



INVIERNO 2018

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



INVIERNO 2018

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

EDITOR EJECUTIVO

Pablo Octavio Cabral

EDITOR GENERAL

Guillermo Raúl Moreno

EDITORES ASOCIADOS

José Ignacio López y María del Carmen Alemán

DERECHO PRIVADO

Rosario Echevesti

COORDINADORA

Marcela De Luca

CORRECTOR GENERAL

José Maitini

DIRECCIÓN DE ARTE

Nazarena Mazzarini

DIRECCIÓN LITERARIA

María Cecilia Rita Villegas

EQUIPO DE IDIOMAS

Rosario Echevesti, José Maitini, Can F. Ozden,
Sofía Sarasqueta y Guillermo Moreno

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Javier F. Luna, Estudio melHibe

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich • Universidad de Buenos Aires
Luis Hipólito Alén • Universidad de Buenos Aires
Ricardo César Andreu • Universidad Nacional de La Plata
Gustavo Arballo • Universidad Nacional de La Pampa
Natalia Lorena Barriviera • Universidad Nacional de La Plata
Homero Bibiloni • Universidad Nacional de La Plata
Milay Burgos Matamoros • Universidad de La Habana, Cuba
Mario F. Cámpora • Universidad de Buenos Aires
Ángel Carballal • Universidad Nacional de La Plata
Franco Catalani • Universidad Nacional de La Pampa
Nicolás Cendoya • Universidad de la República, Uruguay
Guillermo Justo Chávez • Universidad Nacional de La Plata
Rodrigo Codino • Universidad Nacional de Avellaneda
Mario Coriolano • Universidad Nacional de La Plata
Solange Delanoy • Universidad Nacional de Rosario
Dino Di Nella • Universidad Nacional de Río Negro
Graciela de Ortuzar • Universidad Nacional de La Plata
Jesús Antonio de la Torre Rangel • Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México
Enrique del Percio • Universidad de Buenos Aires
Diego Dolabjian • Universidad de Buenos Aires
Carlos Echevesti • Universidad Nacional de La Plata
Raúl Gustavo Ferreyra • Universidad de Buenos Aires
Leandro E. Ferreyra • Universidad de Buenos Aires
Lila García • Universidad Nacional de Mar del Plata
Juan Martín González Moras • Universidad Nacional de La Plata
Omar Heffes • Universidad de Buenos Aires
Víctor Eduardo Hortel • Universidad Nacional de La Plata

Juan Bautista Justo • Universidad Nacional del Comahue

Mariano Lovelli • Universidad Nacional de La Plata

Carolina Machado Cyrillo Da Silva • Universidade Federal do Rio de Janeiro

Fernando Maitini • Universidad Nacional de La Plata

Andry Matilla Correa • Universidad de La Habana, Cuba

Alejandro Medici • Universidad Nacional de La Plata

Enrique Javier Morales • Universidad Nacional de Formosa

Marcelo Pepe • Universidad Nacional de La Plata

Alicia Pierini • Universidad de Buenos Aires

Julián Portela • Universidad Nacional de La Plata

Carlos Raimundi • Universidad Nacional de La Plata

Esteban Rodríguez Alzueta • Universidad Nacional de Quilmes

Romina Ronda • Universidad Nacional de Cuyo

Johanna M. Romero • Universidad de Cuenca, Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez • Universidad Autónoma de Sal Luis Potosí, México

Alicia Ruiz • Universidad de Buenos Aires

Marcelo Saín • Universidad Nacional de Quilmes

Fabián Omar Salvioli • Universidad Nacional de La Plata

David Sánchez Rubio • Universidad de Sevilla, España

Rodolfo Sosa • Universidad Nacional de La Plata

Juan Stinco • Universidad de Buenos Aires

Natasha Suñé • Universidad Nacional de La Plata

Ramón Torres Molina • Universidad Nacional de La Plata

Rafael Valim • Pontificia Universidad Católica de São Paulo

Valeria Volponi • Universidad Nacional de La Plata

Antonio Carlos Wolkmer • Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil

Eugenio Raúl Zaffaroni • Universidad de Buenos Aires

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

RAÚL PANE

Artista plástico y diseñador gráfico. Diseñador en comunicación visual por la Facultad de Bellas Artes de la UNLP. Desde 1977 ha desarrollado su actividad en La Plata, Argentina y Barcelona, España. Actualmente reside en la ciudad de La Plata.
(raul.pane@gmail.com)

Desde hace años, el artista plástico y diseñador gráfico Raúl Pane viene haciendo sus aportes a la cultura nacional. La Plata ha sido el primer lugar, desde donde dio a conocer sus primeras obras, ya sea individualmente o en exposiciones colectivas. En ese tránsito, su arte ha ido creciendo y abriéndose a nuevos contenidos. En el itinerario se observa la mayor importancia que ha ido otorgando a las mujeres tantas veces relegadas, como Juana Azurduy, y en los últimos años a aquellas que han ocupado lugares de importancia en nuestras luchas políticas y culturales como Eva Perón y las Abuelas de Plaza de Mayo.

En esta ocasión se sumerge en la historia argentina, la verdadera, plena de hechos de heroísmo, de audacia, de dejarse la vida por la patria. Ahora, en estas nueve serigrafías, aparecen quienes son las mayores expresiones de nuestro pueblo, a quienes no han podido olvidar los “cuentistas” de la historia porque representan momentos decisivos, como San Martín y su campaña libertadora; Facundo, insurreccionado ante la oligarquía porteña; Martín Miguel de Güemes con sus gauchos convertido en muralla ante los invasores y enfrentando a la oligarquía salteña; Ángel Vicente Peñaloza, “El Chacho”, defendiendo al pueblo del noroeste, y Felipe Varela enarbolando la bandera de la Unión Americana. Pero agrega también a varias mujeres que habitualmente no son recordadas en los colegios ni en los textos de historia. Una

de ellas, María Remedios del Valle, de ascendencia africana, convertida en capitana de su ejército por el general Belgrano, que participó en las guerras de la independencia y falleció hacia 1847, en la mendicidad, según lo recuerda el historiador Carlos Ibarguren. Otra, Martina Chapanay, descendiente de los indios huarpes que habitaban Cuyo, la cual, sedienta de justicia, y asimismo, con la sensibilidad social que le llevaba a robar a los ricos y repartir el botín entre la gente pobre de San Juan, se convirtió en legendaria defensora de la patria. La tercera, menos conocida aún, fue Pascuala Meneses, que figura en algunos textos como Pascual, porque se vistió de granadero para integrar las fuerzas de San Martín compartiendo parte de su campaña hasta que, revelada su identidad femenina, quedó fuera del ejército. No existe certeza sobre lugar y fecha de su nacimiento aunque para muchos la “granadera” era de origen chileno y como tal ansiaba ocupar un lugar en las luchas por la liberación y unificación de la Patria Grande por la cual combatieron San Martín y Bolívar.

Con esta serie, Pane confirma una vez más que el arte no puede estar ajeno a las luchas por la patria y restablece la verdad histórica sobre estas tres mujeres olvidadas que no tuvieron el homenaje que les correspondía y habían quedado al margen de nuestra historia. Al valor artístico de las nueve serigrafías, se agrega así un valor de justicia y reconocimiento que les fue negado durante mucho tiempo.

Norberto Galasso

Exposiciones y muestras

1981, Colectiva “Diseñadores Platenses”, Museo Provincial de Bellas Artes, La plata. / 2005, Colectiva “100 paraguas para 100 artistas”, Dción. de Cultura de la Municipalidad de La Plata, Pje. Dardo Rocha. / 2006, Colectiva “Bicicletas” Dirección de Cultura de la Municipalidad de La Plata, Pje. Dardo Rocha. / 2006 Individual “La mirada de los Otros”, Macla. / 2007 Gran

Muestra Patrimonial del MACLA con su escultura gráfica “Hasta aquí llegó mi amor”. / 2007, Colectiva “Cartas y Valijas”, Dción. de Cultura de la Municipalidad de La Plata, Pje. Dardo Rocha. / 2007, Muestra colectiva “Servilletas intervenidas” MACLA. / 2008, Colectiva “Colección primavera”, Inst. Cultural de la Pcia. de Buenos Aires, sala Emilio Pettoruti. / 2008, Colectiva “La noche de los artistas” Galería Arroyo, Buenos Aires. / 2012, Colectiva Itinerante Eva “Mujeres por la Historia” Mrio. de Economía de la Nación y Facultad de Bellas Artes de la UNLP. / 2014 Colectiva itinerante “Juana Azurduy Mujeres por la Historia II” Facultad de Bellas Artes de la UNLP. Muestra “Homenaje a las Abuelas de plaza de Mayo”, Museo de la Memoria (Ex ESMA), Buenos Aires 2015 / 2018, “Patriotas”, Centro de Arte de la Universidad Nacional de La Plata.

La serie “Patriotas” fué declarada de interés legislativo por la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, el 16 de agosto de 2018.

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

CLAUDIA MARCELA LÓPEZ

Es Profesora en Letras (UNLP) Postgraduada como Especialista en Educación Ambiental para el Desarrollo Sustentable (UNCOMA). Ha realizado publicaciones en medios gráficos y participado en encuentros y festivales poéticos. Sus poemas y cuentos forman parte de diversas antologías: Nueva Literatura de Habla Hispana 2006; Ediciones Ruinas Circulares y otras..

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (<https://pkp.sfu.ca/ojs/>), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

ÍNDICE

EDITORIAL	17
ENSAYOS	31
Las chispas desprendidas de un brasero deficiente. Una breve historia de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho argentino .	33
<i>José Ignacio López</i>	
Derechos Humanos y Desigualdades Sociales. Enseñanza, práctica y ejercicio profesional en el ámbito jurídico	54
<i>Dino Di Nella</i>	
La proporcionalidad en el Derecho Administrativo . .	80
<i>Ricardo Marcondes Martins</i>	
La filosofía de la liberación y la analéctica en los derechos humanos	121
<i>César Alanis de la Vega</i>	
Suerte, disuasión y subjetivismo penal	152
<i>Ramiro Manuel Fihman</i>	
Regulación y acceso al Aborto. Análisis comparativo entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de derechos humanos	167
<i>Paloma Lara Castro</i>	
El principio de gratuidad en el proceso laboral bonaerense como mecanismo de igualación real en clave de un eficaz acceso a la justicia	183
<i>Diego Exequiel Valenzuela</i>	

Política migratoria argentina. El rol de las Defensorías del Pueblo como instituciones de garantía de derechos humanos	195

Camila Carril

Bullying en centros educativos: ¿impunidad o responsabilidad?	234

Ignacio Jorge Tasende Iturvide

La enseñanza del Derecho constitucional en América Latina	258

Ernesto Velázquez Baquerizo M Sc

Identidad de género y dignidad. Derechos humanos, fallos y colectivo LGTTTBIQ	271

Ezequiel Galván

La verdad como Derecho Humano	302

Pablo Gastón González

COMENTARIO A LEGISLACIÓN	311

Importancia del trabajo en la etapa de post-encierro como herramienta de reinserción social de los liberados. La Ley Provincial 14.301 y sus proyecciones al ámbito municipal	313

Leandro Kunusch

Procedimiento para el pago y cobro de la cuota sindical, en la ley 24. 642. Su inconstitucionalidad . . .	335

Martiniano Greco y Lucía Hernández

Novedades legislativas	341

Eduardo Baldi

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA 349

Réquiem para la dogmática penal. Una visión retrospectiva a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de Colombia 351

Ana Carolina Molina Villar

La actividad discrecional de la Administración y la motivación del acto en el caso del empleo público en Tierra del Fuego 410

Zarina Eladia Ross

Jurisprudencia argentina en materia de usos terapéuticos de la planta de cannabis y sus derivados . 432

Marcos Antonio Torti Iermini

El delito de trata de personas, crimen de lesa humanidad: análisis desde la óptica de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 455

María Fernanda García

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 477

Juan Francisco Díaz

Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 482

James Vértiz Medina

OPINIÓN 495

Para después del diluvio 497

Eugenio Raúl Zaffaroni

El triunfo de la abstracción: semiocapitalismo y dominación neoliberal 503

Ricardo Forster

La cárcel hecha ficción	516
<i>Stefanía Giovanna Alba Nájera</i>	

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO 525

Los derechos (in)humanos en el delito de Trata de personas	527
<i>Dolores Marengo</i>	

Evolución de la protección del patrimonio cultural en los tratados del derecho internacional humanitario . .	543
<i>Pedro Luis Sisti</i>	

TRABAJOS DE EXTENSIÓN 565

Clínicas jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata: generando un nuevo espacio para aprender, investigar y trabajar en temas de interés público	567
<i>Francisco Verbic</i>	

SECCION ESPECIAL: PASADO Y PRESENTE DEL SISTEMA POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL DE MEXICO 585

El carácter pionero de la Constitución de México de 1917	587
<i>Paulo Bonavides</i>	

Cambio de época en México. Presagios para América Latina	600
<i>Daniel Cieza</i>	

Elecciones Mexicanas en clave regional	612
<i>Dolores Gandulfo</i>	

PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN 619

Las tutelas procesales diferenciadas en materia
ambiental 621

Pablo Octavio Cabral

ENTREVISTAS 675

Entrevista al Dr. Luis Federico Arias 677



EDITORIAL

MIRADA

Azul de mar,
Caricia que no cesa
Lejano sol de fondo
Navega en la turbiedad de un verdor de algas
Entramadas,
Milenario rodeadero,
Ojos,
Asomados al día,
Asombrados al odio,
A las piedras que acosan su infinito original
Adónde el tiempo lentifica estrellas
Me lleva esa mirada
Y abandonada allí como menuda muestra
De una perplejidad que asoma al mundo
Miro,
Miro esos ojos
Jamás anochecidos
Y empequeñecen los misterios

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Juana Azurduy Bermúdez*

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

Editorial

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e170>

Damos la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al octavo número de ReDeA correspondiente a la estación invierno de 2018 con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídico-sociales, a nuestro entender importantes, acaecidos en los últimos tres meses en la Argentina, la región, y en nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Resulta una novedad en el actual contexto político regional el triunfo electoral de una propuesta alternativa a políticas públicas neoliberales que proliferan en nuestro continente en estos tiempos. Nos referimos al hermano país de **México**, al que en el presente número le dedicamos una sección especial titulada “Pasado y presente del sistema político y constitucional de México”, con la destacada participación de uno de los constitucionalistas más relevantes y comprometidos de Brasil, profesor **Paulo Bonavides**, el reconocido profesor de la casa **Daniel Cieza** y la docente especialista en relaciones internacionales **María Dolores Gandulfo**.

En México, el primero de julio se realizaron elecciones presidenciales con el triunfo de Andrés Manuel López Obrador y MORENA (Movimiento de Regeneración Nacional) con el 53,17% de los votos, que significan más de 30 millones.

Se trata de un hecho histórico, en una nación cultural y económicamente importantísima para Nuestra América, que abre la esperanza de romper con décadas de políticas neoliberales de los gobiernos del PRI (Partido Revolucionario Institucional) y del PAN (Partido Acción Nacional), que han aumentado la desigualdad social, la violencia directa y estructural y erosionado los aspectos más democráticos y sociales del modelo de estado de la Constitución de 1917, incluso por el ejercicio continuado del fraude electoral.

Transcurre entonces un período de transición, hasta que el presidente electo asuma en Diciembre. Período marcado por la esperanza en una sociedad castigada por la desigualdad social, la militarización y la violencia de los narco-cárteles, pero donde también florece una rica y diversa pluralidad de movimientos y organizaciones populares.

López Obrador llega con la tarea de pacificación vía integración social, diversa a las políticas neoliberales que las administraciones anteriores ejercitaron sobre el pueblo mexicano.

Cabe destacar varios aspectos esperanzadores de las políticas que se propone desarrollar el presidente electo que surgen de sus propuestas y declaraciones públicas:

Política de promoción de la formación e integración laboral de la juventud a través de ayudas directas para trabajo y acceso a la educación.

Renovación del sistema de universidades públicas, creando, por medio del denominado “Plan Juárez” cien universidades, en regiones donde no existen instituciones de educación superior, para promover el acceso.

Reforzamiento de las pensiones para mayores de 68 años.

Austeridad y transparencia en el manejo de los fondos públicos del estado federal en todos los niveles. Reducción de los salarios exorbitantes en las cúpulas y burocracias jerarquizadas de los diversos poderes del estado.

Combate a la evasión fiscal, especialmente de los principales evasores: las grandes corporaciones y grupos económico-financieros.

Política de verdad y justicia en lo que hace a las violaciones de derechos humanos, empezando por el caso Ayotzinapa. Aquí se abre la esperanza de un verdadero diálogo y participación con las organizaciones de derechos humanos y familiares de las víctimas que se extienda a las y los afectadas/os por la violencia y militarización de la sociedad mexicana.

Una política nueva de migraciones que tenga eje en las condiciones sociales y los derechos humanos de los y las migrantes

que llegan, especialmente desde la frontera Sur, tratando de cruzar a los Estados Unidos.

Los desafíos son enormes: las relaciones con los Estados Unidos, el reconocimiento de la riqueza y diversidad cultural de la sociedad, la justicia y memoria para las víctimas de violaciones de Derechos Humanos, el problema del narcotráfico. Las propuestas y soluciones del gobierno López Obrador-MORENA, serán un laboratorio de políticas públicas postneoliberales a seguir atentamente de ahora en más, dada la importancia geopolítica de México y el afecto que siempre ha generado en nuestra región.

Agradecemos a los profesores mexicanos **Alejandro Rosillo** y **Federico Anaya Gallardo**, por sus apreciaciones de primera mano sobre el nuevo proceso que se abre en la nación azteca.

Una experiencia en sentido contrario está viviendo en estos días el vecino país de **Brasil**. Con Lula injustamente preso en una cárcel de Curitiba y ante la imposibilidad de presentarse como candidato en las próximas elecciones en Brasil, finalmente el PT (partido de los trabajadores) confirmó que Fernando Haddad (ex ministro de educación de Lula y Dilma y ex alcalde de la ciudad de San Pablo) será el candidato para el 7 de octubre de octubre próximo en nuestro hermano país.

No obstante la presión de organismo internacionales como la ONU y la contundencia en las encuestas que lo dan como claro favorito a ganar la contienda a Lula, el Tribunal Superior Electoral impidió su participación como candidato y de esta forma avasalló sus derechos electorales y el de millones de brasileros y brasileras que no podrán votarlo en las elecciones de este año. Así, en un comunicado oficial difundido en los últimos días por el partido que lidera Lula, el PT consideró que el Tribunal Superior Electoral es “arbitrario” y “político” y que se apoya en “una mentira”, al mismo tiempo que denunció el decisivo rol de los medios de difusión en la proscripción de Lula.

Para sumar mayor confusión e incertidumbre en este complejo proceso electoral que vive Brasil, días atrás y en el marco

de un acto de campaña en Minas Gerais, fue agredido con un arma blanca el candidato de ultra derecha Jair Bolsonaro del Partido Social Liberal (PSL).

Los sucesos político jurídicos en la **actualidad argentina**, en constante agitación, se debaten en denuncias de corrupción, judicialización de la política y alto impacto mediático del accionar procesal de los distintos poderes judiciales nacional o provinciales. Por un lado falsos y falsas aportantes de campañas electorales, afiliaciones partidarias apócrifas, cuadernos con referencia al pago de coimas, se promueven diariamente en los medios masivos de comunicación cuando por el otro el país se endeuda a niveles escalofriantes, el valor del dólar deprecia rápidamente nuestra moneda, y la inflación diluye el ingreso de la población asalariada.

Esta proliferación de denuncias y escándalos judiciales pone en evidencia la crisis de nuestro sistema político partidario –en lo referido a la financiación de las campañas electorales- y del sistema de obra pública. Debemos repensar ambas estructuras, para mejorar los controles en un caso, e intentar proyectar un modelo de obra pública en la que el único ejecutor sea el Estado, en el otro.

Ingresando ya a nuestro ámbito, confirmamos nuestro convencimiento que la Universidad Pública, gratuita, de calidad e inclusiva, está en peligro. Lo viene estando desde que asumió este gobierno neoliberal en aquel diciembre de 2015, tan cercano en el tiempo pero que parece tan lejano por la profundidad y la extensión del daño infringido. Y lo seguirá estando en caso que se apruebe el presupuesto de ajuste, a la medida del FMI, que empieza a discutirse por estos días en el Congreso Nacional.

En lo que respecta a lo transcurrido en este año 2018, según los informes elaborados por el Instituto de Estudios y Capacitación de la CONADU – disponibles en la página web de esa federación –; se han verificado recortes oficiosos en las partidas previstas en la Ley de Presupuesto y, profundizando la crisis, se han subejecutado esas partidas.

Del total previsto de \$107,6 millones, en los meses de abril y julio se quitaron importantes sumas al presupuesto de la Secretaría de Políticas Universitarias (SPU) y también a otros programas y jurisdicciones. Por lo cual, contrariando la ley, el ejecutivo nacional – hasta ahora – dejó a las Universidades con un total de \$95,400 millones.

No conforme con ello, la Alianza Cambiemos recurrió a otra modalidad a la que nos tiene acostumbradas y acostumbrados: la subejecución presupuestaria. Al finalizar el primer semestre, la SPU no había pagado el 24,9% del gasto contabilizado durante el período, generando una deuda exigible por las universidades que llega a \$13.552,7 millones. Este “atraso” deviene en un daño a la actividad integral de las universidades, postergando en un 100% el Desarrollo de Proyectos Especiales y eyectando estudiantes por la reducción en un 93,7% del Programa Bec.Ar. También afecta a la propia subsistencia de la vida universitaria, afectando en un 73,3% a los gastos de funcionamiento, en un 53,5% a la investigación docente y un 49,5% en el financiamiento de los Hospitales Universitarios.

Tal vez estos números así, sueltos, no nos dicen nada. Pero contextualizados y llevados al Territorio y a las distintas realidades de cada una de las 55 universidades nacionales se puede palpar el deterioro concreto en la calidad educativa que este recorte implica. Téngase en cuenta que el 90% de los gastos de una unidad académica se destinan a pagar salarios y el 10% restante debe repartirse austeramente en el pago de los servicios y en los ejes de política universitaria que se proponga, los que ante la suba irrazonable de tarifas y la inflación generalizada, son de imposible realización.

Este golpe certero a la educación pública superior ha sido el disparador de la lucha de los gremios docentes en todo lo que va del año a lo largo y a lo ancho de todo el país, los que no pudieron concretar una paritaria salarial hasta este mes de septiembre, circunstancia inédita en la historia reciente. Y ello por un porcentaje – 25% promedio - que cubre prácticamente lo estimado hasta aquí de inflación, manteniéndonos en alerta

para reclamar la revisión pactada para los meses de octubre/noviembre de 2018 y otra para enero/febrero de 2019.

La comunidad universitaria está dispuesta a seguir impulsando imponentes marchas locales, al Congreso Nacional y Plaza de Mayo. Clases públicas e intervenciones varias en que se han encontrado reclamando juntos a docentes, no docentes y estudiantes, acompañando también los reclamos de otros sectores de la sociedad que sufren las consecuencias de este ajuste económico.

En otro orden, cabe destacar que nuestro máximo tribunal de justicia la Nación cambió sus autoridades y, después de once años, Ricardo Lorenzetti deja la presidencia de la Corte Suprema en manos de Carlos Rosenkrantz desde el próximo 1° de octubre. Como docentes y operadores y operadoras del derecho miramos con detalle este nuevo proceso y daremos cuenta de nuestra mirada sobre el rumbo que adopta la conducción del Poder Judicial de la Nación. Justamente, en el marco en que la Justicia es vista con atención por parte de la sociedad por la tramitación de diversas causas en las que se investigan presuntos hechos de corrupción que vinculan a diversas fuerzas políticas, se torna imperioso contar con magistradas y magistrados íntegros que lleven a cabo su tarea en el marco del respeto por las garantías constitucionales, sin tiempismos ni maniobras electorales, en pos de impartir fallos ajustados a derecho. Seguiremos observando este proceso.

Constantemente interesados e interesadas en fomentar y compartir todas las expresiones artísticas, hemos inaugurado un clico de exposiciones en la Secretaría de Relaciones Institucionales (3er piso de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNLP). Así pudimos compartir algunas de las obras de **Gabriela Caregnato** que dan inicio a cada una de las distintas secciones de la revista N° 7. Y a fin de darle participación a distintos aportes creativos, quincenalmente renovaremos las producciones artísticas de modo de poder compartirlas diariamente para todos y todas aquellas que deseen acercarse al tercer piso a contemplar las obras de arte. Agradecemos todo el esfuerzo

destinado, por parte de nuestra Facultad, orientado a la puesta en valor de la Secretaría, como así también al asesoramiento brindado por la Facultad de Bellas Artes en lo que respecta al montaje e iluminación. Infinitas gracias a **Nazarena Mazzarini** por el tiempo y ayuda destinada a crear un espacio en el que coexistan el arte y la cotidianeidad.

