición o por el solo hecho de ser pobre. Como hay otros casos, que entre la realidad de medio millón y un millón de abortos por año, realmente nos sacude la cabeza a todos los sectores, porque vemos que quien pierde la capacidad de ser madre o quien pierde su vida o su salud son las mujeres de escasos recursos. No estamos hablando de muchos recursos, porque un aborto hoy, en cualquier lugar del país, no cuesta grandes fortunas. Sin embargo, la gran masa crítica de pobreza que tenemos en nuestro país, la falta de información, la falta de desarrollo de los programas de anticoncepción genera esta grave discriminación que hoy estamos viviendo.

Un tema que por suerte se superó fue el de la personería jurídica, porque después de Comunidad Homosexual Argentina vino Sociedad Argentina de Swingers y Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual, donde la Corte Suprema, con mucho tino y con la mayoría de siete de sus miembros (creo que es el único fallo de siete miembros por unanimidad, mas allá de una diferencia de Fayt), la Corte Suprema definió qué es el bien común.

Bien común es pleno ejercicio de los derechos fundamentales sin generar un daño indirecto inmediato a terceros. Cuando se produce ese daño indirecto inmediato a terceros, cuando se produce una colisión entre dos derechos, el punto de partida, el presupuesto es que ambos derechos valen lo mismo y que hay que ponderar y dar razones para limitar un derecho porque, ¿qué pasaba?, que con la mera invocación del bien común les decían a los homosexuales que no podían tener su asociación, a los swingers que no podían tener su asociación, a las travestis y transexuales que no podían tener su asociación. Había como una división simbólica en la sociedad, el bien común era ser monogámico y heterosexual y el mal común era ser todo lo demás. ¡Esto desde el derecho! Una suerte de opus-day y opus-night. Pero sintetizada en la jurisprudencia y haciendo hablar a la Constitución, la Corte Suprema, en el caso ALITT (creo que fue uno de los casos trascendentes de esta Corte, junto con el caso Simón), hacen que la categoría de bien común ya no pueda ser utilizada más simbólicamente para definiciones discriminatorias.

Lo que queda es lo que está hoy en la Corte, que es la discusión en términos de discriminación sobre si las parejas formadas por personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio civil con todas las prerrogativas y facultades que tienen aquellas personas de distinto sexo que contraen matrimonio.

Siempre digo que si armo un eje en donde voy a poner distintas formas de familia y constitucionalmente es familia lo que dos personas resuelvan como un proyecto en común, es decir, hombre y mujer, con y sin hijos, hombre-hombre, mujer-mujer y por otro lado las facultades y atribuciones que me otorgue constitucionalmente ser familia, casarme, adoptar, seguridad social, distintas prestaciones, si yo le voy a dar la posibilidad de ejercer a las familias tradicionalmente constituidas y no se la voy a dar aquellas personas del mismo sexo, tiene que haber fundadas razones, razones que no puedan tener ningún tipo de andamiaje discriminatorio.

Para cerrar, dos cuestiones. En primer lugar, uno de los grandes asertos del Estado Constitucional de Derechos es que parte de la base de que todos los derechos a priori valen lo mismo. De esta manera, se asegura que todas las historias personales, provengan de donde provengan, tengan el mismo punto de partida, y que no existan disfuncionalidades normativas que impongan un pensamiento único. Por último, para darle un poco de color, y haciendo referencia a una canción de Los Fabulosos Cadillacs, en un tema que se llama “Mal Bicho”, aquel que discrimina por cualquier razón siempre es un “mal bicho”.

ACCESO A LA JUSTICIA Y EXCLUSION SOCIAL

Por Martín Böhmer⁽²⁾

Es difícil hablar de acceso a la justicia, dado que es un tema ambiguo. Por un lado, el acceso a la justicia puede ser visto del lado de los derechos y, por el otro, del lado de las políticas públicas.

Voy a empezar por el lado de los derechos y su rol en una democracia.

¿Por qué preferimos la democracia y no el autoritarismo?

Siempre es una buena pregunta para hacerse, sobre todo en Argentina.

Preferimos la democracia porque vivimos en la modernidad, o para algunos en la posmodernidad, como quieran llamarlo. Hace un tiempo breve, una parte importante del mundo creyó que la forma de coordinar nuestras acciones y disminuir los conflictos sociales no podía ser más la mera entrega de esa potestad, de coordinación y disminución de conflictos, a una autoridad externa a uno. La idea pre-moderna de que la entrega de la soberanía a un Rey o un Papa era suficiente para coordinar nuestras acciones y disminuir conflictos, en un momento, no funcionó más.

Hay varios hechos que generaron esto, pero los nombres son Lutero, Kant, Descartes; este tipo de personajes que lo que hicieron fue generar la idea de autoridad en el individuo o traer la autoridad desde afuera hacia adentro.

Antes, la autoridad era heterónoma, la tenían otros, para hacernos hacer lo que nosotros no queríamos hacer, y ahora la autoridad la tenemos nosotros, y la única manera de hacernos hacer lo que no queremos es persuadirnos de hacerlo. Yo no hago nada que no quiero si no me convencen que eso es lo que tengo que hacer.

Ese es el ideal de la modernidad.

Se imaginarán que traducir ese tremendo ideal normativo a instituciones políticas fue muy difícil.

Llevó muchos años y el esfuerzo de inteligencias muy importantes que intentaron regular la forma de ejercer la autoridad en las iglesias protestantes, pero luego también las cabezas de la modernidad dieron lugar a los parlamentarismos europeos: Hobbes, Locke, Rousseau, etc. La traducción de ese ideal de autorregulación es lo que nosotros llamamos democracia.

El ideal moral que está por detrás de la democracia es que la mejor manera de llegar a acuerdos es dialogando de una forma relativamente compleja.

La forma de dialogar de la modernidad requiere de destrezas cognitivas y de actitudes muy complicadas que suponen la capacidad de ponerse en el lugar del otro y tener la información suficiente de quién es el otro para que los intereses de uno puedan ser entendidos por el otro y uno pueda generar argumentos suficientemente exitosos para que el otro acuerde que lo que uno quiere hacer es lo correcto. El final de eso es una espera del acuerdo, y por eso la estructura social básica de la modernidad es el contrato: la idea de que dos personas o más puedan llegar a acuerdos para aumentar la autonomía de cada uno y así mejorar su vida.

La democracia constitucional actual reconoce ese ideal, pero es un alejamiento del ideal, no encarna exactamente el ideal. El ideal es crítico, regulador. Vivir en una sociedad en la cual nos demos mutuamente argumentos para hacer con el otro lo que necesitamos que el otro haga para nosotros, y viceversa.

La democracia moderna tiene un primer problema que es la primera resultante de la caída del ideal, que es que no podemos, todos los que estamos interesados en la resolución de los problemas públicos, estar en la conversación. No tenemos tiempo, cuando estamos en la conversación de llegar al acuerdo de forma unánime. Entonces tenemos dos problemas fundamentales, que son la imposibilidad de unanimidad por tiempo y porque las minorías tendrían poder de veto permanente y la imposibilidad de estar todos. Así, entonces, la democracia moderna lo que hace es generar la idea de la representación y de la regla de la mayoría. Estas dos son negociaciones con el ideal, no son el ideal. Son instrumentos institucionales que pueden dar lugar a fallas.

Las fallas de la democracia mayoritaria y representativa son que, cuando no están todos interesados en la deliberación y esta no termina por unanimidad, pueden quedar personas afuera de la deliberación, y también sus argumentos pueden quedar afuera. Por lo tanto, dadas las fallas, el resultado de la discusión puede no ser el que hubiéramos estado todos y hubiéramos decidido por unanimidad.

Entonces, la democracia moderna requiere una pata sumamente importante para acercarse al ideal, que es la pata de los derechos. Estos derechos son formas por las cuales nos aseguramos que las fallas de la democracia mayoritaria y representativa se puedan evitar o remediar. Lo que hacemos es poner límites o mejorar la deliberación mayoritaria con la idea que los representantes, aún mayoritariamente, hay cosas que no pueden decidir. A eso se llama derechos.

Las cosas básicas que no pueden decidir son las cuestiones que impactarían en la capacidad de otros que son minoría en el debate para estar en el debate en un nivel de igualdad con los otros. A esta visión deliberativa de la democracia no le importa demasiado el resultado de la discusión sino el proceso, no qué se decide sino cómo. Los derechos, entonces, son remedios para que el proceso funcione.

¿Por qué es un derecho la libertad de expresión?

No solamente porque a mí me gusta expresarme, sino porque, si no me expreso, la deliberación no se enriquece con mis argumentos, que otros pueden no tener. Defendemos la libertad de expresión por una cuestión instrumental: queremos que se enriquezca el debate público.

(2) *Martín Böhmer es Abogado (Universidad de Buenos Aires). Master of Law - Yale Law School (USA). Director del Área de Justicia del Centro para la Implementación de Políticas Públicas para la Igualdad y el Crecimiento (CIPPEC). Director y Profesor de la Carrera de Abogacía de la Universidad de San Andrés. Entre 2000 y 2005 fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Profesor Adjunto del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Palermo.

Quiero que la gente no tenga hambre y tenga su vivienda porque quiero que participe de la deliberación. Lo que me importa son los argumentos. La gente tiene que tener la capacidad igual de ser parte de la deliberación, porque es la única forma que tengo de que las decisiones que se van a imponer hayan tenido el beneficio de tener todas las voces posibles.

El Poder Judicial, los abogados y los derechos son una cuestión remedial de la democracia mayoritaria y representativa. Países como el nuestro, donde las formas de la democracia mayoritaria y representativa son tan inadecuadas, en el sentido que nuestra democracia mayoritaria deja afuera de forma permanente —y yo diría estructural— a grupos que no pueden acceder a la discusión mayoritaria porque los partidos no funcionan, el sistema electoral no funciona, los parlamentos no funcionan, el presidencialismo es un escándalo, los medios de comunicación están concentrados en cada vez menos manos, dado que nuestra democracia mayoritaria es tan brutalmente deficitaria, es que tenemos un Poder Judicial y una intervención de esta cuestión remedial de los derechos tan intensa.

La sociedad civil requiere tanto del lenguaje de los derechos porque el lenguaje de la democracia está devaluado. La vida busca el camino siempre, no va al dique. La sociedad civil busca el camino y cuando los diques de la política mayoritaria son tan altos, se abren las compuertas del poder contra-mayoritario, el judicial.

Hay gente, hay abogados que han discutido el problema contra-mayoritario, que es un problema que importamos de otras latitudes y es que los jueces no son electos por voto popular, lo que hace complicada la cuestión del lenguaje de los derechos y el acceso a la discusión de políticas públicas y decisiones públicas por el lado del Poder Judicial, porque ¿quién nos votó a nosotros los abogados y los jueces para eso? La pregunta que yo me hago es: ¿Quién los votó a nuestros elegidos por el voto para que hagan las cosas que hacen? Y la respuesta es complicada en la Argentina.

Dado el déficit en nuestra democracia mayoritaria, no hemos tenido alternativa los ciudadanos sino la de aumentar el peso de la política contra-mayoritaria o lo que yo llamo la política judicial. Hacer política con la Constitución en la mano es una necesidad de quienes quedaron afuera del sistema político mayoritario.