El 22 de agosto de 2018, un grupo de docentes relacionados y relacionadas con esta publicación presentó en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP el **“Proyecto para la creación del Centro de Investigación en Derecho Crítico –C.I.Der.Crit.”**, enmarcando la propuesta en lo normado por la Ordenanza N° 284/11 de la Universidad Nacional de La Plata.

El **C.I.Der.Crit.** estará dirigido por el profesor Alejandro Médici (Inv. Cat. I), codirigido por el profesor Dino Di Nella (Inv. Cat. II) e integrado por los siguientes docentes: Daniel Cieza, Carola Bianco, Verónica Mas, Liliana Zendri, Mariano Cardelli, Augusto Catoggio, Carlos Raimundi, Marcela De Luca, Pablo Giurleo, Andrea González, María Nazarena Mazzarini, Lorena Natalia Muñoz, Pablo Octavio Cabral, Guillermo Raúl Moreno, María Alemán, Fernando Maitini, Eduardo Baldi, Homero Bibiloni, Pedro Sisti, Lucas Zudaire, Ailén Díaz, María Pía Gayoso, José Maitini, Ethel Galarza, María Zamarreño, Lucio Vallefín y Juan Martín González Moras.

El Centro de Investigación en Derecho Crítico se propuso como un espacio que promueve la articulación entre docencia, extensión y experiencia profesional en el trabajo en derechos humanos, derecho de interés público, género, democracia y participación ciudadanas, a los efectos de articular proyectos de investigación y de extensión universitaria, actividades extracurriculares de grado, seminarios de grado y cursos de postgrado.

Para ello se propuso trabajar desde el paradigma de investigación acción, partiendo de la experiencia jurídica de profesionales del derecho, organizaciones de la sociedad civil, procesos socio-jurídicos que trabajan o se dan en esas áreas.

El centro propone una instancia institucionalizada y reconocida en nuestra facultad de convergencia y cooperación para

todas y todos aquellos docentes, graduados y graduadas, estudiantes, investigadores e investigadoras y extensionistas con compromiso con el aprendizaje, la reflexión y el ejercicio de las profesiones jurídicas desde la responsabilidad y el compromiso social.

Responsabilidad y compromiso social calificadas por el manejo de la herramienta jurídica en una sociedad atravesada por procesos de desigualdades sociales, de género, ambientales.

De ahí la propuesta metodológica de trabajar desde la investigación acción en materia de derechos humanos y todo el amplio espectro de problemas relacionados.

Para ello se propuso un centro de investigación crítico que promueva la puesta en valor de las experiencias y conocimientos que surgen de las actividades de extensión universitaria, así como de profesionales socialmente comprometidos y comprometidas en su actividad, como proveedoras y proveedores de un conocimiento y relación con los problemas sociales y las experiencias socio-jurídicas que nutren la investigación y la transferencia a través de la docencia.

Este enfoque integrado donde se valoriza las experiencias de vinculación con el contexto y las organizaciones sociales de la facultad, vía extensión y vía actividad profesional, busca cambiar la tradicional visión administrativa de la docencia, investigación y extensión como ámbitos separados.

La metodología de investigación acción propuesta se centra en la articulación entre sujetos de docencia, investigadores/ investigadoras y extensionistas con los sujetos titulares de derechos, afectados por problemáticas de interés público, que enfrentan obstáculos estructurales o coyunturales, económicos, sociales y/o culturales para hacer valer los derechos que el bloque de constitucionalidad les reconoce, o para que se visualicen derechos emergentes que hacen a nuevas necesidades desde renovadas identidades y subjetividades.

De la misma forma, al proponer cerrar la brecha entre los principios y reglas de derechos humanos que forman el

núcleo de nuestro ordenamiento jurídico y la realidad de sus violaciones cotidianas, en suma, de su relativa ineficacia, los y las integrantes del C.I.Der.Crit. asumen un punto de vista crítico que consiste en la responsabilidad de las y los profesionales del derecho para trabajar en el cierre de la brecha entre esos derechos y garantías declarados y la realidad social de sus sujetos individuales y colectivos titulares.

Con ese fin se propuso orientar las investigaciones desde la experiencia jurídica de los mismos. Propositivamente para guiar los procesos de reflexión e investigación a un reforzamiento de la conciencia jurídica social de los y las futuros y futuras profesionales del derecho hacia un reforzamiento de la cultura jurídica social y de la eficacia de los derechos humanos y sus garantías.

Por último, a raíz de realizar un informe de gestión de nuestra revista en ocasión de cumplir dos años de vida, queremos compartir con ustedes los desafíos que identificamos como centrales para nuestra publicación:

1. Dotar de mayor **calidad académica** en la presentación de los contenidos: Estamos incorporando tres idiomas a nuestra revista (francés, inglés y portugués). A partir del N° 8 se publicará el título, resumen y palabras claves de los trabajos que llevan referato (sección ensayos y comentarios a legislación y jurisprudencia). Para ello conformamos un equipo de traductores y traductoras integrado por: José Maitini (inglés), Rosario Echevesti (inglés y francés), Sofía Sarasqueta (inglés y francés), Can Frédéric Ozden (francés) y Guillermo Raúl Moreno (portugués).

2. Incorporar **tecnología** que garantiza la intangibilidad del contenido de cada documento y permite interactuar en las redes informáticas del mundo: Incorporamos, a partir del N°8, la identificación de autores (ORCID) y la identificación de documentos (DOI). Agradecemos al SEDICI y a la UNLP por brindarnos el servicio de DOI a todas nuestras publicaciones.

3. Nos proponemos **indexar** nuestra revista en sitios de excelencia regional y mundial: A partir de los dos años de la

publicación podemos iniciar los trámites para incorporarla en los índices y reservorios más reconocidos. Una primera etapa será indexarla en SCIELO, NUCLEO BASICO, siendo la aspiración mayor ingresar –a mediano o largo plazo- en SCOPUS y WOS.

4. Sumar en forma sistemática y continua trabajos de **estudiantes**: Sería muy auspicioso poder articular con las diversas agrupaciones estudiantiles la incorporación regular de trabajos realizados por estudiantes de nuestra facultad.

5. Articular contenidos de la revista con el contenido curricular de las **materias de la carrera de grado**: Fue una idea - no lograda completamente aún- incluir trabajos, preferentemente redactados por docentes de nuestra facultad, que contengan partes relevantes de los programas de las materias de nuestra carrera.

6. Empezar publicaciones de **números especiales** y obras **independientes**: Es un objetivo aún no logrado poder colaborar en la publicación de trabajos con temáticas especiales y también de obras individuales con el formato libro.

7. Ser el medio de **difusión de las investigaciones del C.I.Der.Crit**: Nuestra revista está llamada a ser el principal órgano de difusión de todas las actividades e investigaciones del Centro de Investigación en Derecho Crítico (en trámite de autorización en la Facultad y Universidad).

8. Difundir la revista en el ámbito nacional y regional: Resulta llamativo que muchos de los trabajos publicados (dos terceras partes) pertenecen a autores y autoras de otras partes de la Argentina y también a otros países de Latinoamérica (Brasil, Colombia, México, Uruguay, etc.), por lo que vemos estratégico difundir nuestra labor en dichas regiones geográficas.

9. Lograr **autonomía y sustentabilidad económica**: Es la dificultad más seria que presenta nuestro proyecto editorial. Intentaremos aumentar las ventas particulares y conseguir auspicios o colaboraciones institucionales o empresariales.

10. Incorporar nuevas y nuevos integrantes al **Staff Editorial** y consolidar un grupo de trabajo que garantice mejora

continua y recambio generacional: En estos dos años logramos armar un colectivo de docentes, colaboradoras y colaboradores que encontró un buen ritmo de trabajo y coordinación. La etapa que comienza con el presente número requiere más participación para agilizar los trabajos y mejorar el producto. Si resolvemos bien este desafío, la continuidad de la ReDeA estará garantizada más allá de aquellas personas a quienes –circunstancialmente– hoy nos toca trabajar en ella. Invitamos a acercarse y participar en ReDeA a todos y todas interesados e interesadas en incorporarse a este proyecto editorial.

A partir del presente número tenemos la alegría de sumar dos nuevos integrantes a nuestro destacado Consejo Editorial, por un lado el profesor Dr. **Fabián Omar Salvioli**, docente de nuestra facultad y reconocido luchador por los derechos humanos en nuestro país, la región y el mundo; por el otro al profesor brasileiro Dr. **Rafael Valim**, profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo, relevante autor en materia de derecho público, y docente comprometido con la defensa de las democracias latinoamericanas que profundizan los derechos fundamentales de sus pueblos.

Finalmente, como siempre, agradecer a todas y todos aquellos que hacen posible que la revista se siga publicando en forma regular, mejorando número a número su calidad académica. ¡A los autores y las autoras (profesores, profesoras, académicos, académicas, investigadoras e investigadores, extensionistas, traductores, traductoras y estudiantes), artistas gráficos, poetas, lectores y lectoras, muchas gracias!

Los y las esperamos en la edición primavera de 2018 (N° 9).

STAFF EDITORIAL



ENSAYOS

SEPARACIÓN

Hay algo que no hablamos
En este tiempo muerto
Que se metió como un caracol adentro
De la vida
Dio vuelta
El mundo, lento, a tres pañales
Se murieron los perros de la casa,
Ni Luno no Noah
Andan la siesta
En que soplan los vientos,
Crece el día
Al sol, al sol,
Qué rápido es el ¿cómo se dice tiempo?
Tejo la manta
Vuelve Ulises
Hay algo que no hablamos
En este tiempo
Vivo
Que no,
Que no
Hablemos.

Autora: *Claudia Marcela López*

Arte de la portada: **Raúl Pane**

Obra: *José francisco de San Martín*
Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.
De la serie "Patriotas", 2018.

Las chispas desprendidas de un brasero deficiente. Una breve historia de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho argentino

The sparks detached from a deficient brazier.
A brief history of the non-contractual liability
of the state in Argentine law

As faíscas se desprenderam de um braseiro
deficiente. Um breve histórico da responsabilidade
extracontratual do Estado na lei argentina

Les étincelles d'un feu déficient: Une breve histoire
de la responsabilité extracontractuelle de l'État dans
le droit argentin

*José Ignacio López*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 33-53

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e172>

ORCID: 0000-0002-2836-8697

Recibido: 17/07/2018

Recibido con modificaciones: 28/08/2018

Aprobado: 01/09/2018

Resumen: El presente trabajo se propone servir de auxilio a la enseñanza básica de la responsabilidad del Estado en el derecho argentino. A tales fines, consiste en una breve reseña histórica de sus orígenes hasta el presente. Desde los primeros precedentes judiciales hasta la consagración legal.

¹ Abogado (UNLP). Docente de la Cátedra I de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP. Director del portal jurídico "Palabras del Derecho" y Editor Asociado de la Revista Derechos en Acción.

Palabras claves: Responsabilidad del Estado. Derecho Administrativo. Argentina.

Abstract: The present work intends to serve as a help to the basic teaching of the responsibility of the State in Argentine law. For these purposes, consists of a brief history from its origins to the present. Since the first judicial precedents to legal consecration.

Keywords: Responsibility of the State. Administrative law. Argentina.

Resumo: O presente trabalho destina-se a ajudar o ensino básico da responsabilidade do Estado no direito argentino. Para tais fins, consiste em uma breve revisão histórica de suas origens até o presente. Dos primeiros precedentes judiciais à consagração legal.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Direito Administrativo. Argentina.

Résumé: Le présent travail vise à faciliter l'enseignement basique de la responsabilité de l'État dans le droit argentin. Il s'agit d'une brève revue historique de ses origines jusqu'au présent. Des les premieres précédents judiciaires jusqu'à son consécration dans les textes legales.

Mot-clés: Responsabilité de l'État - Droit administratif - Argentine

I. Introducción

La responsabilidad del Estado constituye uno de los tópicos más trascendentes que se abordan en las cátedras de derecho administrativo de nuestras universidades. Su estudio requiere acudir a la historia para obtener una visión panorámica del desarrollo que permita comprender cabalmente al instituto.

En ese sentido, este texto se propone brindar un breve recorrido histórico a efectos de dar cuenta de la extensa evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional en el derecho argentino y servir de auxilio básico en la tarea de examinar esta especial temática.

Dos advertencias cabe formular antes de comenzar este recorrido. La primera que habrá de tenerse en cuenta es que la

responsabilidad contractual del Estado Nacional nunca estuvo en cuestión y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde su primera composición, así lo afirmó². La segunda es diferenciar la situación de la responsabilidad del Estado Nacional –que es la que analizaremos aquí– con la responsabilidad de los estados provinciales dado que, desde sus inicios, no tuvieron dudas sobre la demandabilidad de ellos³.

Dicho esto, abordaremos el desarrollo de responsabilidad extracontractual del Estado Nacional en el derecho argentino⁴.

II. Las etapas del desarrollo histórico del instituto

Desde el dogma de la irresponsabilidad hasta el reconocimiento de la responsabilidad Estatal operó un largo transcurso que se puede dividir en etapas para su mejor comprensión.

II. a. Primera etapa: la irresponsabilidad del Estado

En los albores de nuestro orden constitucional la regla imperante era la irresponsabilidad del Estado anudada a la

² El máximo tribunal se pronunció en 1864 en la causa “Bates Stokes y Compañía” (Fallos 1:259). Allí reconoció la responsabilidad contractual del Estado por las obligaciones asumidas por la Aduana Nacional en razón del depósito de mercaderías que había efectuado la actora en las instalaciones de aquella debido a las averías sufridas por la inundación de los locales donde se encontraban las mercaderías.

³ Diversas provincias, en sus constituciones, consagraron previsiones en cuanto a la demandabilidad y consecuente responsabilidad de aquellas jurisdicciones. En ese sentido, por ejemplo, la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854 –separada de la Confederación– establecía en su artículo 129: “*las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el Gobierno, serán juzgadas por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia*”. Otras constituciones provinciales también establecieron disposiciones en la materia.

⁴ En el derecho extranjero, por citar algunos casos, la responsabilidad estatal se reconoció mediante la sanción de diversas leyes. En ese sentido, en el Reino Unido con la *Crown Proceeding Act* de 1947; en Estados Unidos con la *Federal Tort Claims Act* de 1946; en el Reino de España, a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Por su parte, en Francia, el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración se debió, fundamentalmente, al trabajo de la jurisprudencia del Consejo de Estado que la reconoció por primera vez en el arrêt “Blanco” de 1873.

indemandabilidad de aquel. De tal modo, un Estado que no se podía demandar, lógicamente, no respondía.

En aquellos tiempos, basados en la máxima inglesa *the king can do no wrong*⁵, la Administración no era responsable por los perjuicios derivados de sus actos. Aquel dogma se había afincado en la noción de inmunidad del soberano y una particular interpretación del artículo 100 de la Constitución Nacional originaria con su reforma de 1860 que determinaba que el Estado solo podía ser parte demandante en un litigio⁶.

Otra base de aquella regla de la irresponsabilidad se asentaba la teoría de la doble personalidad del Estado que imperaba en aquel momento histórico. Bajo esa premisa había que atender a si el actuar estatal era considerado un acto de imperio (*jure imperii*) o un acto de gestión (*jure gestionis*) y, sólo en el último caso, se podía acudir a las normas del Código Civil que regían la responsabilidad de las personas jurídicas privadas por incumplimientos contractuales⁷. No obstante, la responsabilidad extracontractual por actos de gestión era rechazada con sostén en la interpretación del artículo 43 del Código Civil que postulaba que las personas jurídicas no responden por los actos ilícitos de sus representantes⁸.

⁵ Traducida al español: "El Rey no puede hacer daño".

⁶ La cuestión fue planteada en el debate parlamentario que derivó en la sanción de la ley 48. Allí se discutió si cuando el artículo 100 de la Constitución Nacional, destinado a las atribuciones del Poder Judicial, aludía "a los asuntos en que la Nación sea parte", debía interpretarse que se trataba exclusivamente de parte actora o, si bien, no cabía efectuar tal distinción. Se propuso, incluso, postular que la alusión era únicamente para cuando el Estado actuara como parte actora pero, finalmente, se prescindió de tal aclaración y se dispuso encomendar a la interpretación de la norma a la jurisprudencia. V. HUTCHINSON, Tomás y AAVV. Derecho Administrativo. Tratado Jurisprudencia y Doctrinario. Tomo I. Volumen 7. La Ley. 2013.

⁷ PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. La Ley. 2016. p. 13

⁸ El artículo 43 del Código Civil, sancionado por la ley 340, establecía: "*No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*".

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostuvo estas posiciones y negó la demandabilidad del Estado Nacional durante este período⁹.

De tal modo, capitulando en esta etapa, se puede afirmar que el Estado Nacional era irresponsable por los daños que pudiera causar en su actuación extracontractual.

II.b. Segunda etapa: la venia legislativa previa

El Congreso Nacional estableció en 1874, a través de la Ley Nacional N° 675, que las demandas contra el Estado requerían previa autorización legislativa¹⁰ dado que, como se refirió

⁹ El máximo tribunal se pronunció en 1864 en la causa “Vicente Seste y Antonio Seguich” (Fallos 1:317) realizó una interpretación del artículo 100 de la Constitución en el sentido que el Estado solo podría ser parte demandante. Sostuvo allí que Gobierno de la Nación no puede ser demandado sin su consentimiento ante los Tribunales Nacionales. Dos años más tarde, resolvió la causa “Gómez, Juan Carlos” (Fallos 2:36) en la que reafirmó la indemandabilidad del Estado Nacional pero, más allá de ello, señaló que “los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto del artículo 67, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública, y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallaran sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación”. Desde ese momento se comenzó a entender que era el Congreso quien debía resolver expresamente los reclamos y se dictaron muchas leyes determinando si se debía o no pagar lo peticionado (las leyes 87, 145, 161, 162, 221, 222 y 223, por solo citar algunas como ejemplo).

¹⁰ Agustín GORDILLO advierte sobre las inconsistencias teóricas de nuestra jurisprudencia en la evolución de la responsabilidad del Estado. Señala al respecto que: “Benites y Cía., t. 1, p. 309 (1864), se admitió que fuera constitucional una ley que autorizaba apelar de las resoluciones de la Aduana ante la Justicia, lo que niega que la ‘indemandabilidad’ del Estado sea de índole constitucional; en la causa Domingo Mendoza, t. 1, p. 485 (1865), la Corte Suprema refuta ampliamente sus propios argumentos del fallo Seste y Seguich, al declarar que la teoría es inaplicable a las provincias; pero en Juan Carlos Gómez, t. 2, p. 36, refirma la falta de jurisdicción de los tribunales respecto de la Nación, y afirma que el Congreso debe decidir esos reclamos, facultado como está por la Constitución para arreglar el pago de la deuda pública; es de mencionar que este fallo dice que el Congreso debe resolver el reclamo y no, como a veces se afirma, que debía pedirse venia legislativa para demandar: Esta curiosa institución nace posteriormente. Todavía no ha nacido en esta época, pues, el problema de la venia legislativa; esto se advierte particularmente en el fallo Don Anselmo Núñez, 12: 227 (1872), donde la Corte afirma expresamente que para demandar ‘al Poder Ejecutivo’ se requiere ‘su expreso consentimiento’. De esta forma, en la primera jurisprudencia, el Congreso podía decidir directamente el reclamo, mandando pagar lo reclamado o rechazándolo; o podía el

anteriormente, se entendía en aquellos tiempos que aquel solo podía ser “parte actora” pero no podía ser “parte demandada” en juicio.

Aquella norma, en síntesis, determinó que sólo se podía demandar al Estado Nacional si previamente se le había requerido el Congreso nacional el dictado de la ley que autorizase la demanda judicial en cada caso particular.

II.c. Tercera etapa: la Ley de Demandas contra la Nación

El Congreso Nacional sancionó, en el año 1900, la Ley de Demandas contra Nación (N° 3.952) que terminó por eliminar el requisito de la venia legislativa previa¹¹. En este sentido, la situación se morigeró, por cuanto, se estableció expresamente la posibilidad de demandar al Estado Nacional siempre que, previo a la promoción del litigio, se haya efectuado un reclamo administrativo por aquello que se pretendía exigir judicialmente.

Esta norma, no obstante, fue objeto de una interpretación restrictiva que postulaba que únicamente era aplicable en los casos en que el Estado actuara como “persona jurídica”, es decir, bajo un régimen de derecho privado y excluyendo su previsiones para casos en los que actuara como “persona de derecho público o poder público”¹².

Poder Ejecutivo consentir a ser demandado y someterse voluntariamente a la decisión de los tribunales” (Véase Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Fundación Derecho Administrativo. Cap. X. Disponible en línea).

¹¹ La norma disponía, en su artículo 1, “*Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste*”.

¹² Véase HUTCHINSON, Tomás. Cit. p. 7 y PERRINO, Pablo. Cit. p. 13. Por su parte, Agustín Gordillo recuerda que en “*el fallo Sociedad Protectora de Animales, 96: 336 (1902), la Corte Suprema declaró: ‘Que el artículo 1 de la ley 3952, que el actor invoca, se refiere, según sus propios términos, a las demandas contra la Nación, en su carácter de persona jurídica’. ‘Que la Nación, en este carácter es la persona que figura en el artículo 33 del Código Civil y para los fines en el mismo Código establecidos, o sea, para adquirir derechos o contraer obligaciones, de las*

II.d. Cuarta etapa: admisión de la demandabilidad plena

Este periodo se abre en 1932 cuando el Congreso Nacional reforma la precitada Ley de Demandas contra la Nación, a través de la ley 11.634¹³, poniendo fin al principio de la doble personalidad del Estado y se admite la demandabilidad estatal, en su actuar tanto como particular o como poder público. No obstante, el requisito de la reclamación administrativa previa se mantuvo en la referida legislación –cuya vigencia aún perdura– como una exigencia previa a la demanda judicial.

Un año más tarde, 1933, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió el fallo Tomás Devoto donde reconoció, por primera vez en el derecho argentino, la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional.

II.d.1. Desarrollo jurisprudencial

Posicionados en esta cuarta etapa, corresponde efectuar una reseña de los precedentes que marcaron el camino en el reconocimiento y delineación de la fisonomía de la responsabilidad extracontractual del Estado.

II.d.1.1. El fallo “Tomás Devoto”

La firma “Tomás Devoto” era arrendataria de un campo, llamado “San Isidro”, en la localidad de Ceibas, Departamento

que forman materia propia de la ley común;’ es decir, que sólo podía demandarse al Estado sin previa venia legislativa, cumpliendo a su vez, el previo reclamo administrativo, cuando la cuestión era “del dominio del derecho civil”. (P. 346.) Posteriormente, en la causa de la Compañía Liquidadora de la Exposición Continental, 100: 280 (1904) y en Sepp, 100: 103 (1904), la Corte Suprema fundamentó su distinción pura y exclusivamente en los antecedentes parlamentarios y la discusión en el Congreso” (Véase Tratado de Derecho Administrativo. Cit. Tomo V. Nota. 12. Disponible en línea).

¹³ La referida norma modificó la ley 3.952 y estableció, en su artículo 1, “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”.

de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, en el que llevaba adelante la actividad agropecuaria. En dichos terrenos se constituyó una cuadrilla de “guardahilos”¹⁴, empleados del Telégrafo Nacional, destinado a reparar líneas telegráficas averiadas que atravesaban la zona. Una fatal combinación desataría un incendio devastador en aquella finca.

Las “*chispas desprendidas de un brasero deficiente*”¹⁵ que utilizaban los empleados del Telégrafo, sin atentas precauciones, en un terreno cubierto de pasto seco desataron un siniestro en aquellas tierras que provocó importantes daños y su inutilización temporal a los fines de la explotación agropecuaria que la firma Tomás Devoto practicaba. Ante ello, demandó al Estado Nacional.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶ y ésta reconoció por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷. Juzgó que “*el incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado*”.

La Corte se basó en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil como fuentes de derecho para resolver el caso¹⁸. En ese sentido, consideró un factor de atribución subjetivo –culpa o

¹⁴ Se llamaba así a los hombres encargados de controlar y reparar las averías en las líneas telegráficas.

¹⁵ La frase, utilizada en el título de este trabajo, la consignó la propia Corte Suprema en los considerandos de su fallo para reseñar los hechos del caso.

¹⁶ El Juez Federal de Primera Instancia había rechazado la acción y la Cámara Federal de la Capital Federal, por mayoría, hizo lugar a la demanda de la firma Tomás Devoto.

¹⁷ Fallos: 169:111.

¹⁸ El artículo 1109 del Código Civil disponía: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

El artículo 1113 del Código Civil, entonces vigente, mandaba “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”.

negligencia– en las acciones de los agentes que, debido a su dependencia, hacer responder al Estado Nacional en forma indirecta.

Este fallo marcó un trascendente hito y el comienzo de una larga saga de desarrollo pretoriano de la responsabilidad del Estado en nuestro derecho. Un comentario señero a aquel precedente lo hizo un jurista de nota como Rafael Bielsa, en el que efectuó una precisa crítica en la que destacó que las normas del Código Civil eran inaplicables al Estado Nacional y que éste no podía considerarse responsable, actuando como poder público, hasta que una ley especial así lo determinara¹⁹.

II.d.1.2. El fallo “Ferrocarril Oeste”

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento pueden sintetizarse así: la entrega de un certificado de dominio defectuoso, por parte del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, provocó que Ferrocarril Oeste comprara un terreno, ubicado en el partido de Morón, a quien no era ya su dueño y, posteriormente, perdiera un juicio de reivindicación en manos de su legítimo propietario. Finalmente, el Ferrocarril compró por segunda vez aquel inmueble, esta vez sí de su titular dominial, pero dedujo una demanda judicial contra el Estado Provincial por los daños sufridos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, conoció en la causa, se basó en los artículos 1112²⁰ y 1113 del Código Civil para decidir la cuestión y fue el primer

El tribunal eludió toda mención al entonces vigente artículo 43 del Código Civil que, como se dijo anteriormente, había sido utilizado para fundar posiciones de irresponsabilidad estatal.

¹⁹ Nos referimos al trabajo de BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 43-416/420. Allí sostenía que la culpa del funcionario está establecida expresamente en el Código Civil (Art. 1112) pero la responsabilidad del funcionario no es, según ese cuerpo normativo, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública.

²⁰ Artículo 1.112 del Código Civil, entonces vigente, preveía: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una

precedente que acudió al concepto de “falta de servicio”²¹. En este sentido, consideró que *“quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (...) Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida”*²².

De ese modo, señaló que *“habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata”*²³.

En tales términos, el máximo tribunal resolvió que la Provincia de Buenos Aires reintegre a la empresa del Ferrocarril la suma correspondiente que pagó al reivindicante del terreno para recuperar la propiedad, con más los intereses legales desde la notificación de la demanda.

Es así que este precedente, donde se consideró como factor de atribución a la “falta de servicio” y una responsabilidad del

manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

²¹ LAMOGLIA, Carlos Marcelo. “La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal” en Revista IUSTITIA. Universidad Santo Tomás. Colombia. Disponible en línea. Ahora bien, la noción de “falta de servicio” la hemos adoptado del derecho francés y nuestra jurisprudencia la colocó —creativamente— en el artículo 1112 del Código Civil que, originalmente, fue previsto exclusivamente para regular la responsabilidad de los funcionarios públicos. Además, es innegable la influencia en la construcción teórica del instituto en la Argentina del emblemático arrêt “Blanco” del Tribunal de Controversias francés de 1873, reafirmado en el arrêt “Rotschild” de 1955, en cuanto a que la responsabilidad estatal se gobierna por reglas propias del derecho público.

²² Fallos: 182:5.

²³ Postula Leandro FERREYRA que el máximo tribunal *“abordó la culpa con una presunción en base al tipo de actividad involucrada (la expedición de un certificado, calificada como servicio o función monopolizada)”*. Véase “Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local”. Derecho Público N° 8. Infojus. 2014. p. 191

Estado de tipo indirecto, constituyó otro importantísimo escalón de la saga, dado que le imprimió un claro enfoque iuspublicista al instituto de estudio²⁴.

II.d.1.3. El fallo “Vadell”

En los hechos se trató, nuevamente, de un error en el obrar del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires al informar sobre el dominio de inmuebles.

La Corte Suprema, en este caso, se basó exclusivamente en el artículo 1112 del Código Civil²⁵, puesto que interpretó que la responsabilidad es objetiva y directa en tanto que los funcionarios son órganos del Estado y, por ende, el obrar de ellos es equivalente al obrar estatal.

Bajo tales extremos, si el servicio funciona en forma irregular y se materializa el daño, se pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público.

El máximo tribunal precisó allí que *“esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad ‘por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no*

²⁴ Aquí la Corte Suprema, refiriéndose al servicio registral del Estado, señaló: “*Que, cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado, o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y, siendo así, la invocación del art. 43 del cód. civil no es pertinente*”. Bajo esa pauta, claro está, enmarcó el caso en el plano del derecho público.

²⁵ Aquí es importante resaltar la advertencia de Tomás HUTCHINSON en cuanto a que Vélez Sarsfield no legisló sobre responsabilidad del Estado y que el artículo 1112 del Código Civil —hoy derogado— no es una norma de derecho público. Dijo así: “*que se haya extraído de ella la responsabilidad del Estado, a partir de una larga evolución jurisprudencial y doctrinaria no la convierte en una norma de derecho público. Lo que ha ocurrido es que la Corte Suprema ha entendido que la doctrina de la falta de servicio resulta aplicable acudiendo por vía subsidiaria (debió decir analógica) al art. 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad por ‘los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas’*” (Véase HUTCHINSON, Tomás, Cit. p. 85)

*cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*²⁶.

La Corte Suprema a través de esta decisión, que concluyó por hacer lugar parcialmente a la demanda de Jorge Vadell contra del Estado de la Provincia de Buenos Aires, constituyó un hito culminante del desarrollo jurisprudencial del instituto que trazó la fisonomía que, posteriormente, consagraría el Congreso Nacional.

A modo esquemático de la línea conceptual que aquellos tres precedentes trazaron, se puede graficar en estos términos:

PRECEDENTE	FUENTE NORMATIVA	TIPO DE RESPONSABILIDAD
Devoto (1933)	Arts. 1109 y 1113 del Código Civil	Indirecta y con factor de atribución subjetivo
Ferrocarril Oeste (1938)	Arts. 1112 y 1113 del Código Civil	Indirecta y con un factor de atribución en la “falta de servicio” (con base subjetiva en una presunción de culpa)
Vadell (1984)	Art. 1112 del Código Civil	Directa y con un factor de atribución en la “falta de servicio” (objetivo)

II.e. Quinta etapa: La Ley de Responsabilidad del Estado

En el marco del proceso de reforma de la legislación común, los redactores del Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado²⁷ incluyeron entre sus cláusulas aspectos destinados directamente a regular la responsabilidad del Estado²⁸ pero el Poder Ejecutivo Nacional modificó dichas previsiones en el refe-

²⁶ Fallos: 306:2030.

²⁷ El Poder Ejecutivo Nacional dispuso, por Decreto 191/2011, la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y integrada con los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, quien actuó como Presidente, y Elena HIGHTON DE NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI.

²⁸ Artículos 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado que la Comisión le entregó al Poder Ejecutivo Nacional.

rido cuerpo y, en noviembre del 2013, envió al Congreso de la Nación un proyecto de ley destinado exclusivamente a regular el instituto²⁹.

Aquella iniciativa consignó, entre sus fundamentos, que se trata de *“un verdadero hito en la historia jurídica del país en tanto permite transitar del actual régimen jurisprudencial a otro de base legal”* y señaló la importancia de una legislación específica dado que como *“cuestión propia del derecho administrativo, la regulación particularizada de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias de esa disciplina responde a la autonomía adquirida por esa materia respecto al derecho privado”*³⁰.

El proyecto fue tratado en el Congreso de la Nación en 2014. Fue aprobado en Diputados –por 129 votos a favor, 105 en contra y 2 abstenciones–, mientras que la cámara alta –por 38 votos afirmativos frente a 23 negativos– lo convirtió definitivamente en la ley que lleva el número 26.944.

La sanción de esta norma constituyó un avance en el campo del derecho federal administrativo dado que, por primera vez en su historia, se consagró una herramienta legal que estableció en forma integral las principales previsiones sobre el instituto.

En ese marco, se plasmó al derecho positivo años de avance jurisprudencial en la materia y, a su vez, el legislador fijó posición en torno a algunas controversias doctrinarias y jurisprudenciales³¹.

²⁹ Por medio del Mensaje 1780 se elevó al Parlamento el proyecto de ley de Responsabilidad del Estado e ingreso, por Mesa de Entradas de Diputados, el día 12 de noviembre de 2013.

³⁰ Véase los fundamentos de la iniciativa.

³¹ Por ejemplo el alcance del *quantum* indemnizatorio en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Sabido es que un sector de la doctrina ha planteado que al existir la ausencia de una norma propia corresponde la analogía con las disposiciones del Código Civil y por lo tanto, bajo ese razonamiento, la indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Son representantes de esta posición los profesores Rodolfo BARRA, Juan Carlos CASSAGNE y Alberto B. BIANCHI. Otro sector de la doctrina, con el cual coincidimos, postula la analogía con los principios derivados de una norma propia del derecho público, en

III. El régimen legal vigente

En lo que sigue, en forma sintética, daremos cuenta de las principales previsiones contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado.

Se podrá apreciar, en esta somera reseña, la forma en que determinados hitos históricos en torno al instituto fueron consagrados en la letra de la ley por parte del Congreso de la Nación.

III.a. El objeto de la norma

Desde los inicios de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad del Estado, como se refirió anteriormente, las bases de la misma habían sido de creación pretoriana, debido a que el legislador no había realizado una la regulación general de la materia³².

Esta circunstancia cambió, en julio del 2014, cuando el Congreso Nacional sancionó la ley 26.944³³ que vino a legislar especialmente sobre esta materia, definiendo en qué casos el Estado se encontrará obligado a responder y fijando posición en diversos tópicos que motivaban acalorados debates doctrinarios y jurisprudenciales.

El criterio del legislador terminó por consagrar un enfoque administrativista y no civilista³⁴ con relación a la responsabilidad

concreto, con la Ley de Expropiaciones y, bajo esta corriente, la indemnización sólo comprende el daño emergente. Representan esta posición los profesores Miguel S. MARIENHOFF, Julio COMADIRA, María Graciela REIRIZ y Tomás HUTCHINSON.

³² Independientemente de ciertos asuntos puntuales, como por ejemplo las referencias en ciertas constituciones locales a la responsabilidad por error judicial o la Ley de Telecomunicaciones en su art 45 quater, que prevé la responsabilidad por la intervención de telecomunicaciones y la obtención de datos personales por los prestadores del servicio

³³ Publicada en el Boletín Oficial del 8 de agosto de 2014.

³⁴ El propio artículo 3 de la ley 26.944, en su artículo 3, dispone: “*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”. Por su parte, el artículo 1764 del Código Civil y Comercial establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “*no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”. Ello, cabe subrayar, no descarta la aplicación analógica de las

del Estado. Asimismo, atendiendo al carácter local del instituto³⁵, debido al modelo federal que nuestro país adoptó con la Constitución Nación, las provincias tienen competencia para legislar la responsabilidad del Estado en sus propios ámbitos y ello fue asumido, a través del artículo 11 de la ley 26.944, que invitó a dichos Estados a adherir a los términos de esa norma para la regulación en sus respectivas jurisdicciones.

La referida norma, en cuanto a su específico objeto, legisla sobre un tipo de responsabilidad estatal: la extracontractual. En tanto que la responsabilidad contractual del Estado, precisa el artículo 10 de la ley 26.944, *“se rige por lo dispuesto en las normas específicas...”*, dejando sentado asimismo que en caso de ausencia de regulación, la ley opera de manera supletoria.

De esta forma, la norma prevé la obligación del Estado de responder frente a los daños que provoque con motivo de su accionar extracontractual lícito o ilícito (delineando los requisitos en cada uno de estos casos), ya sea que se trate del ejercicio de actividad administrativa, legislativa o judicial³⁶. Asimismo, entre sus previsiones, también se establecen los eximentes para la procedencia de esta responsabilidad, se sientan pautas relativas de la indemnización, los plazos de prescripción, la responsabilidad de los funcionarios públicos³⁷, de los contratistas y concesionarios de servicios públicos.

normas civiles al derecho administrativo con la pauta trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ganadera Los Lagos” (1941, Fallos: 190:142), es decir, frente a la ausencia de normas específicas de derecho público se puede aplicar, analógicamente, normas del derecho civil al derecho administrativo mediante una tarea previa de adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del derecho público. (Véase, en este mismo sentido, SAMMARTINO, Patricio Marcelo. “Responsabilidad del Estado. Características generales del sistema legal vigente. Disponible en línea).

³⁵ En este sentido, debe mencionarse que el carácter local de la responsabilidad del Estado fue subrayado por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Barreto Alberto c/ Provincia de Buenos Aires” en 2006. Véase Fallos: 329:759.

³⁶ En el caso de daños ocasionados por actividad judicial legítima, el proyecto de ley niega el derecho a indemnización (Véase en el artículo 5 in fine).

³⁷ La responsabilidad de los funcionarios públicos existe desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield que la contempló en el memorable artículo 1112. La ley 26.944 prácticamente

Cabe señalar que el proyecto cristalizó, al menos en su mayor parte, los criterios jurisprudenciales sobre los distintos tipos de responsabilidad (lícita e ilícita; judicial, legislativa y administrativa), siguiendo en líneas generales, las directrices trazadas por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el estado actual de sus sentencias.

III. b. El alcance de la indemnización

La indemnización para los casos de responsabilidad estatal por actividad ilegítima se rige por el criterio de la reparación integral y no genera controversia alguna, por el contrario, los casos responsabilidad estatal por actividad legítima fue siempre un tema arduamente debatido, tanto en el ámbito doctrinario como en las decisiones de los tribunales argentinos.

Dentro de la profusa jurisprudencia del máximo tribunal argentino dedicada a este punto pueden encontrarse significativos precedentes, admitiendo la procedencia del daño emergente y el lucro cesante (entre ellos, los fallos “Sánchez Granel”³⁸, “Jucalán Forestal”³⁹ y “El Jacarandá S.A.”⁴⁰), como negando la admisibilidad de este último (“Corporación Inversora Los Pinos”⁴¹, “Cantón”⁴² y “Motor Once”⁴³).

reprodujo aquellos términos del codificador en su artículo 9. La referida previsión determina para que exista responsabilidad del funcionario y agentes públicos una previa relación de empleo público, con un actuar antijurídico o irregular en la función asignada –con base en la normativa aplicable– y que a su vez haya sido materializado de manera culposa o dolosa. Los daños, necesariamente, deben ser ciertos y consecuencia de ese obrar antijurídico que la legislación así consigna. La responsabilidad del funcionario, a diferencia de la del Estado, es de carácter subjetivo.

³⁸ Sánchez Granel c/ Dirección Nacional de Vialidad, Fallos, 306:1409 (1984).

³⁹ Jucalán Forestal S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos, 312:2269 (1989).

⁴⁰ El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional. Fallos, 328:2654 (2005), en el cual la procedencia del lucro cesante se reconoce *obiter dictum*, a pesar de que finalmente no resultó procedente debido a la falta de prueba.

⁴¹ Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ MCBA, Fallos, 293:617 (1975).

⁴² Cantón Mario Elbio c/ Gobierno Nacional, Fallos, 301:403 (1979).

⁴³ Motor Once S.A. c/ MCBA, Fallos, 310:943 (1987).

En función de lo anterior, se observa que la jurisprudencia no ha sido pacífica en cuanto a esta cuestión. *“Ha habido sentencias que admitieron la indemnización integral, y otras que la negaron, en contextos muy particulares que impedirían tanto generalizar las soluciones de cada fallo, como comparar los pronunciamientos, de manera que no sería posible extraer conclusiones definitivas o concluyentes. De hecho, las soluciones no sólo encontraron varias veces tribunales divididos en la votación sino que, además, en algunos casos propugnaron una solución general del tema, mientras que en otros supuestos se enfatizó el estar frente a causas de ribetes excepcionales, lo que impediría propagar a otros casos los criterios adoptados...”*⁴⁴.

Desde la perspectiva doctrinaria, tomando como punto de partida el artículo 17 de la Constitución Nacional en cuanto a la protección de la propiedad privada y la procedencia de reparación frente a la actividad estatal lícita que afecte éste derecho, se han delineado distintas posturas para definir en qué consiste y cómo debe ser tal compensación.

Algunos autores han fundado sus teorías en normas del derecho privado, al sostener que, en ausencia de previsión normativa específica, deben aplicarse por analogía disposiciones pertinentes del Código Civil. Al mismo tiempo, para otro sector doctrinario la regla de la analogía debe aplicarse, justamente, respecto de una ley de derecho público, empleando así los principios que se encuentran en la Ley de Expropiaciones, entre otras⁴⁵.

Claramente, cada una de las posturas concluye en una solución distinta: la indemnización del daño emergente más el lucro cesante en el primer caso, la reparación únicamente del daño emergente en el segundo.

Lo cierto es que, más allá de la valoración que se haga respecto de la solución consagrada en la ley, a través del mismo

⁴⁴ CAPUTI, Claudia, La Responsabilidad del Estado en Argentina. Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad. Disponible en línea.

⁴⁵ Decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y Ley de Defensa Nacional 23.554, en materia de requisiciones. (Art. 35).

se ha intentado resolver las controversias en torno a esta discusión, estableciendo que *“En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”, y la “indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima, comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad estatal, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”*⁴⁶.

De esta manera, con la pretensión de aportar una solución definitiva al tema en debate, la Ley de Responsabilidad del Estado estableció, en torno a la alcance de la reparación por los daños causados por actividad estatal lícita, un criterio análogo al establecido en la ley de expropiaciones⁴⁷, en el decreto que regula el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y en la Ley de Defensa Nacional en sus previsiones respecto de requisiciones efectuadas por el Estado Nacional.

III.c. Daños causados por la actividad judicial legítima del Estado

En relación a este punto, la ley continuó con la jurisprudencia imperante en la materia, al señalar que *“los daños causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización”*⁴⁸.

Cabe destacar, en este punto, que la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, ha sido considerada históricamente de carácter excepcional.

En tal sentido, luego de un largo devenir, la Corte Suprema ha aceptado la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando actúa en ejercicio de la función judicial en aquellos casos en que existan:

Vicios *in iudicando* o errores en el juzgamiento: son los casos en los que la sentencia que pone fin al proceso es injusta

⁴⁶ Véase artículo 5, primer y segundo párrafo de la ley 26.944.

⁴⁷ Decreto Ley 21.499, 17/1/1977.

⁴⁸ Véase en el artículo 5 in fine de la ley 26.944.

dado que, de no haber mediado el error, la sentencia tendría un contenido distinto⁴⁹.

Vicios *in procedendo* o errores en el procedimiento: son los casos en que el daño proviene de una resolución dictada durante la sustanciación del proceso. A través del reconocimiento jurisprudencial del deber de indemnizar frente a este tipo de errores se amplía la responsabilidad por actividad judicial, (aunque en forma limitada), aplicando como fundamento el concepto de falta de servicio (habitualmente referido a la actividad administrativa)⁵⁰.

Nuestros tribunales consideran que la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad jurisdiccional sólo se presenta en aquellos casos en que se configure una conducta ilegítima, ilícita o irregular, habiendo manifestando reiteradamente que *“los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”*⁵¹.

Un paso adelante en la temática, se ha visto en los últimos años (y en función principalmente, de la incorporación a nuestro derecho de distintos tratados internacionales⁵²), en el reconocimiento de indemnización por los casos de prisión preventiva prolongada o de dilación excesiva de los procesos judiciales⁵³. Sin embargo, el texto de la Ley de Responsabilidad

⁴⁹ Los requisitos para la configuración del error judicial fueron señalados por la Corte por primera vez en la causa “Vignoni, Antonio c/ Estado Nacional”, Fallos, 311:1007 (1988).

⁵⁰ Fallos representativos de este tipo responsabilidad son: “Videla Cuello, Marcelo c/ Provincia de La Rioja”, Fallos, 312:316, (1989) y “De Gandía, Beatriz”, Fallos, 318:845, (1995).

⁵¹ “Balda, Miguel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Fallos, 318:1990, (1995); “Román SAC c/ Estado Nacional s/ Cobro de Pesos”, Fallos 317:1233, (1994).

⁵² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), entre otros.

⁵³ “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, Fallos, 322:2683, (1999); “Poggio, Oscar Roberto c/ Estado Nacional s/ Daños”, (8/11/2011).

del Estado no consagró ninguna previsión específica dedicada a esta extendida problemática.

III.d. Responsabilidad de los contratistas y concesionarios

La norma señala, en su artículo 6, que *“el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”*.

De este modo, establece que en aquellos casos en que la actividad desarrollada por los concesionarios y contratistas de servicios públicos ocasione daños a los particulares, no será el Estado quien deba hacerse cargo del resarcimiento por perjuicio producido.

De los debates legislativos surge que esto ha sido resuelto así⁵⁴ debido a que dichos concesionarios y contratistas no son cuadros de la administración y además, obtienen un lucro con el desempeño del servicio de que se trate, asumiendo por ende el riesgo de reparar los daños que produzcan en el desempeño de la función encomendada.

Este artículo ha sido censurado por diversos dirigentes políticos y doctrinarios, al señalar que el Estado podría, con esta regulación, evadir su responsabilidad en aquellos casos en que, habiendo incumplido su obligación de vigilar y controlar a los concesionarios y contratistas de servicios públicos en la prestación de los mismos, se haya producido un daño a los particulares. De tal posibilidad derivaría el perjuicio irremediable a las víctimas, quienes probablemente se encuentren frente a concesionarios insolventes y un Estado irresponsable, que evade el ejercicio de su poder de policía estatal, amparado en el dispositivo legal.

Es nuestro entender que, si el Estado seleccionara de manera fraudulenta al concesionario/contratista o no controlara

⁵⁴ Orden del día 2.704, manifestaciones de la Diputada Diana CONTI.

en forma diligente la actividad desempeñada por el mismo, la ley no obstruye de ninguna manera la posibilidad de hacerlo responder por esa culpa en la medida que corresponda.

Lo que la norma intenta es evitar que el Estado sea socio de las pérdidas de los concesionarios, lo cual resulta, por otra parte, una cláusula universalmente extendida en los contratos de concesión.

Por todo lo expuesto, consideramos que la previsión legislativa no conlleva la imposibilidad de demandar al Estado en aquellos casos en que se intente atribuirle responsabilidad, demostrando la inobservancia del deber de control y el nexo de causalidad entre ésta y el daño causado.

IV. Corolario

Esta exagerada reseña se ha propuesto, a fines netamente propedéuticos, recorrer el camino histórico que llevó desde las nociones de irresponsabilidad a la responsabilidad del Estado Nacional. Asimismo, hemos podido narrar el tránsito desde una etapa jurisprudencial hacia otra de corte legal en la construcción del instituto.

Los límites que le hemos trazado a este trabajo conspiran contra un desarrollo pormenorizado de este devenir que, desde luego, requiere de exhaustivas investigaciones que se detengan en todas las particularidades de este largo proceso. En tal sentido, existen profusos estudios sobre el instituto en la literatura jurídica a los que, a modo de disculpas, cabe remitir al lector ávido de mayores indagaciones.

Bajo tales pautas, a los fines de estudios iniciales, esperamos que estas líneas sean un aporte más a la enseñanza de este instituto central para la vida de todos los ciudadanos en la República Argentina.

Derechos Humanos y Desigualdades Sociales. Enseñanza, práctica y ejercicio profesional en el ámbito jurídico

Human Rights and Social Inequalities. Teaching, practice and professional practice in the legal field

Direitos humanos e desigualdades sociais. Ensino, prática e prática profissional no campo jurídico

Les droits de l'homme et les inégalités sociales. Enseignement, pratique et exercice professionnel dans le domaine juridique

*Dino Di Nella*¹ | Universidad Nacional de Río Negro

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 54-79

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e173>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1606-7712>

Recibido: 16/06/2018

Recibido con modificaciones: 07/07/2018

Aprobado: 28/08/2018

Resumen: La enseñanza de los derechos humanos y las desigualdades sociales debe ser capaz de captar el carácter holístico y multidimensional que define a los derechos humanos. Este trabajo presenta las bases teóricas desde las cuales se fundamenta una propuesta de docencia universitaria, caracterizada por el desarrollo de diversos dispositivos de aprendizaje activo del alumnado para la adquisición de cuatro competencias transversales especialmente relevantes en éste ámbito: la interdisciplinariedad profesional, el trabajo grupal, la resolución de problemas y la utilización de las TICs. Se concluye que el fenómeno sociojurídico de los derechos humanos (sus procesos de exclusión e inclusión social

¹ Profesor Ordinario Efectivo Adjunto Categoría II (Programa Incentivos a la Investigación) Grupo Internacional Copolis-Adalquí Sede Atlántica - Universidad Nacional de Río Negro Oficina 5, AV. Don Bosco y Leloir. Viedma (08500). Río Negro. Argentina.

y jurídica, los agentes que constituye como víctimas y victimarios y hasta la propia transgresión jurídica) se formaliza en la construcción de los modos de vida, de los comportamientos, de lo esperado, de las formas de desarrollo de los vínculos. En consecuencia, se requiere de otros dispositivos didácticos y pedagógicos –participativos, vivenciales, lúdico-recreativos, de integración curricular horizontal y vertical–, que den centralidad a los procesos y las experiencias sociales de apropiación comunitaria –resignificación– del sentido de las luchas por la inclusión mediante el ejercicio pleno de los derechos humanos de los grupos más vulnerables a la transgresión de la institucionalidad jurídica.