Para acceder a la lista generosísima de derechos que tiene nuestra Constitución Nacional, las provinciales y algunos estatutos y normas sub provinciales, como por ejemplo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros, yo diría la verbosidad casi irresponsable de la generosidad de nuestros legisladores, en poner todo lo que los grupos sociales se les ocurre que tienen que ser derechos en cartas constitucionales, la oportunidad contra-mayoritaria de la política judicial aumenta, porque aumenta la lista de derechos y aumenta la ventana por la cual la sociedad civil puede entrar a la política pública: la ventana judicial.

No contentos con ello, los legisladores nos dieron jurisdicciones alternativas para entrar a la política pública por el Poder Judicial, por ejemplo el amparo colectivo, la jurisdicción de las Cortes Internacionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo para las multinacionales la posibilidad de ir hasta el CIADI. Todo ello es parte de la generosidad jurisdiccional de nuestros legisladores. Los legisladores, sabiendo de su déficit político mayoritario, nos abrieron la ventana del Poder Judicial.

Gracias al trabajo —fundante de nuestra democracia— de las organizaciones de Derechos Humanos en la dictadura, esa forma de hacer política se multiplicó, y las mismas organizaciones y otras que fueron naciendo a lo largo de los '80 y los '90 ampliaron la agenda de reclamos políticos por el lado del Poder Judicial y los jueces aceptaron esos reclamos, los judicializaron y le dijeron a la sociedad que ese es otro lugar por el cual se pueden demandar la promesa constitucional y los derechos.

Tenemos lo que podemos tener. Tenemos un cuello de botella en la política mayoritaria, tenemos jueces relativamente generosos como para aceptar planteos que en otros países de Latinoamérica no se aceptan, tenemos procedimientos para llegar a esos jueces de una manera sencilla y ONG's que tienen cada vez más capacidad judicial o jurídica para acceder a esos derechos.

La Argentina, como toda Latinoamérica, pasó del monoteísmo al politeísmo; así yo lo llamo.

El Dios de los abogados era el Código Civil y funcionaba el sistema con una lógica monoteísta, el Código era la escritura sagrada, había ciertos dogmas y de hecho en la Facultad de Derecho se siguen llamando así, y ciertos sacerdotes que nos enseñaban el dogma y se llaman dogmáticos.

El legislador es el Papa porque es el que le da la interpretación auténtica, y lo que uno hacía era repetir el texto del Código y las cosas funcionaban relativamente bien. Esto estalló en los '70 y los '80, pero a partir del comienzo de la democracia, en 1983, hay una cantidad de otros dioses que reclaman autoridad: la Constitución, por ejemplo.

A la Corte, por ejemplo, en 1986, se le ocurrió que la idea de que la gente divorciada no se podía volver a casar era inconstitucional, cosa que en la tradición monoteísta era imposible, porque el único que podía decir cuando la gente se podía casar era el Código y este decía que lo podía hacer una sola vez.

En 1986, la Constitución reclama autoridad, los Tratados Internacionales reclaman autoridad, la jurisprudencia de los jueces reclama autoridad, la jurisprudencia internacional de cortes extranjeras reclama autoridad, legislación inferior al Código reclama autoridad, por ejemplo la Ley de Consumidores, las leyes de medio ambiente, la Ley para la Violencia del Fútbol reclaman más autoridad que el Código.

Esta plasticidad que ahora tiene el derecho es lo que aumenta la capacidad de abogados y jueces para, básicamente, hacer política.

Vayamos sumando. Los diques y las restricciones de la política mayoritaria, el aumento de la capacidad de movilización política de la sociedad civil argentina, la judicialización de las agendas públicas de las ONG's, la existencia y desarrollo de procesos por los cuales llegar a instancias judiciales para ser funcional a la política contra-mayoritaria y la voluntad de los jueces para asumir ese proyecto político modificaron el horizonte de los derechos en Argentina.

Pasamos de un sistema donde los derechos no existían como control o como forma alternativa de hacer política a esto, que todavía no sabemos qué es. De hecho, en este momento, estoy creando una Facultad de Derecho y no tengo material para enseñar, no hay libros para enseñar. Los libros con los que yo estudié, están hoy en el anaquel de "Historia del Derecho" y estamos navegando a medida que construimos el barco. Y nos sabemos adónde vamos, desde el punto de vista de los derechos, desde el punto de vista de las políticas públicas del acceso a los derechos.

Hablo de acceso a los derechos y no acceso a la justicia, porque a veces se dice acceso a la justicia para referirse a acceso al Poder Judicial, pero yo quiero hablar de acceso a los derechos que es diferente, es más abarcativo.

Imaginen si ustedes vivieran en este panorama respecto al acceso a la salud: la gente no sabe que cuando se siente mal eso significa que está enferma, en general. Se muere sin saber que está enferma. Un grupo de esta gente sí sabe que cuando se siente mal quiere decir que está enferma, pero no saber que hacer con eso. Y por lo tanto, se muere. Otro grupo sabe que sentirse mal quiere decir que tiene alguna enfermedad y sabe que existen profesionales que pueden resolver su enfermedad, pero no saben dónde están ni tienen posibilidades de llegar a ellos, porque los profesionales están en edificios que llaman hospitales que quedan en cabeceras de jurisdicciones de salud. O sea, no toda la gente vive cerca de los hospitales, pero en este ejemplo que les doy, la gente vive donde no hay asfalto, no llegan las ambulancias y a los colectivos hay que pagarles para subirse.

Supongamos que la gente tiene dinero y tiempo para llegar a un hospital general. Entonces pueden traducir su enfermedad, saben que hay cosas que son los médicos que les sacan la molestia, saben donde están, tienen tiempo para ir a buscarlos, plata para subirse al colectivo y llegan al hospital general. En la puerta de este hospital general, hay un grupo de gente que son los médicos que dicen que para entrar al hospital hay que pagarles y, si no, no puede entrar al hospital. Supongamos que tienen plata para pagarle al médico, pero cuando le pagan, el médico les dice que para recibir atención y obtener los medicamentos, hay que pagar una tasa de salud. ¿Y qué pasa si no tengo plata para pagarle a usted, la tasa? Etc.

Hay una cosa que se llama beneficio de pobre, de ser atendido sin gastos, pero para eso hay que traer dos personas más, amigas, que también pierdan su día de trabajo y tengan plata para llegar. Hago todo eso y entro, y me dicen que ahora hay que esperar seis años para ser atendido y cuando lleguen no se qué va a pasar y si van a poder atenderme.

Los abogados saben que este es nuestro sistema de Justicia.

La gente no sabe que tiene problemas que se pueden traducir en derechos, no sabe traducir los problemas a los derechos, cuando sabe que tiene problemas y sabe que es una violación de derechos, no sabe que existen abogados que están para atenderlos.

Cuando se enteran donde están, se dan cuenta que es lejos y son caros. Llegan a los abogados, ahora hay que entrar a Tribunales. Cuando uno entra, hay tasas de justicia, y cuando por ejemplo entra en los Tribunales de Moreno, para ser indemnizado laboralmente tiene que esperar diez años.

Yo lo expongo dramáticamente porque en un país donde esto fuera el sistema de salud, habría una revolución. Pero en un país como este, donde así es, más o menos, el acceso a los derechos de la gente, no pasa nada.

Hay formas de saber cuál es la situación de acceso a los derechos de la gente. En muchos países se hicieron, nosotros en el Centro para la Implementación de Políticas Públicas para la Igualdad y el Crecimiento (CIPPEC) hicimos una experiencia en Moreno de relevamiento de necesidades jurídicas insatisfechas, una encuesta de hogares que se puede compatibilizar con la encuesta permanente de hogares que hace el INDEC. Es una experiencia fantástica; hicimos una investigación cualitativa y cuantitativa, que está colgada en la página de Internet.

El promedio de problemas jurídicos que detectamos en los hogares en Moreno fue de 11 problemas jurídicos por hogar sin solucionar. No tienen la capacidad de acceder a las formas que el Estado argentino provee para solucionar problemas jurídicos. Van desde cuestiones de discriminación, acceso servicios públicos, familiares, seguridad, educación, trabajo, etc.

La primera parte de una política pública de acceso a los derechos es primero saber cuáles son los problemas de la gente. Sería fantástico en cada jurisdicción que uno pudiera, antes de saber qué es lo que tiene que crear para disminuir las necesidades jurídicas insatisfechas, saber cuáles son: hacer un mapa de necesidades jurídicas insatisfechas en donde uno va a trabajar.

No es lo mismo trabajar en un lugar con necesidades jurídicas insatisfechas que tienen que ver con cuestiones de familia que con cuestiones de acceso a servicios públicos, que requieren destrezas jurídicas diferentes y relaciones con el Estado diferentes. Cuando uno sabe lo que necesita la gente en el lugar donde uno trabaja, uno puede empezar a subir la escalera de de las políticas públicas para disminuir las necesidades.

El primer escalón es el de la alfabetización jurídica. Estamos haciendo una investigación sobre formación de derechos en la escuela primaria y secundaria en el país, y hay sorpresas.

Los profesores de Educación Cívica está haciendo el último profesorado profesional. O sea, para dar matemática hay que estudiar matemática, geografía lo mismo, para Educación Cívica hay que ser cualquier cosa que se les ocurra. Por ejemplo, ser abogado, historiador o sociólogo, etc.

Mis colegas dan de memoria la Constitución o el Código. Les cuentan la historia de los procesos políticos de defensa de derechos humanos y tienen buena onda. Los que tienen buena onda bajan línea de derechos humanos y los que no tienen buena onda les dan el Código Civil de memoria.

¿Cómo traducir las necesidades de ellos, de la familia, de la zona, a derechos? ¿Cómo conectarse con los recursos jurídicos disponibles? Argentina no es Ruanda. Siempre hay algún abogado en la zona, pero hay que analizar cómo conectarse con los recursos jurídicos que hay en la zona, cuál es el número de teléfono de los defensores en el lugar,

cómo se llega a Tribunales, cómo se hace una huelga legalmente, cómo se hace un piquete legalmente, cómo se reclama por derechos, etc. Eso no existe en ninguna zona del currículum formal de la educación pública y privada de la Argentina.

Los ciudadanos argentinos llegan a los 18 años sin tener idea de cuáles son sus derechos y cómo defenderlos.

Están al tanto de cuál es la capital de Colombia, saben quién fue Carlomagno, alguna cosa le queda según el profesor. Pero cuáles son sus derechos, cuál es la promesa constitucional del pacto básico de la Argentina y cómo defenderlo, nadie les contó.

La gente hace estos piquetes porque nadie les contó cómo hacerlos legales, paran los subtes de esta manera porque nadie les contó cómo es una huelga legal. Nadie sabe cuáles son los pasos para hacer una marcha por una ruta en Argentina, dado que no está en el currículum.

Y alfabetización jurídica básica, uno podría dirigirla a los organizadores comunitarios y darle a algún representante de la comunidad la compleja traducción de necesidades a derechos.