Palabras claves: Derechos Humanos; Desigualdades Sociales; Enseñanza del Derecho, Ejercicio de derechos.

Abstract: The teaching of human rights and social inequalities must be capable of capturing the holistic and multidimensional nature that defines human rights. This work presents the theoretical bases from which a proposal of university teaching is based, characterized by the development of diverse devices of active learning of the students for the acquisition of four transversal competences especially relevant in this field: the professional interdisciplinarity, the group work, the resolution of problems and the use of ICTs. It is concluded that the socio-legal phenomenon of human rights is formalized in the construction of ways of life, of behaviors, of what is expected, of the forms of development of the bonds.

Keywords: Human rights; Social inequalities; Teaching of Law, Exercise of rights.

Resumo: O ensino dos direitos humanos e das desigualdades sociais deve ser capaz de captar a natureza holística e multidimensional que define os direitos humanos. Este trabalho apresenta as bases teóricas desde as quais se fundamenta uma proposta de ensino da universidade, caracterizado pelo desenvolvimento de vários mecanismos de aprendizagem ativa dos alunos para aquisição de quatro competências transversais especialmente relevantes neste campo: a interdisciplinaridade profissional, trabalho grupal, a resolução de problemas e o uso de TICs. Conclui-se que o fenômeno sócio-jurídico dos direitos humanos é formalizado na construção de estilos de vida, comportamentos, expectativas, formas de desenvolvimento de laços.

Palavras-chave: Direitos Humanos; desigualdades sociais; ensino de direito; ensino universitário

Résumé: L'enseignement des droits de l'homme et des inégalités sociales doit être en mesure de saisir la nature holistique et multidimensionnelle qui définit les droits de l'homme. Cet article présente les bases théoriques sur lesquelles repose une proposition d'enseignement universitaire, caractérisée par le développement de divers dispositifs d'apprentissage actif du corps étudiant pour l'acquisition de quatre compétences transversales particulièrement pertinentes dans ce domaine: l'interdisciplinarité professionnelle, le travail en groupe, la résolution de problèmes et l'utilisation des TICs. On en conclut que le phénomène socio juridique des droits de l'homme est formalisé dans la construction des modes de vie, des comportements, des attentes, des formes de développement des liens.

Mots-clés: Droits humains; Les inégalités sociales; Enseignement du droit, exercice des droits.

1. Introducción. La práctica profesional de las y los juristas

Hacia la década de 1980, el reconocimiento y defensa de los derechos humanos era concebida una tarea esencialmente legal, desarrollada casi exclusivamente por abogados. A partir de entonces, desde las ciencias sociales en general y del ámbito educativo en particular se comenzó a considerar que el trabajo legal sobre derechos humanos, siendo de enorme importancia, resultaba insuficiente para evitar las grandes violaciones a los derechos humanos. La tarea formativa en este ámbito devino indispensable para difundir el conocimiento de los mismos. Aún ante la contingencia de que ya se encontraban reconocidos por diversos pactos, convenciones internacionales, textos constitucionales y leyes nacionales.

Hoy pueden reconocerse múltiples propuestas educativas de origen estatal o social, detrás de las cuales hay una teoría

general de los derechos humanos articulada y explicitada en diversos materiales docentes vinculados a los textos jurídicos de derechos humanos más relevantes.² Así, la enseñanza de la dogmática jurídica de los derechos humanos fue incluyéndose progresivamente en los planes de estudios de las carreras universitarias y en los programas de las asignaturas, especialmente en los diseños curriculares más modernos de las carreras de Abogacía.

Sin embargo, este reconocimiento y difusión de los derechos humanos en su recepción formal-legalista de nuestros sistemas jurídicos y de nuestras carreras universitarias, no se corresponde con la vigencia sociológica de las realidades sociales que su implementación deberían conllevar. La amplia brecha entre reconocimiento formal de los derechos humanos y su verdadero y efectivo cumplimiento, comporta en muchos casos, su deslegitimación social y simbólica, y con ello, la pérdida de centralidad en las luchas sociales, económicas y políticas de principios de siglo, como herramienta de transformación social.³ En efecto, los educandos asimilan las enseñanzas de los textos jurídicos de derechos humanos como un aprendizaje más de tipo teórico, racional y abstracto, apto para su aprehensión intelectual y la argumentación retórica. Pero al mismo tiempo, absolutamente escindido de los procesos sociales que los afectan, de sus vivencias cotidianas, de sus afectos, sus actitudes, y en definitiva, de la realidad macrosocial y microsocial en las que están insertas.

La consecuencia será que para los estudiantes, los derechos humanos serán una teoría más o menos interesante, pero sin ninguna incidencia en su manera de relacionarse, sentirse, y compartirse con el otro, es decir, inútiles para constituirse en saberes significantes para su formación profesional, con

² MUJICA, ROSA MARÍA, *La metodología de la educación en derechos humanos*. San José de Costa Rica: IIDH, 2002.

³ PÉREZ AGUIRRE, LUIS, *Los valores democráticos en la educación y a transformación social*. San José de Costa Rica: IIDH, 1999.

capacidad de tener implicaciones prácticas en la dignidad y calidad de vida de las personas y sus grupos.

Por ello, la enseñanza de los derechos humanos debe modificar los dispositivos conceptuales y pedagógicos de los que habitualmente ha partido. Los procesos de estructuración jurídico-institucional de las currículas universitarias deben potenciar la aproximación a los derechos humanos desde el análisis de esas grandes categorías macrosociales y microsociales que son la clase, la etnia, el género, las modalidades convivenciales familiares, los sistemas de socialización, el trabajo, la educación, la salud, la edad y la participación, entre otras. Y percibir, desde las más vitales y cotidianas relaciones humanas de desigualdad social, el sentido profundamente transformador de los derechos humanos.

Es recién aquí donde las teorías sociales y jurídicas de los derechos humanos y los procesos de estructuración jurídico-institucional que determinan, adquieren toda su capacidad explicativa como contribución fundamental para la comprensión del fenómeno jurídico y sus operadores.

Y es en ese contexto macro y microsocial en el que funciona el control social del fenómeno jurídico, que se produce el desfase entre teoría y práctica, discursos y realidades de los derechos humanos. Se tratará entonces de Intentar la comprensión de estos contextos, para adentrarse en las prácticas y roles profesionales de los operadores jurídicos, así como en los dispositivos pedagógicos dispuestos para su formación universitaria.

2. Contextualización macrosocial

En los países del capitalismo global, las sucesivas y periódicas “crisis económicas” ha implicado la reducción de las acciones estatales dirigidas a los más necesitados, en la medida en que los presupuestos para la aplicación de políticas sociales que dan sustento a la protección y facilitación del ejercicio de los derechos humanos, se han recortado considerablemente.

Como manifestación de la disgregación y ruptura de la solidaridad social,⁴ se intensifican las conductas delictivas y evasoras del sistema fiscal y del sistema previsional, con el considerable crecimiento de la producción y de la fuerza del trabajo, por fuera del control del Estado.

Como consecuencia, suele producirse una fuerte caída de la cobertura social y jurídica de los derechos humanos de los grupos con más carencias: la degradación de los sistemas de seguridad social –cuya principal fuente de ingresos proviene de la masa asalariada–, y el deterioro general de los servicios y de la calidad de vida de estos sectores de la población.

Así, y en contraposición a los sectores sociales que se consagran (con diferentes resultados) a la búsqueda de “salidas” jurídicas y sociales individuales, esto origina en amplios sectores de la población, el surgimiento de comportamientos “defensivos” (muchas veces comunitarios, otros transgresores de las leyes y los sistemas jurídicos imperantes) para la realización práctica y directa de sus derechos humanos. Dichos comportamientos se constituyen en verdaderas estrategias de neutralización de los efectos negativos de las situaciones de exclusión jurídica y social. Principalmente se conforman por medio del desarrollo de economías y sistemas jurídicos-normativos informales o alternativos a los establecidos por las autoridades o representantes políticos ante el Estado.

A su vez, las estrategias gubernamentales de los países capitalistas occidentales tienden a sustituir las concepciones tradicionales en políticas sociales para la implementación efectiva de los derechos humanos a través de dos vías: una, estructural, hacia la constitución de mercados libres, y otra, orientada a la focalización de la ayuda estatal sobre los sectores que sufren más carencias, mediante programas especiales de tipo asistencialista, que los convierte en grupos-objeto excluidos del

⁴ Es decir, del mayor desarrollo de estrategias individuales para la superación personal de cierres sociales de clase; puede ampliarse en PARKIN, FRANK, *Marxismo y teoría de clases. Una crítica burguesa*. Madrid: Espasa Calpe, 1984.

concepto de ciudadanía y del acceso a la justicia como titulares del ejercicio de su propios derechos humanos.⁵

La misma crisis del sistema productivo genera también un debilitamiento de su ámbito básico (las familias), de las fuentes de trabajo asalariado y su base vincular y, además, de sus grandes estructuras jurídico-institucionales, donde el Estado verifica su creciente incapacidad para actuar como órgano de protección y facilitación de ejercicio de los derechos humanos mediante la redistribución de los beneficios a través de la educación, la salud pública, la seguridad, los planes de vivienda, los créditos personales, etc.

El modo de abordar las crisis por parte de los gobiernos va tornando al sistema jurídico-institucional en representativo del nuevo modelo de declamación formal de los derechos humanos, pero inservible para su aplicación en una sociedad que en parte lo ha generado y en parte ha sido moldeada por él. Así, el “mundo” cambia, y sus cambios afectan a “nuestras” sociedades -si bien no en el sentido que algunos quisieran- y desencadena un descomunal proceso de exclusión jurídica y social del ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos.⁶

En todo caso, lo que es seguro es que el sistema jurídico institucional que en la actualidad se definía como integrador por medio del derecho internacional de los derechos humanos, está condenado ahora a su transformación forzada hacia una progresiva ampliación de la brecha social y en el acceso a la justicia para su efectivo cumplimiento. Como cientistas sociales, es razonable entonces que comencemos a considerar la exclusión jurídica del ejercicio y goce de los derechos humanos, como algo más que “lo marginal” con sus acciones transgresoras del sistema jurídico hegemónico dominante que no obstante clama por sus derechos humanos. Son más bien, el germen de una nueva “sociedad jurídica”, rupturista, no representada

⁵ DI NELLA, DINO, *Exclusión y grupos vulnerables*. Barcelona: Copalqui Editorial, 2008.

⁶ DOMÍNGUEZ LOSTALÓ, JUAN CARLOS, *Desarrollo humano y comunidades vulnerables. Informe final de investigación*. La Plata: Cuadernos del Caleuche, 2002.

ni contenida por esa institucionalidad jurídica y social, a cuya imposición se está rebelando.

En efecto, desde los grupos más vulnerables al sistema de control social de las sociedades contemporáneas, una nueva noción de grupalidad jurídico-social y comunitaria comienza tímida, pragmática y muy contradictoriamente a generar sus propias instituciones (incluso sus “instituciones jurídico-normativas”). Lo hace también en forma muy “moderna”, tanto en su faz instrumental (con el uso de las nuevas tecnologías, los procesos de nucleamiento y organización social menos orgánicos, etc.) como en su aspecto sustantivo (toda vez que en muchos casos prescinde de las ideologías –las que entendemos por tales– del positivismo jurídico de la sociedad industrial). El hecho más o menos comprobable es que, a partir de su propia crisis, el sistema jurídico-institucional capitalista no es capaz de expresar, integrar, explicar ni comprender (mucho menos, plantear un rumbo para la sociedad remanente de la revolución tecnológica global) las nuevas formas sociojurídicas e instituciones del derecho que dicho sistema genera, a fin de encontrar un ámbito o dimensión más humana en el que los grupos vulnerables al fenómeno de la transgresión jurídica, puedan satisfacer sus propios derechos humanos.

Sin embargo, ello no debe llevarnos al pesimismo ni a la resignación respecto a las posibilidades de reducir la exclusión social y jurídica de los grupos y personas vulnerables al control social jurídico-institucional. Más bien todo lo contrario; se abren grandes espacios para la transformación y la mejora de nuestras sociedades y nuestros sistemas de protección de derechos humanos.

Para comenzar, podemos considerar que “la exclusión social y jurídica del ejercicio efectivo de los derechos humanos no es una situación (absoluta) sino un proceso (variable) que afecta con diversa intensidad a cada individuo y cada grupo. Esta concepción procesual de la exclusión nos obliga a cuantificar la intensidad, nos permite identificar tendencias positivas o negativas y nos recuerda que, en pura lógica, la exclusión

total no existe. Siempre hay algún tipo de relación jurídico-social, siquiera conflictiva, algún proceso de participación jurídico-social y alguna interrelación con el resto de la sociedad. Tan solo el exterminio físico, individual (pena de muerte) o colectivo (limpieza étnica) y su olvido social (la erradicación de la memoria colectiva de un pueblo) supone un proceso de exclusión total de la sociedad”.⁷ Y aún en estos casos extremos, ciertos grupos sociales subsisten –y sobrevivieron a auténticos etnocidios y genocidios– resignificando estrategias de supervivencia comunitarias protovinculares propias de sistemas que tuvieron lugar en momentos históricos anteriores al actual.

El protovínculo comunitario es un factor organizativo que emerge de las relaciones recíprocas continuadas; la solidaridad va creciendo y educando en común. La conciencia de problemas comunes se logra en el proceso de formación de una comunidad determinada. Las caracterizaciones referidas a una comunidad consisten, generalmente, en atribuir a un determinado territorio prácticas cotidianas, costumbres y tradiciones de esa realidad sociocultural en funcionamiento, que acaban constituyéndose en “su propio derecho” o sentido intrínseco de su noción de los derechos humanos.

Estas características culturales y sociales de un determinado territorio pueden o no converger en intereses comunitarios para dotar de la mayor vigencia sociológica posible a los derechos humanos de las personas que lo integran.⁸

La comunidad es entendida así como un proceso participativo que se expresa en las relaciones continuadas y las prácticas solidarias tendientes a solucionar problemas en comunión en un ámbito geográfico determinado. Cuando, a partir de estos procesos, se da una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por diferentes tipos de actores, aparecen las instituciones jurídicas en y de la comunidad para la protección y cumplimiento

⁷ LAPARRA, MIGUEL, *El espacio social de la exclusión. El caso de Navarra*. Tesis doctoral. Departamento de Sociología III. Madrid: UNED, 1999.

⁸ DOMÍNGUEZ LOSTALÓ, *ibid.*

efectivo de los derechos humanos. Estas acciones son compartidas y accesibles a todos los integrantes de un grupo social dentro de una situación común.

La religión, la recreación y la educación constituyen focos de acciones habitualizadas en una comunidad, que pueden asumir un rol performativo para el cumplimiento de los derechos humanos, e incluso acabar positivizándose en distinto tipo de normas jurídicas, orales o escritas. Considerada de esta manera, una institución jurídico-social caracteriza (simboliza) tanto a los actores como a las acciones habitualizadas. Las instituciones implican historicidad. La historización del conjunto social (procesos de construcción de la memoria histórica del colectivo social) permite verificar la existencia del protovínculo comunitario que es un “factor organizativo que emerge de las relaciones recíprocas continuadas” y que puede constituirse en su “ley” de funcionamiento grupal. En el protovínculo se inscriben, a partir del anagrama históricamente consolidado, los vínculos ulteriores de los grupos y las personas entre sí en el territorio propio de esa comunidad.⁹

Finalmente, llegamos a un punto fundamental. A partir de una adecuada historización y memoria de los derechos humanos de las propias personas y grupos vulnerables a los procesos de criminalización y persecución jurídica-institucional compulsiva (así como de sus valores, normas, costumbres y estrategias de supervivencia), puede plantearse una prospectiva que permita a esas personas y grupos proyectarse incluso jurídicamente en una sociedad cuyo factor común no sea la autopercepción de encontrarse excluido del goce de sus derechos, sino su inclusión por medio de la lucha por el ejercicio de sus derechos humanos.

Asimismo, la exclusión social y jurídica del goce efectivo de los derechos humanos, para serlo, no basta con que sea real, sino que necesita ser potencial. Cuando decimos que el modelo social puede convertirse en pocos años en una sociedad que

⁹ Puede ampliarse este concepto en DOMÍNGUEZ LOSTALÍ, *ibid.*

margina, excluye, segrega, explota y criminaliza, no nos fijamos solo en la realidad de tal exclusión, sino en que no se vislumbra ninguna posibilidad de alguna forma de integración futura de esos grupos, que entonces se verán forzados a concretar estrategias de supervivencia y reivindicación del cumplimiento de sus derechos humanos, claramente diferenciadas de las propuestas por la institucionalidad jurídica dominante. En este sentido, conviene remarcar que, en tales condiciones, los grupos sociales oprimidos suelen desarrollar diferentes estrategias de supervivencia y autosatisfacción de sus derechos humanos: desde aquellas que buscan una expropiación total de los recursos de los sectores dominantes, hasta las que persiguen una distribución marginal de los beneficios.

Por ello, estas no siempre son jurídicamente transgresoras del derecho positivo vigente ni socialmente “usurpadoras” de bienes materiales o simbólicos de los grupos privilegiados, ya que se pueden encontrar también estrategias de grupos que desarrollan sus propios recursos o se apropian de los de otros pero garantizando la supervivencia de sus miembros para su integración social dentro del orden jurídico institucional establecido.¹⁰ Son cierres de resistencia a la privación de derechos humanos que no establecen una lógica de “opresor-oprimido” en tanto “confrontación directa que busca el desplazamiento del opresor en manos de la ocupación de su lugar por parte de los oprimidos”. Más bien se trata de una práctica liberadora caracterizada por la autogestión de los grupos dentro de la legalidad vigente y con prescindencia de aquellos elementos que los ubican en una relación de explotación social y que impiden la realización de sus derechos humanos de acuerdo a su estatuto de ciudadanía.¹¹

Emerge así la necesidad y conveniencia de analizar los grandes factores de este proceso histórico de integración-exclusión social y jurídica de las clases trabajadoras y los grupos

¹⁰ PARKIN, *ibid*, pág. 109.

¹¹ DOMÍNGUEZ LOSTALÓ, *ibid*, pág. 123.

sociales más desaventajados de la sociedad que caen bajo el control social y jurídico-institucional, pero desde la perspectiva de que este proceso de exclusión y criminalización también puede generar estrategias de resistencia (para la supervivencia y acceso efectivo al goce de sus derechos humanos), que es sí, exclusión del mercado, del consumo, pero que también es otra cosa vinculada a la construcción de una sociedad jurídicamente pluriversal, con “muchos arribas y abajos”, es decir, “donde caben muchos mundos” y muchos “plurales jurídicos”, unos “otros mundos jurídicos” para la satisfacción efectiva de sus derechos humanos, excluidos de la sociedad del hiperconsumo.

Esta interrelación entre el punto de vista macro y micro-sociológico, es la que nos permitirá articular las experiencias cotidianas y las vivencias más viscerales del fenómeno jurídico, con los ejercicios profesionales y los trabajos jurídicos, y la enseñanza de los derechos humanos y los diseños curriculares de las carreras universitarias que los contienen.

3. Contextualización microsocial.

Nuestros operadores jurídicos –y nuestros estudiantes-, expuestos a esta contradicción fragante entre la vigencia jurídico-institucional formal y la violación sistemática de los derechos humanos de la mayoría de las personas de nuestros países, no son ajenos al dispositivo de control social que se viene describiendo.

¿Cuáles son los mecanismos por medio de los cuales opera el subsistema de control social del fenómeno jurídico, sobre sus operadores?. Es decir, ¿Por qué, en un momento histórico dado, los operadores jurídicos consideran a determinadas conductas valorativamente como correctas y a otras como desviadas?. ¿Quién y en base a qué se hacen esas valoraciones? ¿Cómo diferenciar, de cada operador jurídico, la propia forma de ver lo aceptable y lo no tolerable en la conducta de un otro? ¿Qué hace de una teoría “la” teoría de la época, desde el punto de vista paradigmático?.

También desde estas preguntas encontramos el sustento para introducir la lectura sociojurídica y crítica de la enseñanza de los derechos humanos. Para su dilucidación partimos de los conocimientos psicosociales del comportamiento humano (para la comprensión del sistema de control social interno de cada sujeto) y de lo que llamamos control social informal.

En este sentido, lo primero a remarcar es que el propio estudiante universitario o profesional, mientras está aprehendiendo una teoría desde la que enfocará en su realidad laboral al otro sobre el que intervendrá, está siendo controlado (control social informal), a pesar de que esta persona crea estar dirigiendo libremente y sin inferencias externas sus acciones. Así, podrá declarar con total convicción como peligroso social, no tratable o no defendible jurídicamente, a quien no es abordable desde su estático dispositivo técnico-ideológico de quehacer jurídico-profesional (es decir, desde su paradigma o perspectiva profesional no iushumanista).

Un ejemplo. Si ante una infracción penal busca primariamente herramientas de contención comunitaria del infractor (tal como pregona el paradigma iushumanista) y no las encuentra, podrá simplemente condenarlo, pues no está dispuesto a aceptar que no sabe qué hacer. Seguramente culpará al sujeto de su estructura intrapsíquica o de su deficiencia mental, o de su familia que no lo visita ni lo contiene, cuando en realidad la institución y los profesionales tampoco nada han hecho al respecto para su contención social en medio abierto. Este caso hipotético (pero con toda probabilidad, potencialmente real) es un claro ejemplo de las consecuencias del control social del quehacer profesional sobre la llamada “delincuencia”. Por eso es básico mantener la conciencia crítica como profesionales insertos en una dinámica social que nos envuelve y excede. Tomarlo en cuenta, incorporarlo como dimensión de análisis, es lo que nos permite preservarnos de jugar el juego del teórico o dogmático intelectual del derecho que opera en el ámbito de los derechos humanos con una supuesta ingenuidad técnica, que termina siendo una acriticidad conservadora muy cercana a la

complicidad (más o menos ventajosa) con el orden establecido. En el ejemplo dado, la persona, en su abordaje profesional (sea cual sea esta intervención), debe verse afectada con la menor injerencia posible en sus derechos. Más aún, toda intervención profesional debe estar orientada a facilitar o recuperar el ejercicio de estos derechos, sin otras restricciones que las que se derivan de los daños para sí mismo, para los otros o el entorno. En consecuencia, es necesario preservar la condición humana, tanto de la víctima como del victimario, porque a partir de esta reinclusión de lo subjetivo del abordaje jurídico en el contexto de su realidad micro y macro social, encontraremos la posibilidad de una intervención jurídico-profesional con capacidad de hacer operativos y efectivos los derechos humanos de las personas afectadas.

Por ello, los profesionales del derecho (y en general de las ciencias sociales, nos dediquemos a lo que nos dediquemos) no podemos ser ingenuos respecto a las funciones que suponen estos procesos. El control social no está fuera de la sociedad que lo sostiene; está atravesado histórica y socialmente por las relaciones económicas y del dispositivo de poder de la comunidad a la cual pertenece. Así, toda acción del sistema de control social es una acción política e ideológica y no solo de “sujetación” social.

4. La práctica profesional de los/las juristas sobre los fenómenos jurídicos de derechos humanos

Una de las formas de aproximarnos al conocimiento de esta realidad y su relación con los derechos humanos es por medio del análisis que da cuenta de las clases de ejercicio profesional,¹² a partir de la articulación de dos grandes dimensiones, que puede ilustrarse recurriendo a dos preguntas fundamentales en torno a los fines de la disciplina: ¿conocimiento jurídico para qué? y ¿conocimiento jurídico para quién?

¹² Esto ya ha sido planteado para otras disciplinas también; ver entre otros, BURAWOY, MICHAEL, “For public sociology”, en *American Sociological Review*, N° 70, 2005.

Respecto al “¿conocimiento jurídico para qué?”, se distingue el conocimiento instrumental (destinado a resolver problemas relacionados con los medios necesarios para obtener un fin determinado), del conocimiento reflexivo (orientado a los valores, a preguntarse por los fines mismos de la acción jurídica).

En relación con el “¿conocimiento jurídico para quién?”, las audiencias pueden diferenciarse en el propio colectivo de juristas o en grupos de pares especializados (otros/as juristas y profesionales académicos o de centros públicos de investigación), y en el público en general (extraacadémica, de personas no especializadas que son destinatarias de los textos o exposiciones orales de los/las juristas).¹³

Combinando estas dimensiones, y siguiendo modelos de análisis habituales en otras disciplinas, se obtienen los cuatro tipos principales en los que se divide el trabajo jurídico en la actualidad:

División del trabajo jurídico

Conocimiento	Audiencia	
	Académica	Extraacadémica
Instrumental	Trabajo Jurídico dogmático/analítico	Trabajo Jurídico de interés particular (aplicado/patrocinante)
Reflexivo	Trabajo jurídico teórico/crítico	Trabajo Jurídico de interés público

De esta forma, podemos decir que:

a) El trabajo Jurídico dogmático y/o analítico se dirige a una audiencia interna de la disciplina para resolver problemas instrumentales. Consiste en el desarrollo de múltiples programas de investigación y enseñanza formados por supuestos, definiciones, conceptos y teorías destinados a suministrar de manera endógena a/o entre los propios especialistas metodologías de interpretación, conocimientos y marcos conceptuales

¹³ Un abordaje más detallado de estos aspectos pueden verse en FERNÁNDEZ ESQUINAS, MANUEL, “El resurgimiento de la sociología pública”, en *Revista Española de Sociología*, N° 6, 2006.

sobre diferentes temáticas, a partir del derecho positivo vigente, entendido como un sistema completo y consistente (sin contradicciones, y con una única solución posible para cada caso).

Esta es la investigación, análisis jurídico y enseñanza del derecho –incluido el derecho de los derechos humanos– que de manera hegemónica, se ha desarrollado –y en gran medida se desarrolla actualmente– en las universidades y demás instituciones científicas.

b) El trabajo Jurídico de interés particular, aplicado y/o profesional para el patrocinio, se dirige a una audiencia externa a la disciplina y produce un conocimiento de carácter instrumental. Se orienta a la resolución de problemas formulados por clientes (personas o instituciones) que buscan en el derecho criterios o utilidades para tomar decisiones de carácter práctico o para la resolución de problemas o conflictos de tipo adversarial.

c) El trabajo jurídico teórico/crítico se dirige a una audiencia interna de –o especializada en– la disciplina, y produce conocimientos que tienen que ver con el análisis reflexivo sobre los fines que debe perseguir la disciplina y la profesión; es decir, examina los fundamentos de los programas de investigación, enseñanza y docencia y plantea marcos conceptuales y/o metodológicos alternativos a los del trabajo jurídico dogmático y/o analítico y en muchos casos también a los del trabajo Jurídico de interés particular.

d) El trabajo Jurídico de interés público se dirige a audiencias amplias y externas a la disciplina y produce un conocimiento de carácter instrumental a la vez que de carácter reflexivo sobre cuestiones de especial interés jurídico-social –como la de dotar de vigencia sociológica a los derechos humanos–, con la finalidad de dar las discusiones sobre sus aspectos sustantivos o sobre los fines sociales que resultan relevantes para colectivos amplios.

En el trabajo Jurídico de interés público pueden distinguirse, a su vez, a los/las profesionales testimoniales (que escriben en medios de comunicación de masas, divulgan conocimientos, instigan debates, pero que no interactúan ni se involucran en ellos

más que como difusores de ideas y premisas iushumanistas) y los profesionales orgánicos (que trabajan en extensión universitaria, o en conexión o desde la sociedad civil y sus organizaciones –de las cuales en muchos casos forman parte–, para generar, a partir del diálogo entre científicos sociales y la población, debates y conocimientos relativos a reformas, cambios sociales o intervenciones en la sociedad para el cumplimiento de los derechos humanos, ya sea en proyectos de extensión universitaria y/o de voluntariado social y/o programas de trabajo social y/o prácticas profesionales, por medio de clínicas jurídicas, consultorios jurídicos gratuitos, actuaciones pro bono, litigios adversariales estratégicos, procesos de mediación y/o arbitraje, o desde diversos usos alternativos del derecho, entre otros).

Como toda construcción de tipos ideales, estos no se presentan en puridad, sino mutuamente influidos e interrelacionados, siendo posible (aunque no muy frecuente) que los/las juristas actúen desde varias de estas adscripciones, sea de forma simultánea o emigrando de unas a otras modalidades. La hegemonía que el trabajo jurídico dogmático ha tenido en la investigación y la enseñanza jurídica de los derechos humanos, es lo que principalmente generó estudios académicos intradisciplinarios (es decir, destinados a los/las propios/as juristas, y no a científicos sociales de otras disciplinas ni a la comunidad en general). Ello explica también y en gran medida, que el derecho y la realidad social a la que pertenece (junto con sus grupos más vulnerables a la exclusión jurídica) no tengan en muchos casos una mayor interconexión para el abordaje de las cuestiones jurídicas de interés público, como puede ser la práctica jurídica relativa a la protección de los derechos humanos ante situaciones de desigualdad social.

5. Una propuesta para la enseñanza de los derechos humanos

Para permitir la adquisición y el desarrollo de las distintas actitudes, habilidades y conocimientos que son necesarios para

el despliegue de los trabajos jurídicos y roles profesionales en el ámbito de los derechos humanos citados en el punto anterior, es necesario el uso de una pluralidad de instrumentos de enseñanza y aprendizaje (así como de evaluación de estos aprendizajes). Con el fin de problematizar y abrir más aún el debate sobre la enseñanza de los derechos humanos, se plantea seguidamente –en consonancia con las reflexiones efectuadas en los puntos precedentes- una propuesta para su curricularización transversal, interdisciplinaria e intersectorial, partiendo de las propias experiencias y vivencias de las personas participantes del proceso de enseñanza-aprendizaje.

La propuesta pretende el desarrollo de una experiencia piloto de docencia universitaria sobre derechos humanos y desigualdades sociales, a partir de la formación de equipos docentes de integración horizontal y vertical en tres asignaturas de la carrera de Abogacía de la Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro, con implicación en otras asignaturas de carreras de la Sede, mediante el desarrollo de diversos dispositivos de aprendizaje activo del alumnado, de carácter multidimensional, interdisciplinar, intersectorial y semipresencial.

Estos dispositivos procuran la adquisición de cuatro competencias transversales especialmente relevantes en éste ámbito: la interdisciplinariedad profesional, el trabajo grupal, la resolución de problemas y la utilización de las TICs como forma de adquirir habilidades instrumentales y de autoaprendizaje. Las razones por las que se seleccionaron estas cuatro competencias para la educación en derechos humanos y las desigualdades sociales, se vinculan principalmente al desarrollo de distintas actividades formativas mediante las cuales aprehender la realidad social en la que se caracterizan y simbolizan las representaciones de los derechos humanos desde la propia percepción de los actores sociales de su territorio de referencia.

En particular, cabe decir que la multidimensionalidad inherente al objeto de estudio de los derechos humanos y las desigualdades sociales hace que para ser capaz de abordar un

fenómeno sociojurídico en toda su complejidad sea necesario adquirir un punto de vista holístico, capaz de aprehender las múltiples problemáticas imbricadas en un determinado fenómeno, así como los impactos globales de nuestras actuaciones profesionales. Además, la complejidad sistémica que caracteriza a la sociedad actual, junto con la rapidez del cambio social y tecnológico, exige la constitución de equipos multidisciplinares capaces de dar respuesta a los retos planteados por las distintas dimensiones de una determinada problemática. Esto hace que cada vez sea más común la presencia de equipos multidisciplinares en todos los ámbitos de trabajo y en todas las áreas de conocimiento de los derechos humanos, resultando fundamental trabajar esta competencia transversal para que los estudiantes aprendan a integrar y tener en cuenta los puntos de vista provenientes de los y las profesionales de otros ámbitos.

Con el objetivo de estimular la adquisición de esta competencia, la propuesta propone integrar a un total de 7 asignaturas (seis de ellas con carácter principal y las otras dos de manera complementaria) pertenecientes a 3 carreras de grado y con disciplinas tales como el Derecho, la Sociología, la Ciencia Política, la metodología de investigación y las ciencias del ambiente (ver Cuadro 1). En su temporalidad, las asignaturas se implican de manera gradual y diferenciada; unas para el trabajo horizontal en equipos docentes (varias de un mismo año y semestre), y otras para su integración vertical (concatenadas en tres semestres consecutivos). Esto permite que los alumnos intercambien e incorporen puntos de vista y nociones propias de otras disciplinas en el marco de las actividades formativas llevadas a cabo en las actividades comunes en que todos o parte de ellos participan, intensificando así el enfoque intrínsecamente holístico de la formación en derechos humanos impartida.

Cuadro 1. Resumen de asignaturas y carreras implicadas en el proyecto

Asignatura	Enseñanza	Carácter	Temporalidad
Teoría del Estado	Abogacía	Principal	1º año 1º semestre
Metodología de la Investigación y el Análisis Jurídico	Abogacía	Principal	1º año 2º semestre
Derechos Humanos	Abogacía	Principal	2º año 1º semestre
Seminario Sociología General	Abogacía	Principal	2º año 1º semestre
Derecho Constitucional	Abogacía	Principal	2º año 1º semestre
Sociología Jurídica	Abogacía	Principal	3º año 2º semestre
Fundamentos de Sociología	Comunicación Social	Secundaria	1º año 1º semestre
Educación Ambiental	Ciencias del Ambiente	Secundaria	3º año 1º semestre

La forma mediante la cual se pretende poder trabajar con este grupo de alumnos tan heterogéneo e interdisciplinar en el marco de esta propuesta es introduciendo la amplitud y complejidad de los estudios sobre los derechos humanos y las desigualdades sociales, como eje transversal de los diferentes grupos. En este sentido, esta propuesta pretende el estudio y/o realización de ocho jornadas o seminarios monográficos que implican curricularmente a las diversas asignaturas: dos sobre sociedad, memoria y derechos humanos, de realización en 2012 y 2014; dos sobre sociedad, ambiente y derechos humanos, de realización en 2013 y 2015; y cuatro sobre las diversas prácticas jurídicas y el ejercicio profesional, de realización en 2012, 2013, 2014 y 2015. Ello permite centrar los debates en estos casos concretos y obtener una panorámica completa de esta problemática a su finalización. Esta selección de temáticas transversales se realiza considerando: a) que las especificidades de las mismas permiten su utilización como caso arquetípico

a partir del cual ilustrar la multiplicidad de aspectos que determinan las relaciones entre los derechos humanos y las desigualdades sociales; b) las implicancias y relevancias de las temáticas escogidas (memoria, ambiente y práctica y ejercicio profesional) en el ámbito local y regional; c) la posibilidad de aplicar un control cruzado entre las tres temáticas propuestas; y d) la capacidad y factibilidad de su desarrollo e implicación transversal, de acuerdo a las carreras y asignaturas existentes en la Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro.

Por otra parte, en la propuesta que aquí se presenta, la adquisición de las competencias necesarias para la educación en derechos humanos y desigualdades sociales, se desarrolla a partir de seis actividades formativas. Tres de ellas presenciales: a) las clases magistrales, mesas redondas y ponencias; b) los debates y trabajos grupales; c) los plenarios con emergentes; y tres no presenciales a través de un aula virtual: d) la lectura crítica de materiales de estudio y las clases magistrales; e) los foros de debates de resolución de problemas; y f) la resolución de casos prácticos.

Las clases magistrales, mesas redondas y ponencias están a cargo de expertos/as o personas con una formación muy diversa, a la vez que su vinculación con la temática derivará de lugares o ámbitos de trabajo dispares. Es decir, los/as expositores o ponentes provienen en algunos casos del ámbito académico, pero la mayoría de los invitados/as son profesionales o personas de la comunidad que desde su trabajo en instituciones o asociaciones están en contacto directo con las diversas problemáticas que afectan a los derechos humanos y las desigualdades sociales. Más aún, las actividades presenciales contarán con presentaciones propias de ámbito lúdico-recreativo, como la intervención del coro de la universidad –integrado por los propios estudiantes–, el teatro de marionetas municipal, la lectura teatralizada de cuentos para niños y niñas prohibidos por las dictaduras, o la actuación de mimos kurmi, en todos los casos con referencias alusivas a los derechos humanos y las desigualdades sociales. Esto permitirá a la transmisión y construcción de conocimientos

desde el propio saber social de la comunidad, una propensión a ser más práctica, contextualizada y vivencial que en una ponencia o clase magistral. Además, de esta manera se suministra a la propuesta no sólo de un carácter interdisciplinar sino también intersectorial, con docentes, estudiantes, artistas y profesionales provenientes de diferentes ámbitos sociales. Cabe decir que, desde el equipo responsable de la propuesta se juzga a éste como un aspecto clave para potenciar la interrelación entre universidad y sociedad, así como para evitar el carácter estrictamente academicista de la mayoría de la docencia impartida en las aulas universitarias y que no siempre es capaz de reflejar la realidad que opera en los entornos profesionales distintos al ámbito universitario, muy especialmente en lo que respecta a la educación en derechos humanos, y a su capacidad para promover una cultura institucional y social en materia de Derechos Humanos, Económicos, Sociales, Culturales y de Incidencia Colectiva.

La competencia del trabajo grupal y en plenarios abiertos se trabaja a partir de dinámicas de discusión grupal en el marco de las sesiones presenciales. Tras la clase magistral impartida por el profesor/a, mesa redonda, ponencia o actuación lúdico-recreativa de las personas invitadas, se plantea una cuestión a debatir y los alumnos deberán argumentar y discutir en torno a la misma en pequeños grupos formados por un máximo de 5 personas. La dinámica de la discusión grupal propuesta es la siguiente. Las ideas surgidas de la explicación o actuación del expositor serán puestas en común y debatidas en los grupos. Cada grupo consensua y sintetiza los planteamientos de cada grupo, identificando las cuestiones claves y los aspectos más relevantes del problema o cuestión planteada, a partir de unas consignas definidas por el equipo docente.

Posteriormente, cada grupo expone sus conclusiones al resto del alumnado en una sesión plenaria, o por medio del aula virtual. Cuando todos los grupos han expuesto sus argumentos se reanuda la discusión, pero esta vez en forma de plenario abierto. Finalmente, se intenta consensuar un único documento

en el que se incluyan aquellos/as aspectos que tras la argumentación de cada grupo y la discusión posterior continúen considerándose relevantes. Si bien los grupos de trabajo no constituirán una formación estable y continua en el tiempo, sí que la actividad procura un objetivo común de trabajo que los alumnos/as deben alcanzar de forma cooperativa. A través de la exposición y debate plenario se ofrece a los grupos la posibilidad de contrastar sus resultados con los del resto de grupos, permitiendo así a los alumnos realizar una reflexión *in situ* acerca del proceso de discusión y debate llevado a cabo en su grupo y los resultados diferenciales que esto ha producido con relación a los conjuntos de ideas aportadas por los otros grupos. Finalmente, también es importante destacar la función que este tipo de dinámicas cumple a la hora de dirigir y orientar la discusión grupal; la reflexión previa en pequeños grupos, permite que el debate -en el marco del plenario- sea una discusión más meditada, estructurada y también más enriquecedora.

La lectura crítica de textos y materiales de estudio abarcan perspectivas procedentes de ámbitos tales como la economía, el derecho, el trabajo social, la comunicación social o la sociología. Esto permite a los estudiantes obtener una visión amplia de las muchas problemáticas que plantea este campo de estudio para todas las áreas de conocimiento de las ciencias en general, y especialmente para las ciencias jurídicas.

Los foros de debates se desarrollan a través de la plataforma telemática del Campus Virtual de la UNRN¹⁴, a partir de preguntas abiertas sobre resolución de problemas o situaciones simuladas o reales, así como para la resolución de casos prácticos.

La resolución de problemas y casos prácticos se basa en el planteamiento de cuestiones de carácter ambiguo y polémico planteadas al alumnado a través de un foro virtual en el cual éstos deben argumentar y opinar en torno a los pros

¹⁴ El número de debates realizado por cada alumno/a depende de la modalidad en que cada asignatura participa del proyecto (principal o complementaria).

y los contras derivados de abordar la problemática propuesta desde distintos puntos de vista. Las cuestiones planteadas en el foro o mediante ejercicios individuales no tienen una respuesta unívoca, sino que requieren de la reflexión y consideración de todos los factores que median en los procesos acerca de los cuales se interroga al alumno.

Por último, los alumnos deben realizar un ejercicio o trabajo de síntesis y reflexión crítica en el que reflejen los conocimientos adquiridos y su capacidad de reflexionar en torno a ellos. Este ejercicio es enviado a través del campus virtual para ser corregido por el profesor/a.

Cabe mencionar la intención de desarrollar, complementariamente, las habilidades instrumentales y de autoaprendizaje mediante las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), para la educación en derechos humanos. El uso de las nuevas tecnologías como forma de incrementar las habilidades instrumentales de los alumnos se justifica, entre otras, en base al extendidísimo uso de las mismas como herramienta de trabajo, lo cual hace que su dominio resulte de gran utilidad. Por otro lado, el uso de las nuevas tecnologías también constituye un buen medio para que los alumnos desarrollen las capacidades de autoaprendizaje de las ciencias jurídicas, permitiendo el desarrollo de un aprendizaje más o menos autodidacta de las formas de uso y funcionamiento de las plataformas virtuales en las que se efectúan gran parte de las actividades formativas. Por otro lado, también potencian el desarrollo de las capacidades de autoaprendizaje mediante la accesibilidad informativa que proveen. La gran cantidad de fuentes informativas jurídicas y sociales que resultan fácilmente accesibles a través de Internet puede estimular a los alumnos a complementar, contrastar y/o verificar con relativa facilidad la información aportada por otros compañeros, así como el material proveído por los docentes. La posibilidad de compartir material e información entre los alumnos con gran facilidad también se cuenta entre los puntos positivos que aporta el uso de las nuevas tecnologías como medio de trabajo.

En cuanto a su incorporación en el marco de esta propuesta, las nuevas tecnologías constituyen no sólo la herramienta principal a partir de la cual se hace posible la articulación entre las diversas asignaturas que participan de la propuesta, sino que el entorno virtual se constituye en un verdadero *espacio de trabajo* más para el alumnado, especialmente, en lo que a los foros temáticos se refiere, pero también a los contenidos trabajados de forma virtual.

6. Reflexiones finales

Los/las juristas y estudiantes universitarios destinados a la operación jurídica pueden contribuir decididamente a dotar de vigencia sociológica a los derechos humanos, pero partiendo de que el derecho fue siempre control social, aun sin expresarlo. De lo contrario, la enseñanza de los derechos humanos está condenada a seguir siendo esa construcción teórica socialmente deslegitimada y paralizante, ajena a toda operación jurídica iushumanista y por tanto transformadora de la realidad social. Los derechos humanos enseñados, estudiados, trabajados y contextualizados sociojurídicamente desde una teoría y práctica crítica del control social –y de las desigualdades sociales que genera–, podrán representar la superación del derecho “como” control social.

Se trata de entender que el fenómeno sociojurídico de los derechos humanos (sus procesos de exclusión e inclusión social y jurídica, los agentes que constituye como víctimas y victimarios y hasta la propia transgresión jurídica) no se formalizan solo en instituciones de uso de la fuerza o aplicación de la ley, sino en la construcción de los modos de vida, de los comportamientos, de lo esperado, del deber ser, de formas de desarrollo de los vínculos. Por ello, el proceso de aprehensión e institucionalización jurídico-social de los derechos humanos (y no solo en las currículas universitarias de las carreras de Abogacía, pero especialmente en ellas) es -y debe partir, entonces, de- un proceso de enseñanza-aprendizaje esencialmente subjetivo, en el contexto de sus condicionantes macro y microsociales.

Ello requiere de otros dispositivos didácticos y pedagógicos –participativos, vivenciales, lúdico-recreativos, de integración curricular horizontal y vertical–, que den centralidad a los procesos y las experiencias sociales de apropiación comunitaria –resignificación– del sentido de las luchas por la inclusión mediante el ejercicio pleno de los derechos humanos. Especialmente, cuando se trata de la actuación de los grupos víctimas de las desigualdades sociales, así como de los sectores más vulnerables a la transgresión de la institucionalidad jurídica dominante, como práctica de resistencia y reconfiguración jurídico institucional de aplicación efectiva de sus propios derechos humanos.

Son estas posibilidades la que motivan (y merecen ser profundizadas en) una interrelación e interconexión permanente entre enseñanza de los derechos humanos, ejercicio profesional y trabajo jurídico, así como las prácticas profesionales interdisciplinarias afines a estas especialidades de las ciencias sociales. Repensar desde la más extendida concepción de la teoría jurídica y social la noción misma de los derechos humanos, contextualizando desde una teoría crítica del control social el punto de vista macro y microsociológico el fenómeno jurídico y su trasgresión, puede ayudarnos a recorrer este camino.

La proporcionalidad en el Derecho Administrativo¹

Proportionality in Administrative Law

PropororCIONALIDADE no direito administrativo

Proportionnalité en droit administratif

*Ricardo Marcondes Martins*² | Pontificia Universidad
Católica de San Pablo
(Brasil)

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 80-120

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e174>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recibido: 18/08/2018

Recibido con modificaciones: 07/09/2018

Aprobado: 11/09/2018

Resumen: Las decisiones del Legislador no se fundamentan en el libre arbitrio: no son arbitrarias, pero sí discrecionales. La proporcionalidad es una de las principales restricciones a la discrecionalidad legislativa, mas, para que una medida sea proporcional, la Constitución no exige que ella sea la mejor entre las medidas existentes. La discrecionalidad administrativa difiere de la discrecionalidad legislativa cuantitativamente, por fuerza de la legalidad, y cualitativamente, por fuerza de la buena administración. En consecuencia, el juicio de proporcionalidad del acto administrativo difiere del juicio de proporcionalidad de la ley: no basta que la Administración elija una medida idónea; se impone, como regla general, que escoja la mejor medida.

¹ El trabajo fue recibido en portugués y traducido al español por Pablo Octavio Cabral.

² Doctor en Derecho Administrativo y profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC/SP).

Palabras claves: discrecionalidad legislativa estructural y epistémica; proporcionalidad; discrecionalidad administrativa, legalidad, buena administración

Abstract: The decisions of the Legislator are not based on free will: they are not arbitrary, but discretionary. Proportionality is one of the main constraints on legislative discretion, but for a legislative measure to be proportionate, the Constitution does not require it to be the best of the existing measures. Administrative discretion differs from legislative discretion quantitatively, by virtue of legality, and qualitatively, by virtue of good administration. As a consequence, the proportionality judgment of the administrative act differs from the proportionality judgment of the law: it is not enough for the Administration to choose a suitable measure; it is generally necessary to choose the best measure.

Key words: structural and epistemic legislative discretion - proportionality - administrative discretion - legality - good administration

Resumo: As decisões do Legislador não se fundamentam no livre-arbítrio: não são arbitrárias, mas discricionárias. A proporcionalidade é uma das principais restrições à discricionariedade legislativa, mas, para que uma medida legislativa seja proporcional, a Constituição não exige que ela seja a melhor dentre as medidas existentes. A discricionariedade administrativa difere da discricionariedade legislativa quantitativamente, por força da legalidade, e qualitativamente, por força da boa administração. Em consequência, o juízo de proporcionalidade do ato administrativo difere do juízo de proporcionalidade da lei: não basta que a Administração escolha uma medida idônea; impõe-se, regra geral, que escolha a melhor medida

Palavras-chave: discricionariedade legislativa estrutural e epistêmica; proporcionalidade; discricionariedade administrativa, legalidade, boa administração

Résumé: Les décisions du législateur ne sont pas fondées sur le libre arbitre: elles ne sont pas arbitraires, mais discrétionnaires. La proportionnalité est l'une des principales restrictions à discrétion législative, mais pour qu'une mesure soit proportionnelle, la Constitution n'exige pas qu'elle soit la meilleure parmi les mesures existantes. La proportionnalité est l'une des principales restrictions au pouvoir discrétionnaire du législateur,

mais, pour qu'une mesure soit proportionnelle, la Constitution n'exige pas qu'elle soit la meilleure parmi les mesures existantes. La discrétion administrative diffère du pouvoir discrétionnaire du législateur quantitativement, par la force de la légalité et qualitativement par la force de bonne administration. Par conséquent, l'analyse de proportionnalité dès l'acte administratif est différent de l'analyse de la proportionnalité de la loi: Il ne suffit pas que l'administration choisisse une mesure appropriée, en règle générale, il est nécessaire de choisir la meilleure mesure .