La siguiente etapa es que gran parte de las necesidades jurídicas de la gente que uno releva no son necesidades que tengan que ser solucionadas en el Poder Judicial. La necesidad de judicialización en todas las experiencias de acceso a derechos es de un 25 o 30%. El 70 o 75% pueden ser resueltas por otros medios.

El primer medio fundamental son los trabajadores sociales, el acceso a políticas públicas, a planes sociales, a beneficios públicos. La relación entre abogados y trabajadores sociales es complicada por culpa de ambos. Los trabajadores sociales y algunos ministerios tradicionales tienen una forma de entender su trabajo que es más asistencialista que con una visión de derechos.

Sobre ese trabajo de que el acceso a los planes no es una prebenda medieval con derecho de pernada, en el CIPPEC, el Área de Transparencia está haciendo una investigación de denuncias sobre las cuestiones de planes sociales: de 10.000 hay un 5% relevadas donde hay violencia sexual y la cifra debe estar en un 10%. Entre 500 y 1000 personas denunciaron cuestiones de violencia de género. Entonces, los planes sociales vistos no desde el punto de vista de los derechos sino de una dádiva, en Argentina llegan a un extremo de que la dádiva se da y se pide como contraprestación un favor sexual. Esto en la Edad Media se llamó "derecho de pernada".

Entonces, esto llega a un extremo, pero la necesidad de trabajar con asistentes sociales, con trabajo social y la cuestión de los planes sociales es fundamental para gran parte de las necesidades jurídicas insatisfechas de mucha gente. Como ustedes saben, es fuente de enorme discriminación, siendo la más importante la de género, cruzada con pobreza.

Las cosas que no pueden resolver los beneficios de las políticas sociales y que son conflictos individuales o colectivos, pueden ser solucionadas por medios alternativos de resolución de conflictos. Hay que entrenar a la gente en mediación comunitaria individual.

Hasta aquí no hablé de abogados. No los necesitamos hasta acá. Empezamos a necesitarlos cuando la resolución de ciertos conflictos está monopolizada por el Poder Judicial y la defensa está monopolizada por la profesión de los abogados. Ustedes nos dieron el monopolio de la solución de ciertos conflictos y para acceder a los tribunales deben hacerlo con un abogado. En este nivel está la necesidad de patrocinio jurídico gratuito.

Hay unas cuantas instituciones a las que tenemos que pedirles cuentas. La más obvia son los Colegios de Abogados. Estos, por ley, en todas las provincias deben prestar servicios jurídicos gratuitos. Lo que hacen los colegios públicos de abogados en el país, respecto a la obligación constitucional de prestar servicios jurídicos gratuitos, es una vergüenza.

Forma parte de una política de la profesión del derecho discriminatorio respecto de los más pobres.

Los abogados existimos, como también los políticos o representantes del pueblo, por una falla de la democracia, como existen los representantes del pueblo porque nosotros no podemos estar todo el día en el Congreso o en el Poder Ejecutivo; tenemos el problema de la representación y la regla de la mayoría.

Como el derecho es tan complejo, hay tanta legislación y la discusión de intereses en el lenguaje del derecho y la justicia es tan compleja, no podemos dejarlos a ustedes defenderse solos porque les ganarían quienes tienen más conocimiento de las leyes y de la deliberación, más capacidad retórica. Y para igualarlos retóricamente, es que el Estado les da el monopolio a los abogados. Es una lástima pero es así.

En Grecia existían los sofistas que les enseñaban a todos a deliberar. Eran los héroes de la democracia griega. Les daban herramientas de deliberación retórica, y a igualdad retórica gana la mejor argumentación. Un buen retórico contra un mal retórico, el primero como sabe cómo manejar falacias, persuade al mal retórico.

Lo que queremos es que la discusión de los derechos al nivel del Poder Judicial sea igual. Y por ello, nos dan el monopolio para defenderlos de su incapacidad retórica. No nos la dan porque nosotros tenemos un derecho natural a hacernos ricos con su plata. No es así. La profesión del abogado no es una profesión liberal. Es una profesión pública, por eso está regulada y por eso tenemos un monopolio. Los abogados apenas salimos de la facultad podemos poner un estudio, porque el Estado creyó que era razonable darle al mercado la posibilidad de distribuir acceso a los derechos a través de los abogados.

Problema, abogado; le pagamos y él nos defiende. Esta fue la idea.

Esa visión decimonónica del capitalismo y poco realista de lo que pasa en nuestro país hace que obviamente los que no pueden acceder a un abogado quedan afuera de

la defensa de sus derechos. La cuestión no es que el Estado les dio a los abogados el mercado de la defensa en juicio para que se hagan ricos y después puso a los defensores públicos para salvarles las papas del fuego respecto de los pobres. El sistema público esta armado con dos lógicas: la del mercado para los que tienen plata y la del Estado para los que no la tienen.

La idea fundamental es que todo el mundo tenga el mismo acceso a los derechos de forma igualitaria.

Si la profesión utiliza el monopolio del acceso a la justicia para enriquecerse dejando afuera a gran parte de la población, entonces el Estado y nosotros tenemos todo el derecho de reclamarle a la profesión que entregue su monopolio o que lo haga funcionar de forma igualitaria para todo el mundo.

Los Colegios de Abogados, en las diferentes jurisdicciones, no asumen la defensa igualitaria de los derechos de todo el mundo y discriminan a quienes no tienen dinero.

Dicen que cualquier intento de producir una política pública de acceso a la justicia es una competencia desleal, como si ellos fueran quiosqueros que se ponen nerviosos porque alguien esta regalando golosinas en la esquina.

Entonces, cuando pasamos de la parte no judicial a la judicial, debemos utilizar todas las herramientas, todas las instituciones donde están los abogados para acceder a los derechos.

Empecé con el Colegio de Abogados. Otra institución es la Facultad de Derecho.

Estos son lugares donde un grupo de jueces y abogados van a repetir un libro para que un grupo de trabajadores con poco tiempo lo reciba, lo repita en los exámenes y cinco años después eso lo convierte en abogado.

La necesidad de que los egresados de la facultad sepan defender los derechos de la gente es fundamental. Y para esto, las facultades tienen que hacer bien su trabajo y no lo están haciendo. Para eso se requiere la práctica profesional.

Salir de la facultad sin haber visto nunca un cliente, sin tener idea de lo que es entrevistar a una persona, sin tener idea de lo que es ponerse en otro lugar, generar argumentos, ser estratégico, etc., es mala praxis educativa. La facultad da títulos habilitantes para ejercer la profesión.

Se forma además de manera desigual. Sale gente mejor formada que otra. En general, a los que salen mejor formados, el mercado los atrapa y empiezan a trabajar para los que más dinero tienen, y los que salen peor formados o con menos cantidad de tiempo, en general trabajan para los que menos dinero tienen.

Por ejemplo, los defensores públicos penales pasaron de tener en la crisis del 2001, 6 de cada 10 casos penales a tener 9 de cada 10 casos penales con la misma dotación.

La situación del acceso a los derechos en Argentina es una violación permanente y masiva de derechos. Además cruzada por la desigualdad, siendo las más brutales la desigualdad del acceso a riqueza, de género y raza, porque esta vinculado a una cuestión territorial. Hay derechos y abogados donde hay tribunales, y hay tribunales en las grandes urbes. Es una lástima que el primer gesto de acceso a los derechos que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación sea la violencia doméstica y que pongan la única oficina de acceso a la cuestión de violación de derechos por violencia en Uruguay entre Tucumán y Viamonte. Es una metáfora, una gran lástima que el primer gesto sea la idea de que una mujer en los lugares donde la violencia es mayor en la ciudad de Buenos Aires, tenga la capacidad, el dinero y la entereza como para llegar allí, para empezar un proceso para defenderse; es curioso.

Por el lado de los derechos estamos en un momento particular en Argentina y por el lado de las políticas públicas estamos en el mismo lugar. El Ministerio de Justicia de la Nación debería ser como el de la Salud, debería asumir la política pública del acceso a la justicia de la gente.

La oferta de justicia judicial es un problema de otro poder que es el judicial. El Ministerio de Justicia debería ser el lugar en donde el Estado produce políticas públicas de acceso. Y aquí es donde uno debería dirigirse.

LIBERTAD DE EXPRESION Y NO DISCRIMINACION

Por Daniel Sabsay⁽³⁾

Desde que llegué, tuve la suerte de hacer una visita a todos los departamentos y direcciones del INADI y me fueron relatando las actividades. Es diferente cuando uno lo ve desde afuera y luego tiene una experiencia in situ.

Me parece sumamente valioso que hagan estas actividades de capacitación, porque estas ideas están sujetas a distintas valoraciones e interpretaciones. Es muy útil para

(3) Daniel Alberto Sabsay es Abogado (Universidad de Buenos Aires) y realizó un posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II, Francia, casa de estudios en la que se desempeñó como docente. Es profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y dicta los contenidos referentes a los aspectos constitucionales del medio ambiente en los Programas de Posgrado de las Universidades de Buenos Aires, Austral y Di Tella. También es profesor Invitado de las Universidades Robert Schuman, Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España). Sabsay es Presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y consultor de organismos internacionales, entre los que se destacan: Naciones Unidas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Banco Mundial. Ha escrito libros y numerosos trabajos sobre temas de su especialidad publicados en el país y en el extranjero, entre ellos "La Constitución de los Argentinos - Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994" y "La Constitución de los Porteños", en coautoría con J. M. Onaindia. Integra además el Consejo Consultivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, entre otras organizaciones dedicadas a temas de su especialidad, y es miembro de número de la Academia de Ciencias del Ambiente. Es, por otra parte, socio del Estudio Jurídico Sabsay / Neimark abogados. Entre otras distinciones, ha sido condecorado por el Gobierno de Francia en dos oportunidades con las insignias de "Caballero y de Oficial de la Orden Nacional del Mérito" y con la Medalla la Mérito Académico "por sus aportaciones trascendentales al desarrollo del Derecho Ambiental", otorgada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

hacer balance y estado de la discusión, tan importantes para la democracia como son los distintos ejes que se van a tocar el día de hoy.

A mí me toca hablar de libertad de expresión y no discriminación.

La idea es un desarrollo en el cual trataré de repasar lo que es la libertad de expresión en sus distintas facetas, cuáles son los elementos más importantes que hay que tener en cuenta a la hora de trabajar en los temas de libertad de expresión. Para eso, recurriré a la jurisprudencia más importante y, en particular, a nivel nacional, la de nuestra Corte Suprema de Justicia, que inclusive ha tenido oportunidad de expresarse de manera muy fuerte y vigorosa, la semana pasada, en el fallo "Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros". Ese fallo es un resumen muy extendido de lo que la Corte piensa en materia de libertad de expresión, pero lo más interesante es que recoge la doctrina de muchos otros pero avanza aún más y, sobre todo, da una conexión muy clara entre los diferentes pronunciamientos, y hoy se puede tener una posición mucho más clara de lo que el máximo tribunal de la República piensa sobre una cantidad de cuestiones claves relacionadas con la libertad de expresión.

La libertad de expresión es un derecho de primera generación. Es un derecho que proviene de a primera etapa del constitucionalismo histórico, clásico, del siglo XVIII y XIX, y ha sido receptado en instrumentos tan importantes como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como así también en la primera enmienda de la constitución de Filadelfia de 1777, la Constitución de los Estados Unidos.