Mots-clés: discrétion législative structurelle et épistémique proportionnalité; discrétion administrative, légalité, bonne administration.

1. Breve introducción

Después del final de la Segunda Guerra Mundial y en el ocaso del Estado nazi el derecho constitucional obtuvo un extraordinario avance científico³: la teoría de los derechos fundamentales alcanzó una profundización conceptual similar a lo que aconteciera con la teoría del crimen. Los constitucionalistas, preocupados en cohibir leyes intolerablemente injustas⁴, restringían en sus análisis la función legislativa, dejando para los administrativistas el estudio de la función administrativa⁵. Para contener el ejercicio de la función legislativa fue

³ Los avances son magistralmente retratados por ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

⁴ La existencia de leyes raciales, formalmente aprobadas por el parlamento, con vehemente apoyo de la doctrina y ratificación jurisprudencial, e informada con precisión por RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. 1. ed., 2. tir. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Cap. 6, p. 107-130. El desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, y, más precisamente, de la teoría de la proporcionalidad fue, sin duda alguna, motivado por el inconformismo de la comunidad jurídica por las barbaridades nazis.

⁵ Mariano Bacigalupo Saggese, en su prefacio a la monografía de Josefa Fernández Nieto, observo el poco contacto entre a doctrina constitucional y administrativa: "No ignoro que en la tradicional conformación y delimitación de las disciplinas jurídicas que ha venido observando en España desde hace muchas décadas el Derecho Administrativo y el Derecho Político (hoy Constitucional) han constituido —y todavía constituyen—, sobre todo en el ámbito académico, dos áreas de conocimiento distintas y separadas. Nunca he comprendido —ni

elaborada la teoría constitucional de la proporcionalidad, presentada en monumentales trabajos doctrinarios⁶. A pesar que la proporcionalidad ha sido desarrollada pioneramente por los administrativistas, sobre todo en el examen del “poder de policía”⁷, la teoría elaborada por los constitucionalistas paso a ser, cada vez más, invocada en el derecho administrativo para contener la función administrativa⁸. Ocurre que las profundas diferencias entre la función legislativa y la función administrativa impiden la pura y simple aplicación al derecho administrativo de la teoría de la proporcionalidad desenvuelta por los constitucionalistas.

En mi trabajo “Efectos de los vicios del acto administrativo” defendí que la ponderación no es privativa del legislador: si,

compartido— tal separación, y menos aún que, más allá de la estricta configuración formal de las áreas de conocimiento académicas, el diálogo científico entre ambas haya sido — y, en lo esencial, siga siendo aún hoy, a mi juicio —, si no inexistente, sí de una intensidad notoriamente inferior a la que cabría esperar de profesores pertenecientes, en puridad, a una misma comunidad científica: la comunidad de los iuspublicistas”. (BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. Prólogo. In: FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo. Madrid: Dykinson, 2008, p. 23). A constatação também se aplica à doutrina brasileira.

⁶ Se destacan: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. No Brasil, destaca-se o pioneiro estudo de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 12, p. 356-397.

⁷ Por todos, afirma Bonavides: “Redescoberto [o princípio da proporcionalidade] nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo”. (*Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 362, esclarecimento nosso). A ideia de proporção foi sintetizada na famosa metáfora de Walter Jellinek: “não se abatem pardais disparando canhões”. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 44).

⁸ Se registra la primorosa monografía de OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42-58. Na análise empreendida pelo nobre administrativista não houve a contraposição entre a proporcionalidade *da lei* e a proporcionalidade *do ato administrativo*. Sem embargo, de seu estudo extrai-se nitidamente a sensível diferença entre elas, tendo em vista a submissão, nele enfatizada, da função administrativa ao *princípio da legalidade* (Op. cit., p. 225).

como regla general, a éste le cabe efectuar ponderaciones en el plano abstracto; al agente administrativo le cabe efectuar ponderaciones en el plano concreto⁹. La decisión administrativa, afirmé, exige la aplicación del postulado de la proporcionalidad¹⁰. Aunque no tenga que limitarme a reproducir lo que los constitucionalistas afirmaran sobre el tema, presente apenas diferencias puntuales entre la ponderación legislativa y administrativa¹¹. Mi propuesta, en esa época, fue más allá de la doctrina actual, pero se quedó, reconozco, muy lejos de lo que el tema exigía. Sorprendentemente, más de seis años después, poco se avanzó. Se resiente, además, la falta de estudio doctrinario que apunte cuales aspectos de la teoría de proporcionalidad de la ley no son aplicables a la teoría de proporcionalidad del acto administrativo.

De allí el objetivo de éste estudio: se pretende aquí apuntar las diferencias significativas entre la aplicación del postulado de proporcionalidad para el Legislador y para el Administrador. Anticipo: ellas no resultan sólo de la vinculación administrativa con la *legalidad*. La función administrativa, contrariamente a la función legislativa, está también regida por el *postulado de la buena administración*, motivo por el cual las tres fases de la proporcionalidad –la adecuación, la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto- encuentran, en la actuación administrativa, límites muchos más estrechos que en los de la función legislativa. El punto de partida para comprender esas diferencias es un tema clásico del derecho administrativo, pero aún en incipiente evolución en el derecho constitucional: la *discrecionalidad*.

2. Discrecionalidad legislativa

Los administrativistas han gastado ríos de tinta escribiendo sobre la *discrecionalidad administrativa*. En general, no discuten la posibilidad de una competencia administrativa discrecional

⁹ Cf. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. 68-95.

¹⁰ Idem, p. 166-171.

¹¹ Idem, p. 231-235.

y sí cuándo ella se configura y, una vez configurada, cuáles son los límites impuestos a su ejercicio. Al revés, la discrecionalidad legislativa, es, aún, un asunto incipiente para los constitucionalistas. Buena parte de ellos niega el propio concepto, según informa Joaquim Gomes Conotilho al desarrollar tres teorías sobre la vinculación del legislador a la Constitución: a) teoría de la excepción (*Verfassungsvollzug*); b) teoría de la aplicación (*Verfassungsanwendung*); c) teoría de la conformación (*Gestaltung der Verfassung*)¹². Para la primera, de la misma forma que la administración ejecuta la ley, el legislador ejecuta la Constitución, no habiendo diferencia ontológica entre la discrecionalidad administrativa y la legislativa. Para la segunda, si por un lado no existe “libertad administrativa”, por el otro existe “libertad legislativa”, de modo que la actuación legislativa es apenas formalmente limitada por el constituyente. Para la tercera, la función legislativa tiene una “dimensión creadora” incompatible con el concepto de discrecionalidad, aunque materialmente limitada por la Constitución. Donde, solo para la primera corriente se configura la discrecionalidad legislativa.

Se puede, de plano, descartar la *teoría de la aplicación*: en nuestros tiempos es insustentable asumir que la validez de la ley depende tan solamente de la observancia del procedimiento establecido en la Constitución para elaborarla. Al negar la posibilidad jurídica de una *inconstitucionalidad material*, la teoría es incompatible con cualquier Constitución escrita vigente. El debate doctrinario gira en torno a las teorías de *excepción* y de *conformación*. A pesar de reconocer que la última es ampliamente mayoritaria¹³, defendí en el pasado el acierto de la

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 216-218.

¹³ Por todos, afirma Klaus Stern: “Si la constitución constituye la base jurídica para la legislación, la legislación no es sin embargo simple ejecución de la constitución. La relación entre constitución y legislación es distinta que la relación entre legislación y administración, aunque tampoco esta sea ejecución de la ley a secas. La legislación tiene que mantenerse dentro del marco del orden constitucional, en particular de los derechos fundamentales;

primera¹⁴. De la misma forma que el Administrador público, el Legislador ejerce *función pública*, situación jurídica incompatible con la *libertad*. Ser libre es poder elegir entre dos o más alternativas teniendo en vista apenas y tan sólo el *libre arbitrio*. Quien es libre puede escoger la peor alternativa a sus intereses. Ningún partidario de la teoría de la conformación afirma la validez de una ley atentatoria de los intereses públicos. Es lo que basta para aseverar: el legislador no actúa libremente, pero sí discrecionalmente.

Los defensores de la confirmación adoptan un concepto equivocado de *discrecionalidad administrativa*. Discrecionalidad es el poder de (no el ejercicio de función pública) escoger válidamente entre dos o más alternativas. Está superada la concepción legalista según la cual la ley es considerada la *f fuente* de la discrecionalidad. En el neconstitucionalismo la fuente de discrecionalidad es el Derecho y no la ley. Aunque el Legislador establezca una ley completa en el plano abstracto es posible que, en el plano concreto, se configure una competencia discrecional: de la misma forma, aunque el Legislador establezca una ley incompleta en el plano abstracto es posible que, en el plano concreto, se configure una vinculación. El legislador interfiere en la constitución de discrecionalidad administrativa, mas no la domina. Y es el análisis del Derecho globalmente considerado, el que indicará en el caso concreto la posibilidad o no de elección, para el agente administrativo, entre dos o más alternativas. Discrecionalidad administrativa, por lo tanto, no exige *habilitación legal*.

contra estos principios no puede chocar ninguna norma jurídica. Pero sería una comprensión errónea de la constitución imputarle a esta un contenido en base al cual el contenido de las leyes podría ser deducido inmediatamente de la constitución. El legislador tiene un margen de actuación política propio. Es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos". (STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 224). José Joaquim Gomes Canotilho también defiende, em farta argumentação, a teoria da conformação: "a lei cria, e não completa apenas, os pressupostos" (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 235).

¹⁴ *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 47-48.

Cuando se abre al Legislador la posibilidad de escoger válidamente entre dos o más alternativas, esa elección siempre encuentra, en el ordenamiento jurídico, límites. No puede ser dictada única y exclusivamente por el libre arbitrio. Conceptualmente, y prácticamente es incuestionable que la *actuación del legislador*, en el ejercicio de la *función pública*, no equivale a una actuación libre de un particular en el ámbito de la libertad privada. La elección volitiva del Legislador es una elección discrecional (pautada por el derecho) y no arbitraria (pautada por el libre arbitrio).

2.1. *Ámbitos de discrecionalidad legislativa*

Así como es obviamente erróneo suponer que la Constitución no establece límites materiales a la actuación legislativa –los derechos fundamentales son límites materiales a las decisiones de la mayoría parlamentaria–, es también erróneo suponer que las respuestas jurídicas, para todos los problemas, están previamente fijadas en la Constitución. El primer error consiste en el *modelo de Constitución puramente procedimental*, para el cual toda decisión legislativa es admitida, exigiéndose apenas la observancia del procedimiento constitucionalmente establecido. El segundo error consiste en el *modelo de Constitución puramente material*, para el cual toda decisión se encuentra constitucionalmente establecida, no existiendo margen para elecciones legislativas. Para el primero el Legislador posee un poder absoluto, para el segundo posee un poder nulo. Es evidente el acierto del *modelo material-procedimental*: si, por un lado, la Constitución obliga y prohíbe algo, por otro, ella permite muchas decisiones¹⁵. Aunque no se abra una esfera de libertad, es indiscutible la configuración constitucional de una *amplia esfera de discrecionalidad legislativa*.

Diferencia Robert Alexy la *discrecionalidad legislativa estructural* de la *discrecionalidad legislativa epistémica*. La

¹⁵ Los três modelos son apresentados por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 579-583.

primera referida a las elecciones que la constitución, es sabido, admite. La segunda hace referencia a las elecciones en que, ante el desconocimiento de las premisas fácticas, hay *duda* si las Constitución las admite o no. Comprenderlas exige revisar los contornos de la función legislativa. Cabe al Legislador establecer, en el plano abstracto, un pronóstico del caso concreto, medidas de concretización (M) de valores constitucionales (P), llamados en nuestros tiempos principios. Como regla, los valores pueden ser realizados de más de una manera distinta, abriéndose al Legislador un amplio abanico de elecciones. Alexy presenta un ejemplo sencillo: Es posible salvar a una persona que está a punto de ahogarse por medio de un salvamento directo a nado (M1), por medio del lanzamiento de una boya (M2), por medio de un bote (M3)¹⁶. Cuando es posible, válidamente, concretar un valor, en el plano abstracto, por más de un medio, admitiendo el derecho tanto la elección de un medio (M1) como la elección de otro (M2), se configura una *discrecionalidad estructural para la elección de medios*. Ella restringe la actuación estatal positiva, vale decir, los derechos de prestación (*Leistungsrechte*), no estando cubierta la actuación estatal negativa, los derechos de defensa (*Abwehrrechte*)¹⁷.

Se discute si el legislador puede también escoger discrecionalmente los fines a ser concretizados (P), llamada *discrecionalidad estructural para la elección de objetivos*. Es evidente que el Legislador no está obligado a realizar todos los valores constitucionales simultáneamente: existe cierta discrecionalidad en la elección del principio a concretizar. Frente a los valores jurídicos (P1, P2, P3, Pn) positivizados, de forma expresa o implícita, por la Constitución, cabe al Legislador escoger cuál

¹⁶ Idem, p. 586.

¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (org.). *Robert Alexy: derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 79-80. Isso porque enquanto os direitos de defesa possuem uma *estrutura conjuntiva* – a proibição de matar, por exemplo, abrange qualquer ato de matar –, os direitos à prestação possuem uma *estrutura alternativa* – o que se exige é que se realize uma medida que alcance a finalidade, ou outra, ou outra, dentre as medidas possíveis (Idem, p. 54-55).

de ellos concretará, en qué momento lo hará y en qué orden de prioridades. La doctrina va más allá y discute si el Legislador puede, por sí mismo, establecer valores jurídicos a ser concretizados. Prevalece en la doctrina, abrumadoramente, una respuesta afirmativa¹⁸. Considerando que los *principios materiales* se dividen en *derechos subjetivos* y *bienes colectivos*¹⁹, Alexy restringe la definición legislativa de objetivos a los *bienes colectivos*²⁰. En el pasado defendí la posición minoritaria: todos los valores jurídicos acogidos por el sistema normativo, sean valores relativos a *derechos subjetivos*, sean valores relativos a *bienes colectivos*, están expresa o *implícitamente* establecidos en el texto constitucional, no cabiendo al Legislador establecer nuevos valores a ser concretizados²¹. Hoy, mantengo la posición, con temperamentos.

Carlos Bernal Pulido, a pesar de inicialmente afirmar la existencia de un “principio de libertad de fines del Legislador”, por el cual se atribuye al Parlamento la “facultad de proponer legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no estuviera prohibido por la Constitución”²², posteriormente clasifica los fines en *inmediatos* y *mediatos* y asevera la naturaleza necesariamente

¹⁸ Por todos, afirma Luis Prieto Sanchís: “En línea de principio, pudiera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respecto hacia su autonomía política – que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional – de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico. El legislador dispone de una facultad de regulación general y puede proponer cualquier fin que no sea inconstitucional, de manera que este primer requisito desempeña una función más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos”. (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 199-200).

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Direitos individuais e bens coletivos*. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, Cap. 10, p. 176-198.

²⁰ *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 586.

²¹ Cf. nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. I-5, p. 35-36; Cap. VIII-5.6.1, p. 299-300.

²² *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 698.

constitucional de los *finés mediatos*. En sus palabras: “el fin inmediato del Legislador es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe ser alcanzado, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (fin mediato)”²³. Así, el Legislador no tiene discrecionalidad para establecer *finés mediatos*: principios constitucionales materiales, *derechos constitucionales subjetivos* o *bienes colectivos constitucionales*. Él tiene discrecionalidad para elegir (y no para establecer, pues todos ya constan expresa o implícitamente en un texto mayor) cual principio constitucional material (P) pretende concretizar por medio del establecimiento, en el plano abstracto, de un medio de concretización (M). Se trata de una *competencia discrecional estructural* para escoger fines mediatos. El Legislador, sin embargo, posee una amplia competencia discrecional para el establecimiento de *finés inmediatos*: se trata de una *competencia discrecional estructural* para el establecimiento de *finés inmediatos*, por medio de los cuales se concretizan los fines mediatos.

Además de una discrecionalidad para elegir los fines mediatos y definir los fines inmediatos (P), y de una discrecionalidad para escoger los medios de concretización (M) hay también una *discrecionalidad estructural para ponderar*. Es incorrecto suponer que toda ponderación de valores, conduce siempre, a una única respuesta correcta. Muchas veces la ponderación presenta dos o más soluciones válidas. En efecto: la *ponderación* impuesta al Legislador es un procedimiento que no lleva siempre a una única solución. Hay quien afirma, equivocadamente, que la idea de *optimización*, de realización de valores constitucional en una mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, es contraria a la idea de discrecionalidad²⁴. No existe incompatibilidad: el texto constitucional no impone siempre sólo una solución al Legislador. El deber de optimización se da por la *proporcionalidad*, y ésta respetó, en sus tres fases, la competencia legislativa discrecional.

²³ Idem, p. 719.

²⁴ Cf. SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*. Berlín: Duncker & Humblot, 1989, p. 174 apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 587.

Antes de examinar cada una de las etapas de proporcionalidad, es necesario examinar, aunque brevemente, la llamada *discrecionalidad epistémica*. Muchas veces no se tiene certeza sobre las premisas fácticas y, a pesar de la duda, se hace necesaria una decisión jurídica. Robert Alexy presenta el siguiente ejemplo: En caso que se tenga certeza que una substancia hace muy mal a la salud, se puede sustentar la obligación constitucional de prohibirla, teniendo en vista el mandato constitucional de que se proteja la salud de las personas en la mayor medida posible; por otro lado, en caso que se tenga certeza que una substancia no hace mal, se puede sustentar la prohibición constitucional de prohibirla, teniendo en vista el mandato constitucional de que la libertad de las personas sea protegida en la mayor medida posible. En el campo de las prohibiciones, imposiciones y permisos constitucionales hay referencia al *campo* de la *vinculación* y de la discrecionalidad estructural. Ya en el campo de la incertidumbre, de la duda, es el campo de la *discrecionalidad epistémica*²⁵.

En el ejemplo presentado, surge el problema cuando no se sabe si la sustancia hace o no mal a la salud de las personas, habiendo incertidumbre sobre las cuestiones fácticas, dando lugar a discrecionalidad epistémica de tipo empírica. En muchos casos, incluso ante esta incertidumbre, se abre al Legislador la posibilidad de válidamente escoger entre dos o más alternativas. Es incorrecto asumir que la discrecionalidad sólo se configura cuando halla certeza sobre las premisas fácticas y sobre la corrección de las premisas jurídicas. Restringir la discrecionalidad legislativa a los casos de certeza importa reducir la capacidad de acción legislativa a un punto incompatible con el principio democrático²⁶.

La incertidumbre puede referirse únicamente a las premisas empíricas, más también a las premisas normativas, dando lugar

²⁵ "A questão acerca da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais". (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 612).

²⁶ Por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 616.

a la *discrecionalidad epistémica de tipo normativo*²⁷. En esta última no es posible tener certeza sobre la prohibición o imposición constitucional, habiendo duda insoluble si la Constitución permite o no determinada elección²⁸. Robert Alexy reconoce la dificultad en diferenciar la *discrecionalidad estructural para ponderar de la discrecionalidad epistémica normativa*²⁹; para la primera no existe duda de que la Constitución admite dos o más soluciones en la ponderación de valores constitucionales; para la segunda no hay certeza sobre esa admisibilidad. La diferencia es sutil; en la primera está claro que la Constitución deja al Legislador la prerrogativa de escoger, la segunda duda si ella permite o no la posibilidad de elegir y, ante la duda, acepta la elección legislativa.

Por lo tanto, los seis ámbitos de discrecionalidad legislativa son: 1) discrecionalidad estructural para elegir objetivos constitucionales mediatos; 2) discrecionalidad estructural para definir los objetivos inmediatos; 3) discrecionalidad estructural para elegir los medios; 4) discrecionalidad estructural para ponderar; 5) discrecionalidad epistémica empírica; 6) discrecionalidad epistémica normativa. Resulta evidente que cuanto más peso se atribuye al *principio democrático*, más se amplía el ámbito decisorio de la *mayoría parlamentaria* por medio de las teorías favorables a la configuración de esos seis ámbitos. El nazismo, más precisamente, la promulgación de las leyes raciales de Nuremberg, generaron una desconfianza sobre la actuación parlamentaria. El resultado fue la elaboración de las teorías *neconstitucionalistas* restrictivas de la *discrecionalidad legislativa*. Los neoconstitucionalistas fueron criticados y el principal argumento fue, justamente, el amparo del principio democrático³⁰. Ante las críticas, los teóricos proponen una teoría

²⁷ Idem, p. 612.

²⁸ Idem, p. 621.

²⁹ Idem, p. 614 e 620

³⁰ Sobre las críticas a la ponderación ver, por todos: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57 et seq.

conciliadora: ni absoluta arbitrariedad legislativa, ni absoluta vinculación: discrecionalidad, pero *amplia discrecionalidad*. Se puede, sin embargo, fijar una directriz: cuanto más sólida es la democracia, más confianza se tiene en el parlamento, más amplios serán los contornos de la discrecionalidad legislativa, menos exigente será el Derecho para caracterizar los ámbitos decisorios presentados. Al revés, cuanto menos sólida sea la democracia, menos confianza se tiene en el parlamento y menos amplios serán los referidos contornos; el Derecho será más exigente en la caracterización de los ámbitos decisorios.

Discriminadas las hipótesis de discrecionalidad legislativa, se torna posible dar un paso adelante y examinar las elecciones discrecionales a la luz de las tres fases del postulado de proporcionalidad. Es fundamental, sin embargo, percibir que, si la teoría de proporcionalidad elaborada por la doctrina alemana es adecuada a la realidad alemana, no es, necesariamente, adecuada a la realidad brasilera. Dicho esto, se reconoce que: como la democracia brasilera es todavía solo una democracia *formal*³¹ y el parlamento brasilero esta, según se extrae diariamente de sus sesiones, contaminado por la corrupción, la confianza de la sociedad brasilera –y también de la comunidad jurídica, presumiblemente no alienada por la realidad en la que está inserta– la actuación legislativa no justifica teorías amplias del ámbito de decisión legislativa. La realidad brasilera clama por teorías restrictivas. Hecha esta advertencia pasemos al examen de discrecionalidad legislativa en la *adecuación*, en la *necesidad* y en la *proporcionalidad en sentido estricto*.

2.2. Adecuación de la medida legislativa

La proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) se refiere a la *prohibición de exceso* (Übermassverbot), aplicable a los *derechos fundamentales de defensa*, que exigen una

³¹ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 371-390.

acción negativa estatal o privada, y a la *prohibición de protección deficiente* (*Untermassverbot*), cuando se trata de *derechos fundamentales de protección en sentido amplio*, que exigen una *acción positiva* estatal o privada³². Ambas prohibiciones observan una estructura tricotómica; son tres partes vinculadas entre sí –adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit*)– en una *relación de subsidiariedad*. El tercer análisis, de la *proporcionalidad en sentido estricto*, sólo es realizado si hubo respuesta afirmativa a los dos primeros análisis; el segundo análisis, de *necesidad*, sólo se realiza si hubo respuesta afirmativa al primero, de *adecuación*³³. Sin adecuación, por lo tanto, no hay *proporcionalidad*. ¿Y qué es adecuación?

Se trata de una cualidad de *medio* (M) de realización de un valor jurídico (P). El medio es adecuado para concretar el respectivo valor si él, de algún modo, es apto para “alcanzar” ese valor. No es necesario que el medio *realice* el valor, bastando que contribuya de algún modo a esa realización³⁴ o, en otras palabras, basta que *fomente* su realización. Según Virgílio Afonso da Silva la mejor traducción del verbo alemán “*fördern*”, utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán, para caracterizar la adecuación, y *fomentar* y no *alcanzar*³⁵. De hecho, no es

³² Sobre los dos aspectos de la proporcionalidad ver, por todos: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 806-807; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 26-27. Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos à prestação vide, por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 433 et seq. Sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas vide nosso *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57 et seq.

³³ Por todos: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34.

³⁴ “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165).

³⁵ Luís Virgílio Afonso da Silva critica a traducción efetuada por Gilmar Ferreira Mendes a la decisión del Tribunal Constitucional Alemão BVerfGE, 30:292(316) e 39:210(230-1)

necesario “alcanzar” el objetivo buscado, basta con incentivar, estimular, fomentar su alcance. Un ejemplo siempre recordado es la distribución de preservativos para la reducción de la diseminación del virus HIV (fin inmediato) y, con eso, la tutela de la salud de las personas (fin mediato). Pues bien, aunque las persona no utilicen los preservativos distribuidos y, así, la distribución en nada disminuya la diseminación del virus, el medio es *adecuado*, pues incentiva, promueve, fomenta, estimula la disminución y es eso lo que basta.

El presupuesto de adecuación es la *legitimidad* del fin. A pesar de algunas consideraciones esta es la *primera fase* de la proporcionalidad, dividiéndola en cuatro y no en tres fases, viene prevaleciendo que ella es inherente a la fase de la *adecuación*, también llamada de *idoneidad*³⁶. Ambas posiciones son erróneas: la *legitimidad del fin*, como bien explica el nostálgico Celso Ribeiro Bastos, es un *presupuesto* para la aplicación de la proporcionalidad y no una fase de ella³⁷. La realización de *fin*es contrarios a la Constitución viola el postulado de supremacía de la Constitución y no propiamente la *proporcionalidad*. Nosotros ya hemos anticipado, que la elección del fin a ser fomentado

(*O proporcional e o razoável*, op. cit., p. 36). Eis a tradução objeto da crítica: “O meio é adequado se, com a utilização, o evento pretendido pode ser *alcançado*; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 248, grifo nosso). A crítica de Virgílio parece procedente: segundo o Dicionário alemão-português da Porto Editora *fördern* é traduzido por “proteger, apoiar, ajudar, patrocinar; promover, fomentar, incrementar; aumentar, encorajar, estimular, incentivar”. (PORTO EDITORA. *Dicionário alemão-português*. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2009, p. 417). O signo “fomentar” também é utilizado por BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 695.

³⁶ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 694-723; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 129-130.

³⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 191. Vide também nosso: A norma *iusfundamental*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), São Paulo, v. 4, p. 526-576, jul.-dez 2004, p. 547.

presupone un amplio margen de *discrecionalidad*: aunque la Constitución imponga, y no faculte, la concretización de ciertos valores, cabe al Legislador definir qué valor será concretizado en la legislación respectiva. Además, si los *finés mediatos* están todos establecidos en la Constitución (principios constitucionales materiales relativos a derechos subjetivos y bienes colectivos), los fines inmediatos (necesarios para la realización de los mediatos) son, en general, establecidos por el Legislador. Existe una *restricción constitucional* a la elección legislativa: el *fin inmediato* escogido por el Legislador tiene, necesariamente, que estar conectado a un *fin mediatos constitucional*³⁸. La definición del *fin legislativo inmediato presupone*, por lo tanto, elección entre dos o más alternativas. Hay, en suma, en la definición del fin legislativo, del objetivo a ser fomentado (P), una evidente *discrecionalidad estructural*.

Escogido, a partir de una decisión discrecional, cual es el principio que será efectivizado (*fin mediatos de la ley –principio constitucional concretizado*) es definido como el fin inmediato a ser fomentado (*fin inmediato de la ley*), cabe al Legislador *escoger* un medio de concretización *adecuado*. En las actuaciones estatales positivas casi siempre existe más de un medio de efectivización apto para fomentar el fin pretendido, configurándose la *discrecionalidad estructural* legislativa para escoger el medio. Carlos Bernal Pulido observa que el medio puede contribuir a la realización de un fin con cierto grado de *eficacia, rapidez, seguridad*, y puede hacerlo en relación a uno, alguno o todos de sus aspectos. Para la *versión fuerte de adecuación*, medio adecuado es aquel que contribuye con la máxima eficacia, rapidez y seguridad para la realización de un fin que lo realiza en la mayor medida posible. Para la *versión débil de adecuación*, medio adecuado es aquél que facilita la realización del fin con *cualquier* eficacia, rapidez, plenitud y

³⁸ La relación entre el fin inmediato y el fin mediatos no es empírica, mas analítica. Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 731-733.

seguridad³⁹. De ahí la pregunta: ¿la *proporcionalidad* impone la *versión* fuerte o la *versión* débil de adecuación? La respuesta de Bernal Pulido es categórica: en virtud del principio democrático, sólo se impone la versión débil⁴⁰.

La discrecionalidad estructural para escoger los medios no se restringe a la elección de medios igualmente equivalentes. Se le abre al Legislador, al menos para el examen de adecuación la posibilidad de elegir uno entre todos los medios que posean una “relación positiva” con el fin pretendido. El abanico de medios a disposición del Legislador abarca todos los medios, en teoría, aptos para fomentar en algún grado y en algún aspecto el fin inmediato pretendido. Tanto, si el Legislador escoge una medida (M1) apta para fomentar *algún aspecto* del fin inmediato pretendido (PI), con *cierto grado de eficacia, rapidez y probabilidad*, la medida es *adecuada*, aunque existan muchos otros medios (M2, M3, Mn) que lo realicen con mayor grado de eficacia, rapidez, probabilidad y en más aspectos. Por eso, basta que la medida posea una *relación positiva*, en cualquier aspecto, con el fin buscado para ser adecuada⁴¹. Además, basta que ella fomente la realización parcial del fin pretendido, siendo

³⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 724-725.

⁴⁰ En las palabras de Bernal Pulido: “La versión más débil del subprincipio idoneidad se aviene al máximo con las exigencias que se desprenden del principio formal de la competencia legislativa para configurar la Constitución. Esta versión reconoce que el Legislador dispone constitucionalmente de un ámbito para estudiar la información técnica de que disponga (ámbito legislativo de apreciación fáctica) y de un ámbito para evaluar las razones política que resulten pertinentes, en aras de adoptar las medidas que considere adecuadas para perseguir sus finalidades (ámbito legislativo de apreciación normativa). Estos dos ámbitos de apreciación son correlativos a un ámbito de decisión, que viene presupuesto por la competencia del Legislador para elegir uno, entre los diversos medios a su disposición, que sean idóneos en relación con sus objetivos (el ámbito de decisión estructural)”. (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 727).

⁴¹ Se trata de la vigésima séptima regla enunciada por Bernal Pulido: “La idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, de que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad”. (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 726).

innecesario hacerlo en todos los aspectos, aunque existan otras medidas que lo hagan⁴². Igualmente, basta que, en el plano abstracto, o en teoría, contribuya de alguna manera para realizar el fin buscado, aunque, en la realidad, en el plano concreto, en nada contribuya para su realización, y, nuevamente, asimismo existan otras medidas que lo hagan⁴³.

No es necesario, por lo tanto, que el Legislador elija la *mejor* medida. Él puede elegir incluso la *peor*. Si, dentro de las medidas existentes, el Legislador escogiera la que promueva la realización del fin pretendido, en comparación con las demás, en un *menor grado* de eficacia, rapidez y probabilidad posible, y de modo *más parcial posible*, la medida será considerada adecuada para los fines de la *proporcionalidad legislativa*. Y nada cambia en el plano concreto evidenciar que la medida legislativa fue inútil para la realización del fin pretendido, pues basta que en el plano abstracto ella sea apta para fomentarlo. Así, en la fase de *adecuación* no se le impone al Legislador, evidentemente, una decisión óptima.

El Legislador, al escoger una medida de concretización del fin objetivado, hace un *pronóstico*; anticipa el caso concreto en que la medida será ejecutada. La emisión de la norma abstracta, en el plano abstracto, presupone un juicio de previsión de futuro, de las condiciones fácticas y jurídicas del plano concreto en que la norma será aplicada. La *adecuación* exige una relación de causalidad entre la medida de efectivización y el

⁴² Se trata de la vigésimo novena regla enunciada por Bernal Pulido: "Debe admitirse que un medio legislativo es idóneo, aún cuando sólo haya dado lugar a una realización parcial del fin que se persigue. La idoneidad no se traduce en la exigencia de obtener plenamente el objetivo propuesto, ni en la de asegurar que será conseguido". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 729).

⁴³ Se trata de la vigésima octava regla propuesta por Bernal Pulido: "El Tribunal Constitucional debe aceptar que una medida legislativa es idónea, si, considerada en abstracto o en teoría, puede contribuir de alguna manera a la obtención del objetivo que se propone. Dicho en sentido contrario, no es necesario constatar que la medida legislativa haya contribuido en la práctica para alcanzar su objetivo, como exigencia para declarar su idoneidad, sino que, para tal fin, es suficiente establecer que la medida tiene la virtualidad de facilitar la obtención de su fin". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 729).

fin inmediato pretendido por el Legislador: se trata de un *nexo empírico*. De ahí la pregunta: ¿El juicio sobre ese nexo empírico se da en la perspectiva *ex ante* del legislador o *ex post* de quien controla la constitucionalidad? En el primer caso, se debe indagar, el modo como el conocimiento existente al momento de la elaboración de la ley, se podía considerar la medida no apta para el fin pretendido; en el segundo caso, debe indagarse, cómo los conocimientos disponibles en el momento de examen de constitucionalidad, teniendo en vista el resultado de la aplicación de la medida en el plano concreto, la medida fue apta para realizar el fin pretendido⁴⁴. Por supuesto, la *adecuación de la medida legislativa* debe ser examinada a partir de una perspectiva *ex ante*⁴⁵. Basta que al momento de la elaboración de la ley la medida escogida por el Legislador fuese considerada razonablemente apta para fomentar, de algún modo, el fin inmediato pretendido. Vale decir: el examen de adecuación exige un *pronóstico póstumo objetivo*, ósea, la indagación si, en el pasado, con la información entonces disponible, era razonable *suponer* que la medida, en el futuro, fomentaría de algún modo el fin inmediato pretendido.

Se reserva al Legislador la posibilidad de errar en su pronóstico⁴⁶. Él puede equivocarse, siempre que el error sea excusable. Basta que la adecuación de la medida pareciese *plausible* teniendo en vista los conocimientos que entonces poseía el Parlamento. Ese tema se refiere a la *discrecionalidad epistémica*. ¿Hasta que esté listo el sistema normativo admite que el Legislador se apoye en premisas inseguras? En la primera fase de

⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 734-735.

⁴⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶ Afirma Suzana de Toledo Barros: “É lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico. E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva a adequação ser aferida no momento em que o legislado tomou a sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos”. (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, op. cit., p. 78).

proporcionalidad se garantiza al Legislador un grado máximo de discrecionalidad epistémica: para que la ley sea considerada inadecuada se exige que al momento de la elaboración de la ley fuese posible tener certeza sobre su inadecuación. En caso de duda, se impone considerar la medida como adecuada. En otros términos, en relación a la *adecuación* de la medida, el examen de proporcionalidad somete la actuación legislativa a un control de *evidencia*: se exige sólo la inexistencia de *premisas empíricas seguras*, al momento de sancionar la ley, de que la medida escogida era apta para realizar el fin inmediato pretendido⁴⁷. En la falta de certeza, considerando el conocimiento existente al momento de elaboración de la ley, sobre la adecuación de la medida, se atribuye al Legislador la facultad de elegirla. Percíbase: él puede, dentro de las varias medidas posibles, escoger la menos segura para la realización del fin inmediato pretendido. La discrecionalidad legislativa estructural, en fin, no se restringe por el deber de buscar la mejor solución.

2.3. Necesidad de la medida legislativa

Si la medida fuera considerada adecuada, ósea, si se supera el examen de adecuación, se pasa al examen de necesidad. ¿Qué es una medida *necesaria*? Es la que restringe con menor intensidad los principios constitucionales, entre las medidas igualmente idóneas para contribuir a alcanzar el fin inmediato pretendido. Se imponen aquí dos exámenes: investigar si existen otras medidas igualmente idóneas para fomentar el fin pretendido (*eficiencia de las medidas*); en caso que existan, verificar si entre ellas existe alguna que restrinja en menor intensidad el principio constitucional contrariado por la medida examinada (*grado de restricción de las medidas*)⁴⁸. Es eficiente, pues, la

⁴⁷ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 737-739.

⁴⁸ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 740 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

medida que restringe en menor intensidad los principios constitucionales (mandatos de optimización) entre las igualmente eficientes.

Ocurre que las medidas pueden ser eficientes en diferentes aspectos. Según Bernal Pulido un medio alternativo puede ser tan o más eficaz que el medio legislativo para la obtención del fin inmediato (perspectiva de la eficacia); puede ser tan o más rápido (perspectiva temporal); puede contribuir a la realización de tantos o más aspectos relativos al fin pretendido (perspectiva de realización del fin); puede contribuir con tanta o más seguridad para la realización del fin objetivado (perspectiva de probabilidad)⁴⁹. De ahí la dificultad para considerar la medida legislativa *innecesaria*: debe haber otra medida que sea tan eficaz como ella en relación con los *cuatro aspectos*. Se percibe: no se impone al Legislador que elija la medida óptima. Basta que elija una medida que en relación a otras realice más intensamente uno de esos cuatro aspectos, para que la elegida por él sea considerada necesaria. Si hay una medida M2 que realiza más intensamente tres aspectos, pero menos intensamente un aspecto, la medida M1 es, en relación con ella, *necesaria*. De ello se extrae: hay una *amplia competencia discrecional legislativa* para la elección del medio⁵⁰.

El hecho de existir una medida alternativa que realice más intensamente los cuatro aspectos no significa por sí mismo que la elegida por el Legislador sea innecesaria. Deberes: la existencia de una medida tan eficaz o más eficaz que la medida legislativa en los cuatro aspectos mencionados es condición *necesaria*,

⁴⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 745

⁵⁰ En las palabras de Bernal Pulido: "La exigencia de que el medio alternativo ostente un grado igual o superior de idoneidad en relación con el fin inmediato de la medida legislativa, desde la perspectiva de la eficacia, temporal, de la realización del fin y de la probabilidad, confiere al Legislador un más amplio margen de decisión, para adoptar el medio idóneo que considere más conveniente, de acuerdo con sus propias apreciaciones acerca de las circunstancias fácticas que rodean la expedición de la ley". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 746).

pero *no suficiente* para la *innecesaridad* de la medida legislativa. Se exige además que la medida alternativa igualmente idónea sea menos restrictiva a otro principio constitucional que la elegida por el Legislador. La asertiva evidencia aún más la no vinculación a la mejor solución. El legislador puede optar por la medida menos idónea, siempre que la más idónea no sea menos restrictiva. Virgilio Afonso da Silva presenta una didáctica tabla relativa al examen de la necesidad, discriminando seis hipótesis⁵¹. Se añaden otros tres (hipótesis 7, 8 y 9 no previstas por él):

	Medida más eficiente en relación al objetivo inmediato	Medida menos gravosa en relación a bien o derecho protegido	La medida legislativa (M1), ¿es necesaria?
(1)	M1	M1	Si
(2)	M1	M2	Si
(3)	M2	M1	Si
(4)	M2	M2	No
(5)	M1 = M2	M1	Si
(6)	M1 = M2	M2	No
(7)	M2	M1 = M2	Si
(8)	M1	M1 = M2	Si
(9)	M1 = M2	M1 = M2	Si

La tabla tiene el mérito de evidenciar la innecesaridad de la imposición de la mejor medida. Incluso en la hipótesis (7) en que existe una medida alternativa más eficiente que la legislativa, pero también restrictiva, la medida legislativa se considera *necesaria*. Difícilmente, hay que reconocer, las medidas son restrictivas de manera *equivalente*. Se retoman aquí los cuatro aspectos referidos al examinar la adecuación: las medidas pueden ser restrictivas en diferentes grados de eficacia, rapidez y probabilidad del bien o derecho protegido constitucionalmente

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*, op. cit., p. 174.

y pueden afectarlo en uno, algunos o todos los aspectos⁵². Se distinguen, por lo tanto, los casos fáciles de los casos difíciles. Por los fáciles, la medida alternativa contraría menos el derecho o bien protegido en todas las perspectivas o lo hace en algunas de ellas sin, en ese caso, realizarlo más en otras. Por los difíciles, la medida alternativa realiza el derecho o el bien protegido en alguna perspectiva, pero lo contraría más desde otro punto de vista⁵³. Se resuelve una vez más la discrecionalidad legislativa: basta que la medida legislativa sea menos restrictiva desde una perspectiva para ser considerada necesaria⁵⁴. Sin embargo, la existencia de un medio alternativo menos restrictivo en algún aspecto de lo que el medio legislativo genera argumentos contrarios a la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa⁵⁵.

2.4. Proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa

Siendo la medida considerada adecuada y necesaria, se pasa al examen de la proporcionalidad en sentido estricto. En ella se realiza la *ponderación* de los valores en conflicto, el valor escogido por el Legislador (P1) y los valores contrariados por la medida elegida por el Legislador (P2, P3, Pn). Este análisis se divide en tres partes: en la primera se analiza el grado de realización de la finalidad mediata (P1), con vistas a la realización de la medida legislativa considerada adecuada y necesaria para obtener la finalidad inmediata escogida o establecida por el

⁵² Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 750.

⁵³ Idem, p. 750-751.

⁵⁴ Idem, p. 751.

⁵⁵ Es la cuadragésima primera regla enunciada por Bernal Pulido: "Cuando um medio alternativo sea más benigno que la medida legislativa solo en una o en varias, pero no en todas las perspectivas posibles, debe considerarse que dicha medida es necesaria. Sin embargo, la menor restricción que el medio alternativo proyecta sobre el derecho fundamental en dichas perspectivas debe ser tenida en cuenta en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 752).

Legislador (M1); en la segunda se verifica el grado de afectación de los principios constitucionales en juego (P2, P3, Pn) por la ejecución de la medida legislativa; por la tercera se verifica si el grado de realización de P1 por M1 justifica la afectación de P2, P3, Pn, siendo M1 proporcional en sentido estricto y, pues, pasible de ser ejecutada, o si se hace necesario sustituir M1, por M2, M3, Mn, o simplemente no realizar ninguna medida de concreción de P1⁵⁶.

La ponderación se rige por la *primera ley de la ponderación*, o *ley material de la ponderación*, y por la *segunda ley de la ponderación*, o *ley epistémica de la ponderación*, ambas propuestas por Robert Alexy. Por la primera: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tendrá que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁷. Por la segunda: “cuanto más pesada sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor tendrá que ser la certeza de las premisas en las que esa intervención se basa”⁵⁸. Alexy propone evaluar el grado de satisfacción (S) y afectación (A) de los principios por medio de un modelo triádico: leve (l), medio (s) y serio (s). En un conflicto entre dos principios (P1 y P2) hay nueve posibilidades⁵⁹:

⁵⁶ Con algunas variantes: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 594; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 765.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 167 e p. 593.

⁵⁸ Idem, p. 617.

⁵⁹ ALEXY, Robert. A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145. Alexy observa ser possível pensar-se em modelos mais refinados como um modelo triádico duplo de nove variáveis: ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm, ss (ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 609; Sobre los derechos constitucionales a protección, op. cit., p. 63). Evidente que quanto mais se refina o modelo, mas controverso e problemático se torna utilizá-lo. É mais difícil afirmar que uma medida satisfaz ou afeta um valor de modo moderadamente sério (ms) ou levemente sério (ls) do que afirmar que ela o satisfaz ou afeta de modo sério (s). Ainda que se queira enfrentar a dificuldade há, reconhece o aclamado constitucionalista, um limite racional: não é racionalmente possível entender o que significa algo “sério e levemente moderado (mls)”. (Sobre los derechos constitucionales a protección, op. cit., p. 63).

1) SP1: s, AP2: l	4) SP1: l, AP2: s	7) SP1: l, AP2: l
2) SP1: s, AP2: m	5) SP1: m, AP2: s	8) SP1: m, AP2: m
3) SP1: m, AP2: l	6) SP1: l, AP2: m	9) SP1: s, AP2: s

En las tres primeras posibilidades (1, 2 y 3) la medida legislativa es proporcional en sentido estricto, pues P1 prevalece sobre P2 ($P1 > P2$), siendo, en el plano abstracto (*prima facie*, a depender del examen del caso concreto), apta que se ejecutará. En las tres siguientes (4, 5, 6), la medida legislativa es desproporcionada, debiendo ser sustituida por otra medida o, dependiendo del caso, ser dejada de lado, pues P2 prevalece sobre P1 (P1). En las tres siguientes (7, 8, 9), se configura un *impasse* ponderado y, por tanto, una *discrecionalidad legislativa estructural*: corresponde al legislador elegir si satisface P1 y afecta P2 o satisface P2 y afecta P1⁶⁰. Como él eligió satisfacer P1, la medida legislativa es considerada proporcional en sentido estricto, siendo, en el plano abstracto, apta para ser ejecutada.

Dos factores interfieren en la ponderación de los principios: a) los diferentes pesos abstractos que poseen; b) el grado de conocimiento de las premisas fácticas⁶¹. Por un lado, los principios, en el plano abstracto, poseen diferentes pesos. Por supuesto, no es posible afirmar que la dignidad de la persona humana posee, en el plano constitucional, una importancia equivalente a la economía. En consecuencia, los diferentes pesos abstractos interfieren en la ponderación. Por otro lado, como ya se ha afirmado, el sistema jurídico no exige que haya certeza sobre las premisas fácticas para la imposición de una medida de protección de un principio constitucional. El

⁶⁰ "Para a questão da discricionariedade estrutural os casos de *impasse* são de especial interesse. Neles o peso concreto de P1 é sempre igual. Isso expressa ideia de uma equivalência de valores para todos os casos de *impasse*. Essa equivalência do *impasse* no sopesamento é a razão para a discricionariedade estrutural". (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 606).

⁶¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 604 e 619; *A fórmula do peso*, op. cit., p. 148-152.

legislador puede fijar la medida en el plano abstracto incluso ante una incertidumbre sobre las premisas fácticas. Sin embargo, el grado de incertidumbre interfiere en la ponderación, pues cuanto mayor es la incertidumbre, menos autorizado está a establecer la medida.

Estos factores evidencian que la tercera fase del examen de la proporcionalidad en sentido amplio es la más compleja. Escapa a los límites de este estudio examinarlos más profundamente. Interesa aquí evidenciar las diferencias entre la *proporcionalidad legislativa* y la *proporcionalidad administrativa* teniendo en cuenta las significativas diferencias entre la *discrecionalidad legislativa* y la *discrecionalidad administrativa*. Por lo que se expone hasta aquí es posible dar el paso siguiente.

3. Discrecionalidad administrativa

Discrecionalidad, como hemos ya afirmado, es la posibilidad de escoger válidamente entre dos o más alternativas. El elemento fundamental del concepto es el adverbio “válidamente”. En el caso, si el agente público elige la alternativa “A”, su elección será válida; si elige la alternativa “B”, su elección también será válida. Impugnada la decisión, otro agente público, en el ejercicio del control de legitimidad, no puede considerar inválida la elección de la alternativa “A” porque no se eligió la alternativa “B” y viceversa. En estas situaciones, el Derecho admite ambas posibilidades e imputa la elección al agente competente. Es la llamada *competencia discrecional*⁶².

La razón filosófica de la discrecionalidad es la posibilidad de valoraciones subjetivas. No toda valoración es objetiva; si, por un lado, hay valoraciones cuya corrección es independiente de la opinión de las personas, de modo que debe ser impuesta también a quien no concuerda, por otro, hay valoraciones cuya

⁶² Sobre el tema ver nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. 183-185. Retomamos o tema em nosso *Ato administrativo*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118-126.

corrección depende de la opinión de cada uno⁶³. La razón jurídica de la discrecionalidad es el pluralismo político: cuando la valoración es subjetiva el derecho reconoce la subjetividad e imputa la elección al agente competente. La decisión, en ese caso, no está dictada por la correcta interpretación del derecho (por un juicio cognitivo), sino, por la voluntad del agente competente (juicio volitivo). En los términos ya estudiados, esa posibilidad de elección se configura en el ejercicio de la función legislativa. No se restringe a ella: se configura también, y el reconocimiento es mucho menos controvertido, en el ejercicio de la función administrativa.

En mi “Efectos de los vicios del acto administrativo” proclamé la identidad ontológica entre la discrecionalidad legislativa y la discrecionalidad administrativa⁶⁴. Me preocupaba en oponerme a la posición mayoritaria que simplemente negaba el concepto de discrecionalidad del Legislador. Como él ejerce función, no puede ser considerado *libre* para decidir; sus elecciones no pueden ser consideradas *arbitrarias*, fundadas en el arbitrio. Hoy percibo que, si, por un lado, acerté al afirmar el concepto, por otro, erre al afirmar la identidad ontológica. Las discrecionalidades no difieran solamente en grado, sino también cualitativamente. Por fuerza de la *legalidad* la discrecionalidad

⁶³ Es errado suponer que toda valoración resulta en una decisión que pueda ser considerada justa independientemente de la opinión de cada uno. Hay que reconocer a Edmund Bernatzik, en los términos expuestos por Afonso Rodrigues Queiró: “na aplicação do direito, como também em qualquer outra esfera de actividade lógica do espírito, há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar da justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas terceiras pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão”. (BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 1-46 *apud* QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948, p.121-122). No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 42-43. Eis o campo da discricionariedade: o campo em que a *justiça é subjetiva*. Quando a valoração sobre a justiça for *objetiva*, e independer da opinião de cada um, cessa a *discricionariedade*. Sobre o tema vide nosso *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Cap. II-7.3, p. 70-72; Cap. IV-8.5, p. 205-211.