En el caso argentino, tiene una expresa recepción constitucional en el artículo 14, que es el artículo que contempla los derechos individuales, y en el artículo 32. Después vamos a ver cómo podemos diferenciar distintas etapas en el encuadre institucional de esta libertad en el derecho público argentino, que tiene algunos hitos como la aprobación por parte de Argentina de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que implica con dos de sus artículos, el 13 y el 14, una extensión bien clara de lo que es el techo constitucional y convencional en materia de libertad de expresión. Otra etapa importante aparece con la reforma de 1994, reforma que a su vez introduce una cantidad de nuevos contenidos.

Como ustedes podrán ver de lo que yo acabo de decir en relación a estas etapas, no hay ninguna que avance por sustracción de alguna etapa anterior, sino que cada una de ellas en realidad representa un escalón más en materia de sumatoria de nuevos aspectos del encuadre básico de la libertad de expresión.

La libertad de expresión es, de acuerdo a una definición muy amplia, "el derecho de hacer público, transmitir, difundir y exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones críticas, imágenes y creencias a través de cualquier medio. Puede ser oralmente, a través de símbolos y gestos, de forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, entre otros medios".

Esta definición la tomé de la opinión consultiva sobre libertad de expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La evolución es muy amplia en cuanto a los medios en los cuales se pueden difundir ideas y pensamientos, entonces podríamos hablar de medios como son los blogs, sitios web de diversa índole, cantidad de nuevas técnicas audiovisuales que se suman a las que acá están expresamente listadas.

La libertad de expresión es la exteriorización del pensamiento, es decir es la forma en la cual aparece para otros el pensamiento de personas tanto físicas como jurídicas, de sectores dentro de una sociedad constituida de manera republicana y democrática. La libertad de pensamiento per se no tiene una proyección expresa porque no se da una alteridad, es decir, la libertad de pensamiento es exclusiva de la persona que la expresa interiormente. Cuando se exterioriza, estamos en presencia de esta libertad fundamental.

¿Cómo aparece en nuestro sistema?

En nuestro sistema tenemos la libertad de expresión a través del límite del único medio que existía en aquel entonces que es la libertad de prensa, es decir, entre los derechos que están enunciados en el artículo 14 aparece la facultad de expresar libremente las ideas a través de la prensa sin censura previa.

Acá observamos un elemento importante dentro de esta libertad que es la existencia del elemento "sin censura previa". Censura, para muchos autores, opera como complemento de la facultad, potestad, libertad o derecho de expresar las ideas. El hecho de que las mismas puedan propalarse con esta suerte de amparo que es la no censura previa opera como una garantía precisamente de esa libertad de expresión. La no censura previa es una garantía de que precisamente la libertad de expresión sea una realidad en los hechos.

Por lo tanto, definir los alcances de lo que es esa censura previa y lo que no es, es definitivamente un elemento básico, y asimismo, más allá de la relatividad que tienen todos los derechos —que aparece inclusive desde la presentación del artículo 14, que habla de los derechos de que gozan todos los habitantes "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"—, la libertad de expresión ha sido considerada por la mayoría de los doctores como el menos relativo de los derechos. Ello, sobre todo, por la existencia de esa garantía de la no censura previa, que sí tiene carácter absoluto. La libertad de expresión puede tener algún tipo de limitaciones que son sumamente "limitadas", valga la redundancia, con lo cual la relatividad del derecho está presente.

La diferencia con otros derechos es que este se garantiza por la no censura previa, que sí es de carácter absoluto, y eso surge claramente tanto de nuestra ley fundamental como de la interpretación que se le ha dado, como así también del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica y de las interpretaciones que se hicieron del mismo.

Es importante, cuando hablamos de libertad de expresión, decir que existen tres estadios o tres dimensiones diferentes. Una primera es, como yo caratulé al principio de mi exposición, la existencia de un derecho individual y personal a expresar libremente las ideas y al intercambio de las ideas. Es interesante observar cómo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aparece no sólo la expresión sino también la idea del intercambio de información como un elemento básico para la vida republicana. Es decir, lo primero se sitúa en el ámbito personal. Lo segundo habla de una dimensión de tipo social que se compadece con el sistema republicano de gobierno. Una democracia

en la cual no existe plenamente el goce y ejercicio de esta libertad es una democracia sumamente endeble, frágil, porque le falta un elemento básico que es la posibilidad de ese insumo fundamental, tanto para el conocimiento de las cuestiones y de las políticas de Estado —como elemento formativo—, como así también para el control en el ejercicio de las funciones gubernamentales.

De allí el énfasis tan fuerte que se pone en la no censura previa como una primera garantía, y la segunda garantía es el secreto de la fuente periodística. Esta no es tampoco un contenido que tiene que ser observado desde el interés del periodista o del medio al cual representa, sino que tiene que ser visto bajo la óptica del interés general de todos hacia el bien común. Efectivamente, este secreto garantiza el acceso a esa información y que no haya ninguna amenaza ulterior, en tanto y cuanto no se exige el conocimiento de quién brindó la información o de dónde surgió. Allí aparece una segunda exigencia sumamente importante y que tiene que ver con otra garantía, que es ese secreto.

En nuestra Constitución histórica, es decir, en la primera etapa, el artículo 32 pone determinados límites a las facultades del Congreso, cuando impide la sanción de leyes que restrinjan la libertad de prensa o que le impongan la jurisdicción federal. En cuanto a lo primero, no quiere decir que le sea imposible el dictado de toda normativa. Esto no es así. Es de aquella normativa que de manera directa o indirecta esté de alguna manera coartando el carácter completo, amplio, extenso que tiene la libertad de expresión.

En cuanto a lo segundo, fue un producto de la reforma de 1860, imposición de la provincia de Buenos Aires que por el Pacto de San José de Flores se reincorpora a la Confederación, ya que temía que pudiesen coartarse las normativas locales o las reglamentaciones vinculadas con la libertad de prensa. Este es el sentido federal por el cual se incluye esa expresión.

En cuanto al Pacto de San José de Costa Rica, es muy importante ir viendo el artículo 3 para entenderlo en todos los aspectos, porque es sumamente amplio y ha sido objeto de distintas opiniones o decisiones de los órganos de aplicación. Dice que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar y recibir informaciones de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. Ese párrafo extiende el contenido del artículo 14 de la Constitución Nacional, porque tiene un derecho anexo a la libertad de expresión, me refiero al derecho de acceso a la información pública. Se habla de libertad de buscar, recibir y difundir. Esa libertad, en definitiva, es una consagración por vía convencional y que hoy tiene jerarquía constitucional.

A partir de la reforma de 1994, el inciso 22 del artículo 75 nos brinda un derecho que es un derecho-garantía, derecho que nos permite, como regla general, hacer pública toda la información que existe en las distintas reparticiones de gobierno, como así también en determinadas empresas privadas o públicas no estatales. Es decir, un derecho-garantía y un derecho que tiene ciertos elementos básicos, entre ellos una ampliación del principio de publicidad de los actos de gobierno. Este derecho aparece en la legislación de los Estados Unidos, en 1966, en la Ley de libre acceso a la información pública, y luego en las disposiciones de la Unión Europea y de varias constituciones europeas y americanas, y de varias de nuestras provincias. El principio general es que la información es pública. No queda a decisión del gobernante aquella información que brinda, por su potestad, de los actos de gobierno. Está sujeto al escrutinio de toda persona, por ser información pública, de tener que brindar esa información. Y este hecho lleva a determinadas obligaciones de parte de los responsables en los organismos. Es decir, la necesidad de crear sistemas de información en los cuales esté ordenada regularmente la información para que sea susceptible de acceso rápido, ordenado y actualizado. Marca un deber de parte de los organismos públicos y demás organismos obligados a ellos, y la posibilidad de no brindar información en aquellos que excepcionalmente estén contemplados en el derecho vigente. Además, en ese caso se invierte la carga de la prueba. El obligado de brindar información es el que tiene que demostrar que efectivamente esa información que se le solicita está comprendida dentro de los supuestos excepcionales en los cuales el marco jurídico excluye al responsable de la obligación de brindarla.

Por último, otro elemento básico es la posibilidad de reclamar ante una negativa arbitraria de brindar esa información: ese reclamo tiene que ser precisamente objeto de una vía judicial rápida como el amparo, para que rápidamente el funcionario renuente brinde esa información.

Fíjense como avanza más ese primer párrafo en relación con este tema; agrega otro derecho que se entronca con esa necesidad de intercambio y no exclusivamente desde una visión unilateral de expresar ideas. De intercambio y de función pública de control, es decir, si los derechos tienen esa otra dimensión, que es la dimensión social, para poder cumplir con esta dimensión social debemos estar investidos de aquellas herramientas que nos permitan contar con aquellos elementos necesarios para llevar a cabo el cumplimiento de dicha función.

En el segundo párrafo se dice que el ejercicio del derecho previsto no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores que deben estar fijadas por la ley y necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. No se puede restringir el derecho de expresión por medios indirectos tales como el abuso de control, etc.

Me parece importante observar esta idea de la no censura pero sí de las responsabilidades ulteriores. Aparece un criterio de atribución de responsabilidad muy particular y lo que apunta es a no coartar la expresión de las ideas a través de intervenciones que se antepongan a la emisión de las mismas.

En cuanto a los límites que pone este inciso, es importante que en distintas decisiones, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en particular de nuestra Corte Suprema, en cuanto a ese primer punto, es decir el cotejo entre la libertad de expresión, de prensa, etc., y el derecho al honor y reputación, la jurisprudencia ha hecho un análisis en el que en cada caso ha entendido que debía ponerse en tela de juicio cuál era el bien jurídico a proteger. Ha determinado que en aquellos casos en los cuales la reputación y la honra recae sobre funcionarios públicos, sobre personalidades públicas o privadas que son objeto de algún acontecimiento de trascendencia institucional, en esos casos la libertad de expresión está en un peldaño superior a esa honra y reputación.

La idea de la jurisprudencia —y en el caso de la jurisprudencia de la Corte, en “Patitó” y muchos otros fallos le dedica muchos párrafos— es que necesariamente, para la valoración de los bienes jurídicos en juego, la reputación y la honra deben ceder en aras de la libertad de expresión porque esta atiende una función que es supra individual y protege a todo el sistema republicano, lo que no ocurre respecto del otro caso.

En el caso “Patitó”, ustedes saben que los que se ventilaba era la situación de determinados artículos publicados en el diario La Nación y un editorial en relación a la actuación del cuerpo médico forense. En esos artículos se demostraba con particular crudeza determinadas irregularidades que habían llevado a que un juez penal hubiese iniciado un proceso penal y llegado al procesamiento de varios de los integrantes del cuerpo médico forense. Por otro lado, varios medios de prensa habían difundido distintas especies vinculadas con las irregularidades que se daban en ese cuerpo médico, y ustedes saben de la importancia que hoy en día tienen las pericias científicas en muchos procesos: son prácticamente el elemento determinante para el dictado de una sentencia en uno u otro sentido.

Entonces, en primera y segunda instancia, se había condenado al medio, no al periodista que escribió los artículos, porque allí sí se encontraba que existían los atenuantes de parte de los artículos que escribió, porque en todos ellos había citado las fuentes, pero en cambio en el editorial aparecían una cantidad de juicios de valor que efectivamente eran dañinos para el decoro y la reputación de ese cuerpo médico forense. Se daba así porque habían resultado sobreesidos en el proceso penal.

Sin embargo, cuando esto llega a la Corte, primero a través del dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Righi, en un dictamen muy meduloso y detallado, se establece que en el mencionado caso no aparecían ponderados ni los resultantes del caso “Campillay”, ni los resultantes de la “doctrina de la real malicia”, que sobre todo en el caso Morales Solá resultaban determinantes para la posibilidad o no de incurrir por daños en este tipo de cuestiones. Allí se recuerdan los elementos fundamentales de esas dos doctrinas.

En el caso “Campillay”, recordemos que si bien la Corte condena, lo hace porque no se había citado la fuente mediante la cual se mencionaba que había sido objeto de una condena un funcionario público, lo que después había demostrado ser erróneo, y determina que hay un estándar que podría excusar de esa responsabilidad: que se cite la fuente, se mencione en potencial el hecho que se está relatando o no se dé el nombre de las personas que están incursas en la acción pertinente. Todo ello, en el caso, no se daba, pero sirve a futuro para tener en cuenta respecto a otros casos.

El primer examen que hace el Procurador es a la luz de esta doctrina.

El editorial de La Nación quedaba eximido porque se citaba a las fuentes, no se mencionaba a las personas y además hay algo que me parece importante de este fallo, que le agrega a los otros, que es la diferenciación entre hechos, juicios de valor, opiniones o comentarios.

Respecto de hechos, allí sí puede existir una responsabilidad ulterior, en cambio respecto a opiniones, juicios de valor o comentarios, eso integra en el acervo de lo que es la libertad de expresión, si no, es como penar el pensamiento.

En segundo lugar, recuerda claramente lo que es la doctrina de la “real malicia” para demostrar que aquí tampoco se plantea. La doctrina de la “real malicia” surge de un fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el caso “New York Times vs. Sullivan”, en el cual se había condenado a un periodista porque había mencionado que determinados funcionarios habían cometido determinados delitos. En esta doctrina, lo que se considera es que no se daban dos estándares fundamentales, es decir, que la información no había sido brindada conociéndose que fuera falsa, no había existido dolo de parte de quien la había propalado, pero además no había existido una situación de negligencia grave en el cotejo de esa información de parte de quien la había brindado.

En el fallo, además, se va aún más lejos y se modifica en relación a la responsabilidad civil lo que es la atribución de esa misma responsabilidad, porque entre los elementos que pondera la sentencia aparece la situación en la cual el demandante no había demostrado que en la especie se daban esas dos circunstancias de la “real malicia”.

Según la Corte, por tratarse de una libertad tan especial, se invierte la carga de la prueba y es a cargo de quien invoca un daño la responsabilidad de la prueba referente a la existencia o no de los elementos que podrían configurar “real malicia”. Este fallo completa el panorama para saber cómo movernos en estos casos.

Por otro lado, se habla de los límites para proteger de la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral pública. Este tipo de relaciones nos hacen pensar que según en qué manos recaigan, pueden ser utilizadas de manera arbitraria, por ello es importante consultar el modo como lo ha interpretado la Corte Interamericana. Lo ha interpretado como que sólo puede darse en situaciones reales de grave crisis y de inseguridad nacional. Da ejemplos de situaciones bélicas, de sublevaciones, casos realmente excepcionales. No es que, simplemente, para coartar algún medio o limitar la libertad de expresión, alguna autoridad pueda invocar de manera prácticamente ritual, casi con palabras similares aquellos supuestos. La Corte Interamericana, en reuniones consultivas, ha establecido esos estándares que ponen en su justo punto medio otro limitante a la no censura previa. Es importante esa interpretación a la luz no sólo del principio de razonabilidad, es decir la mera proporcionalidad entre fines y medios, sino en particular ese análisis de razonabilidad que han hecho los mismos órganos que aplican al Pacto o a la Convención.

Luego, en el punto tercero, que me parece que es clave en esta cuestión, enuncia que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Es importante tener en cuenta para el derecho interno, lo que ha expresado la Corte Suprema en el caso “Río Negro”. Es el caso de un medio provincial, el diario Río Negro, que llega a la Corte Suprema por una situación en la cual, de buenas a primeras, el gobierno de la provincia de Neuquén (dado que este diario no va sólo a Río Negro sino a toda la zona del Alto Valle, que comprende a Río Negro y Neuquén) decide quitarle la pauta oficial. El diario entendía que, si bien no existía una obligación de propaganda oficial en

un medio determinado, la utilización del dinero público que llega para pagar los espacios en los medios, a través de esa publicidad, no podía ser adjudicado de manera arbitraria. Esta arbitrariedad constituiría per se un modo indirecto de censura, privilegiando a algún medio en detrimento de otro como una forma de premio y castigo y una mayor viabilidad a algún medio en detrimento de otro, más en medios provinciales donde ese dinero es el mayor sustento.

En un fallo novedoso y renovador, la Corte le da la razón al medio y aplica el párrafo tercero del artículo 3. Se explaya y considera que, efectivamente, estamos ante dinero público, que es importante para apoyar la pluralidad de los medios. Demostró que no caben dudas que es una posibilidad para censurar.

En muchos países la publicidad oficial está reglamentada, pautada y apunta a estos estándares que la Corte en este caso ha impuesto. Por un lado, la no discrecionalidad, y por otro lado la no utilización de una herramienta que implica discriminación de medios.

En materia de libertad de expresión hay que estar sumamente cautelosos en todo lo que representan las conductas, las políticas y actos de las autoridades gubernamentales en relación con medios y periodistas. Si estas conductas son arbitrarias, dirigidas a privilegiar a algunos sobre otros, son discriminatorias, y al serlo no están solo ocasionando un daño al medio —que sería lo menos importante en esta temática— sino también al vigor que debe tener una democracia y que depende del vigor que tiene la posibilidad de expresión de las ideas.

Es un fallo sumamente interesante y revelador, y debería estimular a los poderes públicos, en particular al Congreso, a inspirarse en derecho comparado o algo propio para elaborar una normativa para que no haya que llegar a la justicia, relacionada con el modo de manejarse con la propaganda oficial, que surja de estándares fijados en el derecho público.

En el acápite cuarto, leemos que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo.

Sería una excepción a la censura previa donde se está privilegiando la formación de niños y adolescentes.

Aquí también hubo numerosos fallos y opiniones que han acotado este ámbito. En particular, con censura en temas artísticos, vinculados con aspectos religiosos o interpretaciones de aspectos religiosos.

So pretexto de aplicar ese inciso, en realidad se estaba aplicando censura bajo el prisma de que no se ajustaba a una determinada comunidad religiosa. Esto también es peligroso, siempre que se vincule con el perjuicio a la expresión de determinada comunidad.

En acápite cuarto, prosigue enunciando que estará prohibido por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra personas o grupos de personas con ningún motivo, inclusive los de raza, religión, color, idioma, origen nacional, etc. Lo que aquí el Pacto esta recogiendo son conductas que se tipifican como delitos, delitos a través de la prensa. En este caso se revela y ocurre una vez que dicha conducta se exterioriza. Se ha dado esa situación de apología.

Es interesante tener en cuenta que aun en este tema ha habido fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en relación por ejemplo a la quema de las banderas o símbolos nacionales, por ejemplo el caso “Texas vs Johnson”. En fallo dividido pero mayoritario, la Corte toma en ese caso una decisión contraria: dado el contexto en el que se encontraban, sostiene que no se quiso menoscabar la nacionalidad o el orgullo patrio sino que lo que trataba era llamar la atención en un momento de guerra y que se había usado ese medio para llamar a la conciencia sobre la situación. Querer resumir esto a la voluntad de dañar a la patria era una visión absolutamente subjetiva, que demostraba además lo interesante de que las ideas se manifestaran bajo las más variadas modalidades siempre que no dañen a terceros, en tanto y en cuanto ello sustenta lo que los estadounidenses y algunos de los comentaristas argentinos consideran como el escrutinio del libre mercado de ideas.

Ha sido muy criticado que lo que interese sea que la mayor cantidad de ideas lleguen a los receptores de las mismas, como los miembros de la comunidad, para sustentar en eso todos los factores sociales de importancia para el sistema en su conjunto. Quienes critican dicen que peca por defecto al creer que el mercado de ideas es realmente libre cuando en realidad muchas de estas cuestiones están monopolizadas en unos pocos, entonces tan libre mercado no existiría. Quienes replican dicen que no se trata de eso sino de la posibilidad de que por lo menos se logre debatir. Es decir, lo que interesa es que siempre haya ámbitos de intercambio, que no existan dificultades para la expresión de las ideas.

En la última parte de mi exposición, voy a tratar de ver de qué modo podría entender la situación del INADI, que lleva una actividad tan positiva para la construcción democrática como lo es nada menos que la destrucción de uno de los elementos más infames de la democracia: la discriminación. Yo me pregunto: ¿es susceptible, para esta finalidad tan loable, la posibilidad de amparar algún mecanismo que importe una manera de impedir que se concreten conductas discriminatorias a través de los medios?

Yo me pronuncio por la negativa. Creo que de alguna manera u otra se va a llegar a una censura indirecta. Respecto al Observatorio de Medios, organizado desde el Gobierno, creo que es una forma indirecta de censura. Que el Estado, con sus medios económicos y con su aparato, haga un escrutinio de los medios para ver cuáles son los que discriminan y cuáles no, me parece que es una herramienta sumamente peligrosa. Que se conforme desde la sociedad civil es otra cosa, porque allí es la defensa de la misma sociedad, sin capacidad de sancionar directa o indirectamente, por ejemplo con la publicidad.

Para mí, en la acción oficial en cuanto a los medios, tanto en el ex presidente como en la actual presidenta, la Dra. Kirchner, hay una actitud que no se compadece con el marco que tratamos de darle, o sea, una actitud permanente de selección. Hay un rechazo a las conferencias de prensa, posición de denostación de aquellos que realizan comenta-

rios contrarios al gobierno, y esto también es una manera de discriminar y censurar. Se responde a los medios que son afines, cercanos u amigos y, según muchos periodistas, cuando se dan opiniones que no gustan los llaman para "llamarlos al orden" o les piden que se rectifiquen.

Yo sería un hipócrita si no lo dijera en este lugar, porque lo he dicho en cantidad de lugares y, como se habla de libertad de expresión y discriminación, creo que los grandes responsables del Estado son los primeros responsables de garantizar estos derechos, que son derechos humanos fundamentales, todos los que subyacen en este colectivo de libertad de expresión, donde se asientan casi todos o todo el resto de los derechos humanos. Si esta libertad no existe es difícil que puedan darse los otros derechos y libertades.

Creo que en un organismo oficial como el INADI, el poder persuadir que esta situación, lejos de favorecer la construcción democrática y la legitimación de la acción gubernamental, va en sentido contrario, es algo sumamente constructivo y se inscribe absolutamente en el tema de la libertad de expresión y la no discriminación.

Debemos lograr una situación de templanza que termine con la descalificación hacia aquel que transmite ideas que no se comparten o críticas a determinados ámbitos de gobierno, porque creo que eso también es discriminatorio y nocivo para el intercambio de ideas. Quien les habla ha sido merecedor de ese tipo de comentarios, por parte del ministro de Justicia, entre otros.

En ese momento yo respondí que me sentía sumamente distinguido que un ministro se ocupara de un vulgar profesor de derecho constitucional. Me llamaba la atención que, en lugar de contra argumentar, se utilizara un medio público para denostarme y humillarme, aunque no lo lograron en lo más mínimo. Lo que se trataba en ese momento era una resolución por la cual se les exigía a todas las fuerzas de seguridad la necesidad de comunicar al ministro de Justicia todo procedimiento ordenado por jueces o fiscales.

Pocos días después se dejó sin efecto la resolución, luego de una reunión con los ministros de la Corte. A veces, la soberbia puede ser un mal camino.

Muchas gracias por su paciencia y a María José la invitación que me ha hecho y la capacidad de aceptar la amplitud con la cual me manifiesto con ustedes.

EL PRINCIPIO DE NO-DISCRIMINACION Y EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Por Víctor Abramovich⁽⁴⁾

Agradezco a María José por la invitación, ya que considero importante que esta participación pueda ser el inicio de una relación más estrecha del INADI con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Estuvimos con algunos de ustedes en la reunión de altas autoridades del MERCOSUR, donde planteamos ciertas discusiones, también en el ámbito del sistema interamericano, sobre el acceso a derechos económicos, sociales y culturales y los criterios de igualdad. En ese sentido, creo que es muy importante el rol del INADI, ya que es un Instituto que está al interior del Estado y tiene la ventaja de poder actuar en las recomendaciones de políticas públicas.

Muchas veces, las instituciones de protección de derecho por fuera del Estado son centrales para la fiscalización, pero no logran en muchos países de la región tener la misma capacidad de incidencia en la recomendación de políticas públicas.

Este es un tema central para toda la región, es decir, cómo convertir esos principios, esos estándares de interpretación de los derechos humanos que están en los tratados en políticas públicas concretas que los garanticen de manera efectiva. Y en esto, el rol de ustedes es central.

Me pidieron un pantallazo general de las discusiones sobre igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y voy a intentar hacer un recorrido por ese tema y por esas discusiones.

Creo que si miramos hacia atrás las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto de la Comisión como de la Corte, se observa de manera cada vez más clara una fuerte evolución en el concepto de igualdad y no discriminación, de una idea original de igualdad en un sentido formal, como la obligación del Estado de eliminar privilegios indebidos o discriminaciones de derechos en perjuicio de determinadas personas, hacia un concepto de igualdad sustantiva —yo diría de igualdad estructural— que establece el deber del Estado de brindar protección especial a ciertos grupos subordinados.

Esta es una evolución que se va dando gradualmente, y en muchas de las decisiones del sistema se puede observar cómo conviven conceptos de discriminación que no son del todo compatibles. Es decir, se observa un gradual desplazamiento de un concepto de igualdad meramente formal a un concepto de igualdad sustantiva como protección de grupos subordinados, que al mismo tiempo no se limita al análisis de la igualdad sino que influye en la manera en que los órganos del sistema releen los derechos del Tratado, incluso los derechos civiles tradicionales: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho de acceso a la justicia y el de la libertad de expresión.

En esta evolución del concepto de igualdad, hay una evolución interesante sobre el rol del Estado.

(4) Víctor Abramovich inició su mandato en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en enero de 2006. Es Relator de la Comisión Interamericana para Colombia, Cuba, Guatemala, Nicaragua y Relator Especial sobre derechos de las mujeres. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Abramovich tiene una maestría en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de American University de Washington, D.C. Ha completado, además, numerosos cursos de especialización en Derechos Humanos y Derecho Civil en Inglaterra y España. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina, consultor del Banco Interamericano de Desarrollo, asesor legal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entre otros. Actualmente es profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Lanús y profesor visitante de la American University y de la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador. Es autor de varias publicaciones especializadas, particularmente sobre derechos económicos, sociales y culturales.

El concepto de igualdad formal presupone un Estado, en cierta medida, neutral, ciego a la diferencia, y un concepto de igualdad sustantiva presupone un Estado que abandona la neutralidad y define políticas de transformación y de protección de grupos o sectores discriminados.

Me parece interesante que esa evolución del concepto de igualdad vaya acompañada de un cambio en los temas que llegan al Sistema Interamericano.

Ustedes saben que el Sistema se conforma con dos órganos principales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es un órgano principal de la OEA creado en la década del '60, que tiene su sede en Washington y tiene dos funciones: una cuasi judicial que interviene en la tramitación de casos, como si fuera una instancia preliminar, y ante una violación de derechos pueden enviar el caso ante la Corte Interamericana; y una función de supervisión de la situación de los derechos humanos en los países por la cual se emiten informes o recomendaciones que a veces tienen que ver con interpretaciones jurisprudenciales, pero muchas veces tienen que ver con reformas o revisiones de políticas, de prácticas o de normas de los estados.

El segundo órgano es la Corte, que es el órgano judicial del sistema, que recién se crea en la década del '80, y va consolidándose de a poco en la medida en que más Estados comienzan a participar de ese sistema internacional de protección.

Hay un punto de inflexión importante a mediados de los '90, cuando los dos grandes estados de América Latina, que son Brasil y México, ingresan al sistema plenamente, aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte y completan un proceso gradual de construcción de un sistema.

Aun así se pueden marcar tres etapas en el Sistema Interamericano, y esto es interesante a los efectos de analizar también la evolución del concepto de igualdad. Hay una primera etapa que tiene que ver con el seguimiento de situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos en los países de la región; estamos hablando del terrorismo de Estado en la década del '70 en Sudamérica y los conflictos armados en Centroamérica en la década del '80. Allí, el rol central del sistema, fundamentalmente de la Comisión, es la exposición pública de esas violaciones: documentar violaciones y exponerlas públicamente a partir de visitas en el terreno.

Ustedes recordarán la visita de la Comisión a la Argentina en el año 1979 y el informe de 1980; es una forma de trabajar en la fiscalización de la situación de los derechos humanos que se basa en la exposición pública de las violaciones a los mismos y en mecanismos de supervisión más políticos que judiciales.

Uno puede diferenciar una segunda etapa en el funcionamiento del sistema que es la etapa de las transiciones a la democracia. Es decir, a la salida de esas dictaduras que fueron el período de violaciones masivas y sistemáticas, los temas centrales que conoce el Sistema Interamericano —ya no sólo a través de visitas sino que empieza a recibir peticiones individuales y casos que van marcando un proceso de judicialización de la protección de los derechos humanos en el Sistema— tienen que ver fundamentalmente con el legado de esas dictaduras. Aquí se discute por ejemplo el tema de las amnistías, el tema del derecho a la verdad, las políticas de reparación, pero también cuestiones que tienen que ver con el acompañamiento de los procesos de transición a la democracia. Por ejemplo, ponerle límites a los fueros militares, a la justicia penal militar; tratar de definir algunos estándares más claros sobre estados de sitio o estados de excepción, sobre el rol del habeas corpus y del poder judicial en estado de excepción para la tutela de derechos civiles básicos.

Esa segunda etapa, que acompaña los procesos de transición, se extiende hasta entrada la década del '90.

Quizás en este momento estamos ya en una tercera etapa en el funcionamiento del Sistema.

Tenemos democracias en todos los países de la región, que sin embargo son deficitarias, que tienen problemas de distinto tipo, déficit en el funcionamiento de las instituciones y en la administración de justicia, que es un tema central para el Sistema, por su propia lógica subsidiaria de protección.

El Sistema es subsidiario de la protección que se brinda al interior de los Estados; es estratégico tanto para la Comisión como para la Corte tratar de fijar algunos principios sobre cómo se deben garantizar esos derechos por los órganos judiciales del Estado en los países de la región.

Este es un tema central: déficit en el funcionamiento de las instituciones.

El otro gran tema en la región es la desigualdad y la exclusión. América Latina no es la región más pobre pero sí la más desigual del mundo con respecto a la distribución del ingreso.

Esto llevó a que comenzaran a llegar, cada vez con más fuerza, demandas vinculadas con situaciones de exclusión o desigualdad estructural de grupos o de sectores sociales, y ese tipo de demandas obligó en cierta medida al sistema a repensar y reformular los conceptos tradicionales de igualdad con los que venía funcionando en sus primeros años.

Entonces, volviendo al tema de la igualdad y relacionándolo con estos tres períodos históricos, hay una primera noción de igualdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que surge en el período de la transición a la democracia y tiene que ver con la idea de igualdad formal y debates que se llevaban en la región en esos años. O sea, cómo eliminar privilegios indebidos (por ejemplo, toda la discusión sobre alcance de la competencia de la justicia penal militar), o cómo eliminar discriminaciones de derecho que se encontraban en las leyes o códigos (todo el proceso de discusión sobre códigos civiles de países de América Latina que excluían del ejercicio de ciertos derechos, por ejemplo, a las mujeres, o a las mujeres casadas). Ese primer concepto de igualdad en el Sistema tenía que ver con la idea de igualdad formal y con la necesidad del que el Estado revisara normas que establecían diferencias de trato arbitrarias.

Básicamente, el análisis de igualdad (y puedo mencionar una opinión consultiva de la Corte, la número 4, el primer texto de la jurisprudencia que define el concepto de igualdad) asimila este análisis de igualdad con el de racionalidad. Se analiza si el fin de la norma es legítimo o no, si esa diferencia de trato es razonable, si existe adecuada proporcionalidad entre medios y fines y hasta allí llega el análisis en una primera definición.

Se trata de un análisis individual, una víctima de discriminación frente a una norma discriminatoria, pero no se avanza en un examen que abra el prisma de análisis del caso hacia el contexto social en el cual esa discriminación se produce. Presupone del Estado un cierto rol de neutralidad. El Estado tiene que generar reglas iguales, eliminar privilegios indebidos, ser ciego en las diferencias entre las personas y eliminar formas de discriminación deliberada que aparecen en políticas o en normas legales.

Hay quizá una primera vuelta sobre este concepto de igualdad formal.

Ya a fines de la década del '90, en un informe de la Comisión, del año 1999, sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa como la promoción de la participación política de las mujeres, donde la relatoría de derecho de las mujeres de la Comisión analiza las acciones afirmativas en materia electoral, comienza a desarrollarse la idea del "escrutinio estricto". O sea, la presunción de ilegalidad de ser contraria a la Convención de ciertas formas de diferencia de trato en función del sexo.

Esta idea de escrutinio estricto se define de manera más clara en 2001 en el caso Morales de Sierra contra Guatemala, que precisamente es un caso sobre discriminación de las mujeres en el Código Civil de Guatemala. Allí, se discuten dos artículos. Uno prohibía a la mujer a trabajar fuera del hogar sin la autorización del marido y el otro le prohibía administrar los bienes de la sociedad conyugal. Esas normas se fueron reformando en la mayoría de los países de la región, aunque todavía hay países como Chile que las siguen teniendo. En ese caso, la Comisión Interamericana avanza un poco más sobre la idea de igualdad formal y define la noción de "categoría sospechosa", si estuvieron hoy con Andrés Gil Domínguez seguramente habrán visto cómo la Corte Suprema Argentina avanza en una dirección similar al definir ciertas categorías de diferencia de trato como categoría sospechosa. Cuando la Corte Suprema lo hace, el juez Petracchi, que es el primero que lo hace, toma más la jurisprudencia norteamericana que la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Sin embargo, en los últimos casos, por ejemplo, un juez discriminado por nacionalidad, la jurisprudencia del sistema es tomada por la Corte Suprema. Con la idea de la "categoría sospechosa", está el caso "Hobbs" y hay otro caso más, del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, el caso "Gottschau".

Ahora, ¿cómo se define ese concepto en la Comisión? Básicamente, la idea es que, en la medida en que aquella norma del Código Civil impugnada en el caso estableció una diferencia de trato en función del sexo, traía consigo una presunción de ilegalidad. Ello generaba una inversión de la carga de la prueba: le correspondía al Estado argumentar y probar que la diferencia de trato por sexo era legítima y, además, el Estado tenía el deber de justificar esa diferencia de trato de manera estricta a través de la demostración de que había algún interés social muy poderoso, imperioso, que justificaba esa diferencia de trato. O sea, la inversión de la carga de la prueba y la idea de escrutinio estricto hace que muy pocas diferencias de trato basadas en el sexo puedan atravesar un test de legalidad a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto es un cambio importante, es una vuelta de tuerca sobre el concepto de igualdad formal que se había sostenido en las primeras decisiones del Sistema. Sin embargo, mi sensación es que el concepto de igualdad formal sigue siendo manejado en varias decisiones recientes de la Corte, sigue estando ahí presente, no fue totalmente desplazado. Sin embargo, comienza a ser, en cierta medida, transformado por un concepto de igualdad sustantivo o un concepto de igualdad estructural.

Me parece importante señalar que ese concepto de igualdad formal, definido de una manera estricta, incluso con el criterio de escrutinio estricto (que establece que una diferencia de trato fundada en un factor prohibido, como el sexo, la raza, la religión, etc., lleva consigo una presunción de legitimidad) tiene serios problemas y puede entrar en contradicción con algunas políticas públicas que promueven la igualdad. Por ejemplo, ese concepto de igualdad formal puede servir como sustento a una impugnación de políticas de cupos o de acciones afirmativas. Esto ocurrió en los Estados Unidos, donde la misma idea de igualdad formal y de categoría sospechosa fue planteada luego por los sectores conservadores para impugnar las políticas de cupos. Las políticas de cupo hacen que, sin entrar tres afroamericanos de diez, el cuarto blanco o blanca que queda afuera de la universidad por la "cuota" pueda hacer una impugnación muy simple: si esta es una diferencia de trato fundada en la raza y la raza es un factor prohibido, entonces hay ahí un problema con el principio de igualdad.

Si el concepto de igualdad sigue siendo formal y pierde de vista cuál es el contexto en el que se producen las prácticas discriminatorias, estamos ante una limitación muy fuerte del concepto de igualdad.

Me da la sensación que el sistema fue saliendo de esa encrucijada del concepto de igualdad formal por la vía del desarrollo, todavía incipiente, todavía poco claro, de un concepto de igualdad al que yo llamaría "estructural" o "de protección de grupos subordinados". Hay distintas posiciones sobre esto y lo estoy planteando en términos muy generales para que se entienda el concepto. Por ejemplo, me parece que un caso muy interesante es "María Lapeña Amalia Fernández c/ Brasil". Es un caso del año 2001 o 2002, donde la Comisión Interamericana vincula el concepto de igualdad con el derecho a vivir libre de violencia en la Convención de Belén do Pará. Allí se plantea en qué medida discriminación y violencia se potencian y cómo ciertas prácticas estructurales de violencia son favorecidas por patrones culturales de discriminación y, al mismo tiempo, favorecen la reproducción de nuevos patrones.

Es un caso muy interesante, porque María Lapeña, una mujer de clase media, era golpeada por su esposo, entonces recurrió a distintas instancias del Estado en búsqueda de protección.

En el caso era evidente la falta de efectividad de los mecanismos de protección de que el Estado disponía y, al mismo tiempo, la absoluta impunidad de casos similares de violencia contra las mujeres en el Estado que ella vivía en Brasil. La Comisión Interamericana analiza el caso tomando no sólo la situación de ella —la situación particular de su caso en el sistema de justicia— sino que pone su caso en un contexto social. Lo que hace es "abrir el foco", donde el sujeto individual es visto como parte de un contexto social o grupo que padece un proceso histórico estructural de discriminación. La Comisión se cuestiona en qué medida la situación de esta mujer es el exponente de un patrón estructural de violencia contra la mujer, tolerada sistemáticamente por el Estado.

La tolerancia del Estado se refleja en la ineffectividad de los mecanismos de prevención pero también en los mecanismos de investigación. O sea, la impunidad frente a esas prácticas.

En este caso, la Comisión considera que el Estado viola el derecho a la integridad física aun cuando el hecho mismo de violencia no provenga de un actor estatal sino de uno no estatal.

Viola por omisión, por no adoptar medidas efectivas de protección. Por primera vez, se aplica el artículo 7 de la Convención de Belén do Pará, que es una fuerte obligación positiva: actuar con debida diligencia para prevenir una situación de violencia en ese caso particular.

Este caso cambia en cierta medida la concepción sobre igualdad en el Sistema, porque por primera vez el contexto social donde se produce la violación y la pertenencia de la víctima a un grupo subordinado determina ya no sólo el deber del Estado de no discriminar, sino el deber del Estado de proteger frente a la discriminación y adoptar decisiones positivas frente a ellas.

Esta línea que se desarrolla en el caso Lapeña se da en otros casos; quizás lo más reciente es el informe que emite la Comisión en el año 2006 sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. Aquí la Comisión desarrolla algunas obligaciones del Estado, vinculadas con el deber de debida diligencia pero, al mismo tiempo, también recoge cuál ha sido toda la evolución de su jurisprudencia en materia de igualdad. Se hace eco de las críticas del feminismo a una teoría clásica de igualdad que fue la concepción que orientó el movimiento de derechos humanos de la posguerra hasta los últimos 15 años. Es importante, porque esas críticas del feminismo, que pueden ser críticas teóricas, se reflejan luego en un cambio de la jurisprudencia sobre igualdad.

En ese informe, el deber de debida diligencia se vincula con algunas obligaciones que es importante plantear. Por un lado, la obligación de acceso a la justicia, no sólo penal (o sea, el deber de investigar como crimen un hecho de violencia), sino también el acceso a recursos de tipo cautelar, o sea, la protección preventiva. Esto se relaciona, inclusive, con la posibilidad que pueden tener ONG's o instituciones nacionales públicas de Derechos Humanos de cuestionar normas, prácticas o políticas discriminatorias hacia las mujeres.

En la medida en que las prácticas de la violencia están íntimamente vinculadas con políticas o prácticas discriminatorias, la posibilidad de cuestionar, en distintos ámbitos públicos pero en particular en la justicia, normas, arreglos normativos, políticas o prácticas discriminatorias es una de las políticas de protección frente a patrones estructurales de violencia.

Otro elemento del informe es la vinculación directa que hay entre información y políticas de prevención de la violencia o protección ante la discriminación. En la medida en que el principio de igualdad exige del Estado la protección especial de grupos subordinados, y como estos en todos los países no son los mismos, el Estado tiene que tener —y esto lo dice la Comisión— un diagnóstico, una vigilancia sobre cuáles son los grupos subordinados en la sociedad y qué tipo de problemas de subordinación y de discriminación padecen, para poder definir, en base a esos diagnósticos, políticas específicas y eficaces para reparar esas situaciones de desigualdad. Hay una relación directa entre el deber de información o de producción de información y el deber de prevención.

En la Convención de Belén do Pará, hay un artículo específico sobre producción de informaciones y estadística (el artículo 8), y la Comisión desarrolla que esa obligación de producción de información y estadística está vinculada con el deber de prevención del artículo 7. Este artículo permite la presentación de casos contra los Estados ante el Sistema Interamericano: es el único artículo justiciable ante el Sistema Interamericano. De manera que incluir dentro del artículo 7 la obligación de producción de información abre en cierta medida el espectro de asuntos que podrían originar demandas contra los Estados en el Sistema Interamericano.

Aquí hay una primera evolución importante en el concepto de igualdad, de lo formal a lo sustantivo, que afirma la existencia de un deber positivo del Estado de adoptar medidas especiales de protección de mujeres víctimas de violencia.

Otra crítica fundamental al concepto de igualdad viene del multiculturalismo. No es extraño que otra serie de casos en el Sistema Interamericano, vinculados con una transformación del concepto de igualdad, sean casos sobre el ejercicio de derechos de los pueblos originarios.

Aquí vemos cómo la concepción sobre igualdad en el sistema cambia, y este cambio implica no sólo una ampliación del principio de igualdad y no discriminación en el sistema (la interpretación de los artículos 12 y 24 de la Convención), sino también una relectura en clave social de algunos de los derechos civiles y políticos clásicos incorporados en la Convención.

Por ejemplo el derecho a la propiedad, entre otros.

En el primer caso sobre pueblos originarios que llega a la Corte, que es el caso "Awitigní contra Nicaragua", se plantea el siguiente problema: no existía en la Convención Americana el derecho de propiedad comunitaria de los territorios de los pueblos originarios, porque la Convención Interamericana es un típico instrumento de derecho civil de la década del '60, que sólo reconoce derechos individuales y, en cierta medida, formula las obligaciones del Estado como obligaciones de no injerencia.

En este caso, donde se discutía el reclamo de un pueblo originario de Nicaragua para acceder a la titularización de tierras ancestrales, la Corte Interamericana establece que el derecho de propiedad en la Convención Americana tiene que ser releído en clave social para garantizar la protección del derecho comunitario de ese pueblo sobre su tierra, y que la protección de los territorios ancestrales de un pueblo está comprendida en el Derecho de Propiedad del artículo 21. Además, establece que es deber del Estado de Nicaragua disponer los mecanismos idóneos y efectivos para el proceso de regularización de la tierra.

Un típico derecho civil, individual, se relee en clave social. Como un derecho de un grupo —derecho colectivo—, y como fuente de obligaciones positivas del Estado. Un caso posterior en Nicaragua, el Caso Yatama, es interesante porque genera el mismo proceso de relectura, pero respecto del derecho de participación política. El pueblo Yatama es uno de los pueblos de la costa del Atlántico y tiene una forma de organización política ancestral, tradicional, que responde a su propia entidad cultural y no se ajusta a la legislación electoral de Nicaragua, que establecía determinados requisitos para la conformación de partidos políticos. La discusión era si prevalecía la ley estatal y se obligaba a esa

comunidad a reorganizarse para adaptarse, o si el Estado debía asumir cierta flexibilidad para reconocer que las comunidades originarias podían tener formas de organización políticas que respondieran a patrones de identidad cultural diferentes.

La conclusión de la Corte fue que era el Estado el que tenía que flexibilizar esa legislación para garantizar protección especial a los pueblos originarios respecto de su participación política. En cierta medida, está virando el concepto de igualdad. No es el concepto de igualdad que reclama neutralidad del Estado o ceguera a la diferencia, sino todo lo contrario. El Estado tiene que ser atento a la diferencia y establecer una diferencia de trato basada en el reconocimiento y el respeto de la identidad cultural de ese pueblo originario.

Esto va generando una nueva matriz de igualdad. En el caso Yatama, la Corte no hace del todo explícito cuál es el concepto de igualdad que maneja, pero en su formulación, en la medida que se establece una flexibilización de la ley estatal para reconocer la diversidad cultural, está asumiendo un concepto de igualdad que ya no es el meramente formal de los primeros años.

Hay casos recientes sobre pueblo indígenas en Paraguay, donde la Corte Interamericana avanza aún más en el reconocimiento de la propiedad ancestral, pero interpreta de manera extensiva la protección del derecho a la vida en la Convención Americana, para proteger derechos sociales de subsistencia de comunidades o grupos que se encuentran en situaciones de exclusión social extrema.

Hay situaciones de extrema pobreza, como en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, donde la Corte Interamericana deriva del derecho a la vida la obligación del Estado de brindar servicios básicos (acceso a agua potable, salud pública básica, educación, etc.) a algunas comunidades originarias que se encontraban excluidas de sus territorios ancestrales, algunos viviendo a la vera de un camino, con tasas altas de mortalidad y contaminación en sus tierras.

Hay algunos análisis de casos duros de derechos civiles y políticos, casos de masacres, donde la condición de ciertas víctimas como integrantes de grupos históricamente discriminados determinó que la Corte analizara de manera también diferenciada los deberes del Estado de reparación de esas víctimas. Es algo parecido al caso Lapeña, pero aplicado a casos de masacres de las clásicas, que son las habituales en el Sistema Interamericano. Todavía sigue habiendo crisis humanitarias importantes en la región, por ejemplo en Colombia.

Otro ejemplo fue la Masacre de Plan de Sánchez, en Guatemala, donde se analiza en qué medida existían prácticas de violencia sobre pueblos originarios que caracterizaron el conflicto armado en Guatemala pero que obedecían a patrones de discriminación contra estos pueblos que eran anteriores al conflicto armado y que persistieron con posterioridad al conflicto, reflejándose en la imposibilidad de acceder a mecanismos de tutela judicial de las víctimas indígenas de esos hechos. Allí la Corte establece deberes de reparación del grupo o del colectivo afectado por esa masacre.

No es sólo reparación de víctimas individuales sino también reparaciones colectivas.

Otro caso más reciente es el de "Moiwana contra Surinam", y es interesante porque este concepto de reparación de la violación de derechos humanos que afectan a grupos comienza a imponerse en los procesos más actuales de justicia. Si uno piensa en los debates sobre reparaciones en Argentina, la reparación fue de víctimas individuales de la dictadura. Más allá de que se clasificaron los tipos de violación, no hubo reparaciones colectivas. Sin embargo, en los procesos de justicia transicional que se dan en Perú en la actualidad, por las discusiones del régimen de Fujimori y anteriores, o en Colombia, en el marco del proceso de movilización con Paramilitares, comienza a discutirse la reparación por prácticas de violencia masiva de ciertos grupos, es decir, reparaciones colectivas de grupos discriminados. Se trata de otra transformación de los conceptos clásicos sobre los derechos humanos, que deriva de la incorporación de un concepto de igualdad como protección de grupos subordinados.

Hay también en algunas decisiones recientes del Sistema —y en particular de la Comisión—, una relectura del derecho de acceso a la justicia. Este también es un punto importante.

Por un lado, ciertos deberes específicos de investigación penal que tienen que ver con la calidad de la víctima como perteneciente a grupos discriminados. El Estado tiene el deber de investigar todas las violaciones de derechos humanos, pero tiene la obligación de considerar los aspectos diferenciados que tienen las violaciones de derechos humanos que sufren estos grupos.

Hay un caso sobre investigación de un delito de discriminación racial en Brasil, donde se analiza este punto específico, y también en estos casos que señalaba sobre investigación de violencia estructural en el marco del conflicto armado contra pueblos originarios en Guatemala.

Esta evolución respecto al acceso a la justicia me parece central, en la medida que este concepto de igualdad implica el conocimiento de derechos ya no sólo de personas sino también de grupos. Ciertas formas de discriminación de grupos, para ser planteadas de manera real ante los órganos del Estado y poder conseguir recursos de protección idóneos y efectivos, requieren que esos grupos tengan cierta capacidad de actuar colectivamente frente a los tribunales. No podría protegerse un derecho de índole colectiva por la vía de procedimientos que no presupongan cierta capacidad de acción colectiva de esos grupos.

En un caso reciente, también sobre pueblos originarios, "las 12 Tribus de Saramaka contra Surinam", se planteaba la siguiente situación: varias comunidades de Surinam reclamaban derecho de propiedad sobre un territorio cultural. Era un territorio muy grande, casi el 20 % del total de Surinam. Había un reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad y un derecho de carácter colectivo del derecho de propiedad de las colectividades.

Pero las acciones judiciales, para reclamar la reivindicación de la propiedad en la legislación de Surinam eran sólo de índole individual, sólo se podía accionar por la vía del reclamo de propiedad individual, de manera que el grupo como tal no contaba con un recurso idóneo y efectivo para accionar. La Comisión consideró que la ausencia de

un mecanismo colectivo para el reclamo de derechos de índole colectiva implicaba una violación del artículo 25 de la Convención: el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esto es importante porque marca que las acciones de protección de grupos y la posibilidad de actuar de los grupos en el ámbito de la justicia tiene respecto a los derechos de naturaleza colectiva una protección específica, no sólo en la Constitución, en el artículo 43, sino también en la Convención Americana.

Esto implica varias cosas. Cualquier norma que limite la acción grupal es una restricción de un derecho fundamental de la Convención Americana, por lo tanto tiene que obedecer a ciertos principios sobre restricciones de derechos fundamentales. Es un debate importante respecto a los mecanismos de protección.

Me parece que hay algunas diferencias fundamentales entre el concepto de igualdad que actualmente maneja el Sistema Interamericano y el concepto que manejó en la etapa dos, en el período de transición a la democracia. El concepto de igualdad como protección de grupos y el concepto de igualdad estructural implican algunas conclusiones muy diferentes al concepto de igualdad formal en tres o cuatro temas que me gustaría plantear.

La primera cuestión: el concepto de igualdad como protección de grupos no permite impugnar acciones afirmativas. No podría impugnarse en base al principio de igualdad políticas afirmativas del Estado. Esto no quiere decir cualquier política. Las políticas afirmativas tienen también límites, temporalidad, criterios, pero no podría servir el principio de igualdad en la Convención como fuente de impugnación de acciones afirmativas.

Precisamente, ese concepto de igualdad estructural demanda del Estado acciones afirmativas. Esta es una primera cuestión. Impide la impugnación de acciones afirmativas.

Esto no es menor si uno tiene en cuenta cuáles son los debates que se están dando actualmente en los Estados Unidos, en la Corte Suprema con mayoría conservadora, que está desandando todas las realizaciones de derechos civiles de la década del '60 hasta acá, sobre todo en materia de cupos en la educación. También se dan debates en Brasil sobre cupos en la educación secundaria y superior.

La segunda cuestión es que el principio de igualdad demanda del Estado acciones positivas.

O sea, el Estado puede violar el principio de igualdad no sólo cuando deliberadamente discrimina sino cuando no adopta medidas positivas de protección especial de ciertos grupos.

Estas obligaciones positivas de protección demandan políticas activas del Estado. Ya no se demanda neutralidad sino participación activa del Estado.

Yo les mencioné casos sobre derechos de las mujeres, casos sobre derechos de pueblos originarios, casos específicos sobre afroamericanos y sobre migrantes en situación irregular, como el caso "Bosico contra República Dominicana", donde se determinan deberes de acción positiva o afirmativa del Estado. Estas acciones afirmativas son muy importantes, porque en cierta medida generan una relectura en clave social de los derechos civiles y políticos, y logran equiparar el ámbito de tutela de ciertos derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo los casos de los pueblos originarios de Paraguay.

Un tercer elemento que me parece central: el concepto de igualdad como protección de grupos no se limita a las normas, las prácticas o las políticas que de manera manifiesta o deliberada discriminan al grupo. Abarca también la impugnación de ciertas normas, prácticas o políticas que pueden ser neutrales en su formulación pero que pueden tener impacto discriminatorio.

Ese principio obliga a mirar el contexto, obliga a abrir el prisma de la máquina y analiza también ciertas normas que pueden llegar a tener impacto discriminatorio.

En los Estados Unidos hay un debate muy interesante a nivel constitucional sobre ciertas normas electorales que prohibían votar a las personas con antecedentes penales. Cuando uno empieza a ver que las personas con antecedente suelen ser afroamericanos, porque las agencias de prosecución penal tienen un target y persiguen a un grupo más que a otros, entonces una norma que en apariencia es neutral puede tener un efecto discriminatorio.

Por ejemplo, también en el informe sobre acceso a la justicia y violencia contra las mujeres se analiza por ejemplo el criterio del mérito para el ascenso en las carreras de empleados públicos en carreras judiciales: puede ser una norma en apariencia neutral, pero en ciertos contextos el mérito puede implicar acciones discriminatorias.

Es muy difícil encontrar en la actualidad normas que deliberadamente discriminen. Los principales casos de discriminación son casos donde normas en apariencia neutrales producen efectos discriminatorios. Un caso reciente es el de "Bosico contra República Dominicana".

Era un caso de negativa a la inscripción de nacimiento de niños que eran hijos de padres haitianos en situación irregular o padres haitianos y madres que nacieron en República Dominicana pero que tampoco se habían regularizado. Las normas de inscripción tenían alcance colectivo. No había una norma que negara la inscripción a determinadas personas, pero había requisitos como llevar el DNI del padre o papeles que muy difícilmente los haitianos tuvieran: había una intención de afectar a un grupo determinado.

El acceso colectivo a la justicia es un tema central. En qué medida el principio de acceso a la justicia funciona como una garantía de la igualdad, es imposible actuar en representación de grupos en el ámbito de la justicia. Hay varios debates pendientes en Argentina sobre este tema, no sólo amparos, sino también habeas corpus colectivos, donde hay una tendencia de los jueces a mutilar los conflictos individuales para no abordar los problemas estructurales que están detrás de los casos que se judicializan.

Me parece importante decir que ese concepto de igualdad como tutela de grupo requiere también que el Estado garantice mecanismos de acceso a la justicia de esos grupos. Lo que se protege es la no discriminación por la vía de la capacidad de acción colectiva del grupo discriminado, donde la posibilidad de actuar ante los tribunales es una de las formas de acción colectiva relevantes para la autotutela del grupo discriminado.