⁶⁴ *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 47.

administrativa es *cuantitativamente* diferente de la legislativa: si el Legislador es restringido apenas por la Constitución, el Administrador público es restringido por la Constitución y por las leyes. El ámbito de la discrecionalidad administrativa, por fuerza de la legalidad, es sensiblemente más estrecho que el ámbito de la discrecionalidad legislativa. Por fuerza de la *buen administración* la discrecionalidad administrativa es *cualitativamente* diferente de la legislativa. Antes de explicar la diferencia cualitativa y, por tanto, rectificar el equívoco del pasado, se hace necesario un breve análisis de la relación entre la legalidad y la proporcionalidad.

3.1. *Proporcionalidad administrativa y legalidad*

Siempre que el Legislador adopta una decisión, y fija una medida de efectivización (M1) de un valor constitucional (P1), se refiere al principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas (Pfl)⁶⁵. Es formal porque es independiente del contenido legislativo. De este modo, en virtud del principio democrático y de la separación de los Poderes, hay una norma en el sistema por la cual las decisiones del Legislador deben ser, *prima facie*, respetadas. El administrador público, en un caso concreto, cuando realiza una ponderación, no debe tener en cuenta sólo el principio concretado por la ley (P1) y el principio

⁶⁵ Sobre la teoría de los *princípios formais* vide nosso *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*, op. cit., p. 39 et seq. Foi pioneiramente elaborada por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 611 et seq. Segundo Robert Alexy: "A definição de comandos de otimização como 'normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas' aplica-se a princípios formais do mesmo modo que a princípios materiais. A diferença entre esses dois tipos de princípios se limita àquilo a que a palavra 'algo' se refere, ou seja, ao objeto da otimização. A *differentia specifica* dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos, como, por exemplo, a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente. Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada". (ALEXY, Robert. *Princípios formais*. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (org.). *Robert Alexy: princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 13).

contrariado por ella (P2). Se impone, por fuerza de la legalidad, que tenga en consideración el peso atribuido por el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas. Por lo tanto, debe considerar P1 + Pfl y P2. Dónde: como regla general, debe cumplir la ley, teniendo en cuenta el significativo peso de Pfl. Excepcionalmente, sin embargo, a la luz de las circunstancias fácticas, puede ser que el principio opuesto (P2 > P1 + PF) tenga más peso que la suma. En ese caso, deberá apartar la ley o sustituir la medida legislativa por otra. Entonces, la legalidad no transforma la Administración Pública en una ejecutora mecánica de los comandos legales⁶⁶.

Justamente por fuerza del principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas, aunque la medida legislativa no se la mejor, teniendo en vista otras existentes, la Administración, como regla general, debe cumplirla. Conforme he anticipado, el sistema normativo no impone al Legislador que elija la mejor medida. Medida legislativa adecuada y necesaria no significa la medida que mejor realice, dentro de las existentes, el fin inmediato, y el fin mediato objetivado. La discrecionalidad estructural y epistémica es compatible con la elección de la peor medida. Luego, por fuerza del principio formal que da primacía a las ponderaciones del Legislador, el Administrador debe, por regla general, ejecutar la medida legislativa, aunque, a la luz del caso concreto, existan otras medidas más adecuadas para la finalidad pretendida. La legalidad restringe, evidentemente, la *actuación administrativa*.

De la misma forma que existe un principio formal que garantiza el respeto de la elección del Legislador, también existe un principio formal que garantiza el respeto a la elección del administrador público (Pfa). He propuesto dos leyes respecto de ese principio. 1) Para la primera, a la que llamé como *ley de la discrecionalidad administrativa*, cuanto más incompleto se el mandato legal, más peso tiene el principio formal que da primacía a las ponderaciones administrativas (Pfa) y menos

⁶⁶ Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. III-2.5, p. 93-94.

peso tiene el principio formal que da primacía a las ponderaciones administrativa (Pfa)⁶⁷. Así Pfa es más pesado cuando el Legislador se vale de conceptos vagos o indeterminados, de cuando se vales de conceptos precisos. Del mismo modo, Pfa es más pesado cuando el Legislador atribuye a la Administración la elección entre dos o más alternativas –sea en la descripción legal de la hipótesis, sea en la descripción legal del mandato normativo–, que cuando no le asigna elección⁶⁸. 2) Para la segunda, que llamaré aquí ley de sujeción especial: en las relaciones de especial sujeción el principio formal que da primacía a las ponderaciones administrativas (Pfa) tiene mayor peso que en las relaciones generales de sujeción⁶⁹.

Las ponderaciones del Legislador del principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas simplemente no actúa. De allí la significativa diferencia de grado entre discrecionalidad legislativa y la discrecionalidad administrativa (cuantitativa). Por eso, se reconoce: la actuación administrativa sin base en ley es *excepcional*. Cuando no existe ley, el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas hace crecer el peso del principio efectivizado por la omisión estatal (P1 + Pfl), como, entre otros, la *libertad negativa*. Así, cuando no hay ley, siempre incide el Pfl⁷⁰. En conclusión: tanto la actuación administrativa sin base en ley, como la actuación legislativa *contra legem*, teóricamente posible, son restringidas por el peso del Pfl y, por fuerza de él, son excepcionales.

⁶⁷ Idem, Cap. VI-5.4, p. 182; *Um diálogo sobre a justiça*, op. cit., Cap. IV-8.5, p. 209.

⁶⁸ Una ley completa genera, en estos términos, apenas un *indicio* de vinculación es una ley incompleta un *indicio* de discrecionalidad. Por eso, la *fuerza* de la *discrecionalidad administrativa* es el Derecho y no el Legislador: aunque el emisor de la ley quiera establecer la discrecionalidad en el plano abstracto, y bien posible que en el plano concreto el Derecho admita apenas una solución, configurándose una competencia vinculada. Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. VI-5.3, p. 180-181.

⁶⁹ Cf. nuestro *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 310.

⁷⁰ Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. VI-4.2 e 4.3, p. 163-166.

3.2. *Proporcionalidad administrativa y buena administración*

Para el llamado *deber de buena administración*, frente a dos alternativas, la Administración está obligada a escoger la alternativa mejor para el interés público. Él fue pioneramente tratado por Guido Falzone que, en su clásica monografía, lo definió en estos términos: “L’esigenza di buona amministrazione per gli enti pubblici infatti, si sostanzia nella necessità che l’interesse pubblico, che costituisce il fine dell’attività amministrativa, sia sempre perseguito e nel modo migliore”⁷¹. En la doctrina brasilera el tema fue difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello, en estos términos: “siendo correctas –como ciertamente lo son- las lecciones de Guido Falzones, según quien existe un deber jurídico de buena administración y no apenas un deber moral o de Ciencia de la Administración, porque la norma solo quiere la solución excelente, si no fuera esta la adoptada habría pura y simplemente violación de la norma del Derecho, lo que permite la corrección jurisdiccional, de lo que sería un vicio de legalidad”⁷².

Ambos autores restringen la *buena administración* a la atribución *discrecional* de la Administración⁷³. En verdad, ellos se refieren a las hipótesis en que la ley determina la actuación de la Administración, más no impone la medida a ser ejecutada. Y la razón es evidente: la legalidad, en esos casos, es un

⁷¹ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 72.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade administrativa e controle jurisdiccional*, op. cit., p. 37.

⁷³ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, op. cit., p. 82. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É exatamente porque a norma legal só que a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador — que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio — certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”. (*Discrecionalidade administrativa e controle jurisdiccional*, op. cit., p. 35).

obstáculo a la incidencia del postulado de la buena administración. Retomando: no se impone al legislador escoger la medida óptima. Él puede elegir la medida que no se la mejor, teniendo en vista las demás existentes. Se establece en la ley una medida que no sea la mejor, incidirá el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas (Ffl), obligando, por regla general, a la Administración a ejecutarla, aunque en el plano concreto existan otras medidas más adecuadas. Si la buena administración rigiese toda la actuación de la Administración, siempre que, a la luz de las circunstancias fácticas del caso concreto, otra medida se configurase más eficaz en algunos de los aspectos señalados (*eficacia, rapidez, seguridad, efectividad*), en relación a la medida legislativas, debería la Administración sustituirla. La buena administración importaría, entonces, la *muerte* de la legalidad.

La no incidencia de la buena administración en esos casos de fijación legislativa de la medida a ser exceptuada (impropiamente llamados de competencia vinculada)⁷⁴ debe ser parcialmente revisada. En la legalidad, la confianza del Legislador era casi absoluta. Ante eso, se negaba la posibilidad de una actuación legislativa al margen o en contra de la ley. En el neoconstitucionalismo, en los términos brevemente expuestos, la actuación administrativa no está amparada en *previa ponderación del legislador* y, aunque excepcionalmente, admitida. El Administrador debe efectuar la ponderación a la luz del caso concreto y si P2 fuera más pesado que PI+PF debe: a) ejecutar una medida no prevista en la ley (en la falta de la ley); b) sustituir o dejar de lado la medida legislativa (en la presencia de la ley).

La existencia de una medida mejor, en el plano concreto, es un indicio de que la ponderación legislativa debe ser relegada. Eso no significa que habiendo una medida mejor siempre deba ser descartada la ponderación legislativa; la legalidad,

⁷⁴ En los términos anteriormente afirmados la completitud normativa es apenas un indicio de vinculación.

es menester insistir, muchas veces exige la ejecución de una medida legislativa, más allá que ella no se la mejor. Hecha esta advertencia, que reconoce: la legalidad no es una regla absoluta, como el Derecho quiere siempre la óptima solución, muchas veces la ponderación del Legislador, a la luz del caso concreto, debe ser parcial o totalmente desechada. Es posible, pues, establecer la siguiente regla: cuanto menos idónea es la medida legislativa, comparada con otras existentes, menos peso tiene el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas⁷⁵. Esa es la *ley de la buena administración en vista de la medida legislativa*.

En los casos en que la medida es elegida por la Administración, la incidencia del principio de la buena administración no encuentra obstáculos: siempre que se abra la posibilidad de escoger al agente administrativo, él está obligado a elegir la *mejor alternativa*. La necesidad de observar el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas, por fuerza del *principio de legalidad*, diferencia la *ponderación administrativa* –y, pues la proporcionalidad en sentido estricto del acto administrativo– de la *ponderación legislativa* –y, pues, la proporcionalidad en sentido estricto de ley. La buena administración es importante en la diferenciación aún más significativa. Por esa razón, acierta la doctrina al enfatizar que el examen de proporcionalidad a la luz del caso concreto difiere del examen de proporcionalidad en el caso abstracto⁷⁶. Siempre que el

⁷⁵ Observa con absoluto acierto José Roberto Pimenta Oliveira: “Se a ponderação legal é legítima (constitucional), em linha de princípio, há de prevalecer nos casos concretos. Esta conclusão deve ser matizada, pois não se podem eliminar os casos em que da proporcionalidade *in abstracto* da disciplina legal que autoriza o proceder administrativo não derive automaticamente a proporcionalidade *in concreto*, frente a múltiplas situações polifacéticas que enfrenta a atividade administrativa”. (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*, op. cit., 58).

⁷⁶ Por todos, afirma Carlos Bernal Pulido: “Desde un punto de vista frontalmente distinto, el examen del medio más benigno también suscita dificultades a la hora de determinar si es preciso que el medio alternativo sea más benigno, comparado en abstracto o en concreto con la medida legislativa. Para tratar este aspecto debe introducirse la diferencia entre dos niveles de aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido amplio: el nivel de

agente administrativo establezca una medida de excepción (y no simplemente ejecuta una medida legislativa) debe elegir la mejor. Esta es la ley de la *buen administración en vista de la medida administrativa*.

En los términos ya explicados, la discrecionalidad se configura cuando, a la luz de un caso concreto, el Derecho admite dos o más posibilidades e imputa la elección al agente administrativo. No resulta correcto afirmar que la *ley de la buena administración en vista de la medida administrativa* sólo incide en la competencia discrecional. Ella incide siempre que la medida sea fijada por la Administración y no por el Legislador. En efecto, la elección de la medida por la Administración (y no la ejecución de la medida legislativa) se da en tres hipótesis:

A) Cuando la propia ley atribuye a la Administración la competencia para ejercer el medio de realización. En ese caso, son posibles dos hipótesis; A1) la ley fija varios medios y atribuye al agente público la competencia para escoger uno de ellos (incompletitud legal relativa); A2) la ley no establece el medio y atribuye al agente público la competencia para establecerlo (incompletitud legal absoluta). En el primer caso la ley describe la medida M1, M2, Mn e imputa la elección de una de ellas al agente administrativo; en el segundo caso la ley no describe medida alguna, determinando la elección al agente administrativo.

B) Cuando la ley fija una medida a ser ejecutada por la Administración y, a la luz del caso concreto, excepcionalmente, la ponderación del Legislador es parcialmente apartada ($P2 > P1 + PFI$ – regla legislativa), exigiéndose la sustitución de la medida legislativa por otras más idóneas.

C) Cuando no existe ley, más a la luz del caso concreto, excepcionalmente, la ponderación efectuada por la Administración

control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, y el nivel de control concreto de aplicación de las leyes y control de los actos de la Administración y del Poder Judicial, que tiene lugar mediante recurso de amparo". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 755).

exige el dictado de un acto administrativo que concrete un principio constitucional ($P2 > P1 + PFI$ – omisión legislativa).

Si en la primera hipótesis (A) no hay un apartamiento del principio formal que da primacía a la ponderación del legislador; en las demás (B y C) en consecuencia de ese alejamiento, excepcional. En esas tres hipótesis, es posible que a la luz del caso concreto el Derecho sólo admita una medida (competencia vinculada) y es posible que el derecho admita dos o más medidas (competencia discrecional). La *buena administración* puede o no, dependiendo del caso concreto, eliminar la discrecionalidad. Es fundamental percibir que el Derecho impone al agente administrativo la ejecución de la *mejor medida*, vale decir, a la que contribuye con máxima eficacia, rapidez y seguridad para la realización del fin inmediato pretendido y que lo realiza en la mayor medida posible. No basta, para que la medida administrativa sea considerada adecuada, que ella facilite la realización del fin con cualquier eficacia, rapidez, plenitud y seguridad. Por fuerza de la *buena administración* se impone la *versión fuerte de adecuación*.

Es posible que se configure la discrecionalidad; una medida (M1) que contribuya en un grado más rápido a la realización del fin, y otra medida (M2) que contribuya con un grado mayor de eficacia. Dependiendo del caso concreto, es razonable y justo tanto buscar algo más rápido como buscar algo más eficaz. Ante la situación agónica, el Derecho imputa la elección al agente competente, cabiéndole escoger entre la medida M1 y la medida M2. Sin embargo, percíbase: siempre que fuera posible afirmar, ante el caso concreto, que M1 es más idónea que M2, estará descartada la discrecionalidad. En suma: el Derecho exige que la Administración elija la mejor medida.

Al legislador, como hemos antes explicado, le basta con elegir una medida que fomente la realización del fin. Al revés, como la Administración decide a la luz del caso concreto, no basta que la medida fomente la realización del fin, ella debe procurar escoger una que realiza el fin pretendido. Así, si M1 realiza el fin y M2 fomenta el fin, se impone la elección

de M1. Conforme expliqué en el pasado: la regla de que la adecuación de la medida debe ser examinada a partir de una perspectiva *ex ante* sólo se aplica si las reglas administrativas abstractas y las normas administrativas concretas cuyos efectos se examinen después de su aplicación⁷⁷. En relación con las normas administrativas concretas cuyos efectos se examinen después de la aplicación, constatado que el juicio inicial fue equivocado o que, en consecuencia, de eventos futuros, ellas se tornaran inadecuadas al fin pretendido, se impone la extinción o modificación del acto administrativo. El juicio de adecuación acompaña toda vigencia de la norma administrativa concreta, no siendo restringido al momento de su emisión.

Se abre a la Administración la posibilidad de una *discrecionalidad epistémica*. En el ejemplo que di en otra oportunidad, para clausurar un inmueble que amenaza ruina, no se exige que la administración tenga certeza sobre el momento en que ocurrirá la ruina⁷⁸. Incide aquí la segunda ley de ponderación: cuanto mayor es la probabilidad de ruina, más está autorizada la Administración a clausurar el inmueble; cuanto menor probabilidad de ruina, menos estará autorizada. En efecto: se admite el actuar administrativo a partir de la *incerteza de las circunstancias fácticas*. Sin embargo, la *discrecionalidad epistémica legislativa* no es equivalente a la discrecionalidad epistémica administrativa: se puede exigir más certeza en relación a las premisas empíricas de quien actúa en el plano concreto en relación a quien actúa en el plano abstracto.

La doctrina diferencia tres *intensidades de control* en relación a la certeza sobre las premisas empíricas relevantes; a) el *control de evidencia*, cuando no fuera posible tener total seguridad sobre las premisas y, ante la incerteza se admite la actuación estatal; b) el *control de intensidad medio*, que exige un mayor grado de certeza sobre las premisas empíricas; c) *control sustancial intensivo*, que exige una certeza absoluta sobre

⁷⁷ Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. VI-9.4, p. 233-234.

⁷⁸ Idem, p. 232.

ellas⁷⁹. Si en el ejercicio de la función legislativa, se admite, muchas veces, el control de evidencia, en la instancia administrativa ese control es, por regla general, insuficiente.

Siempre que fuera posible para la Administración tener certeza sobre las premisas empíricas al momento del dictado del acto administrativo, se impone el *control substancial intensivo*. Cuando no fuera posible tener certeza sobre las premisas, se impone el *control de intensidad media*. Si para la clausura del predio no se exija certeza sobre el momento de la ruina, se exige demostración efectiva de la probabilidad de que ella ocurrirá. El *principio de precaución*, como bien explica Juárez Freitas, incide en la instancia administrativa, exige que la Administración actúe igual ante la incertidumbre⁸⁰, a diferencia de lo que ocurre con la *prevención* en que se exige la certeza⁸¹. Más no bastan temores “excesivo o irrazonables”⁸², vale decir, se impone el control de intensidad media, no bastando el control de evidencia.

Referencias bibliográficas

- ALEXYY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (org.). *Robert Alexy: derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 45-84.

⁷⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 737.

⁸⁰ “O princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta, estabelece (não apenas no campo ambiental) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança)”. (FREITAS, Juárez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98).

⁸¹ “No cotejo, pois com o princípio da prevenção, a diferença sutil reside no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza versus verossimilhança)”. (FREITAS, Juárez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 100).

⁸² Idem, ibidem.

- Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 176-198.
- A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-153.
- Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (org.). *Robert Alexy: princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3-36.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *Prólogo*. In: FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 23-26.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 371-390.
- *Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- A norma *iusfundamental*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), São Paulo, v. 4, p. 526-576, jul.-dez 2004.
- *Ato administrativo*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo* – v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27-359.
- ; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 197-313.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PORTO EDITORA. *Dicionário alemão-português*. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. 1. ed., 2. tir. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

— *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

La filosofía de la liberación y la analéctica en los derechos humanos

The philosophy of Liberation and the Analéctico Method in the Human Rights

A filosofia da libertação e o analético em direitos humanos

La philosophie de la libération et l'analectique dans les des droits de l'homme

César Alanis de la Vega | Universidad Autónoma de San Luis de Postosí (México)

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 121-151

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e175>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2004-0662>

Recibido: 15/02/2017

Recibido con modificaciones: 15/06/2017

Aprobado: 05/02/2018

Resumen: La Filosofía de la Liberación (FdL) y su método analéctico, pueden realizar valiosas aportaciones a los modelos iusfilosóficos tradicionales y en ese sentido a los Derechos Humanos. La influencia de la FdL en el campo iusfilosófico en los últimos años ha sido notable, debido a que diversos teóricos de los Derechos Humanos han utilizado sus categorías para fundamentar sus propuestas. Así, identificamos cuatro aportaciones básicas que realiza la FdL a los modelos iusfilosóficos tradicionales y sobre todo al fundamento de los Derechos Humanos, a saber, una concepción geopolítica del Derecho y los DH; un sujeto del Derecho pensado desde la exterioridad; la incorporación de la categoría liberación como nuevo horizonte de sentido de los Derechos Humanos, y un pensamiento *anadialéctico crítico* de los Derechos Humanos. Para lograr profundizar en cada una de las aportaciones de la FdL y comprenderlas con claridad, primero, ubicamos los orígenes y corrientes de la FdL, inscribiéndonos en la “corriente analéctica” que expone Horacio

Cerutti, enseguida, abordamos las categorías de la FdL relacionándolas con el ámbito jurídico, para finalmente analizar el método analéctico y aplicarlo a los Derechos Humanos.

Palabras clave: Filosofía de la Liberación, Método Analéctico, Derechos Humanos

Abstract: The Philosophy of Liberation (FdL) and its “analéctico” method can make valuable contributions to traditional philosophy of law models and, in this sense, to Human Rights. The influence of the FdL in the legal field in recent years has been remarkable, because various human rights theorists have used their categories to support their proposals. Thus, we identify four basic contributions made by the FdL to traditional philosophy of law models and above all to the foundation of Human Rights, namely, a geopolitical conception of Law and HR; a subject of Law thought from the outside; the incorporation of the liberation category as a new horizon for the meaning of Human Rights, and a critical “analéctico” thinking of Human Rights. To deepen in each of the contributions of the FdL and understand them clearly, first, we locate the origins and currents of the FdL, inscribing ourselves in the “corriente analéctica” that Horacio Cerutti exposes, immediately, we approach the categories of the FdL relating them with the legal field, to finally analyze the “analéctico” method and apply it to Human Rights.

Keywords: Philosophy of Liberation, “Analéctico” Method, Human Rights

Resumo: A Filosofia da Libertação (FdL) e seu método analítico, podem fazer contribuições valiosas para os modelos filosóficos tradicionais e, nesse sentido, para os Direitos Humanos. A influência do FdL no campo legal nos últimos anos tem sido notável, porque vários teóricos de direitos humanos usaram suas categorias para apoiar suas propostas. Assim, identificamos quatro contribuições básicas feitas pela FdL aos modelos tradicionais iusofosóficos e, acima de tudo, à fundação dos Direitos Humanos, ou seja, uma concepção geopolítica do Direito e dos direitos humanos; um sujeito do Direito pensado de fora; a incorporação da categoria de libertação como um novo horizonte para o significado dos Direitos Humanos, e um pensamento crítico não-democrático dos Direitos Humanos. Para conseguir aprofundar em cada uma das contribuições de FDL e entender claramente, em primeiro lugar, podemos localizar os origens e correntes da FDL, inscribiéndonos em “analectic

atual” expondo Horacio Cerutti, uma vez que lidar com as categorias relacionando-FDL com ambiente legal, para finalmente analisar o método analítico e aplicá-lo a os direitos humanos.

Palavras chave: filosofia da libertação-direitos humanos

Résumé: La philosophie de la libération (PDL) et sa méthode analectique peuvent apporter de précieuses contributions aux modèles philosophiques traditionnels du droit et par là-même aux droits de l’homme. L’influence de la PDL dans le champ “iusphilosophique” au cours des dernières années a été notable, dû au fait que nombre de théoriciens des droits de l’homme ont utilisé ses catégories pour défendre leurs propositions. Ainsi, nous avons identifié quatre contributions basiques faites par le PDL aux modèles « iusphilosophiques » et en particulier au fondement des droits de l’homme, à savoir, une conception géopolitique du droit et des DH (des Droits de l’homme) ; un sujet de droit pensé à partir de l’extériorité; l’incorporation de la catégorie libération comme nouvel horizon pour la signification des droits de l’homme et une pensée « anadialectique » critique des droits de l’homme. Pour arriver à approfondir chacune des contributions de la PDL et les comprendre avec clarté, en premier lieu, nous situons les origines et les courants de la PdL, en nous inscrivant dans le “courant analectique” qu’expose Horacio Cerutti, ensuite, nous abordons les catégories de la PdL en les mettant en relation avec le domaine juridique, pour finalement analyser la méthode analectique et l’appliquer aux droits de l’homme.

Mots-clés: Philosophie de la Libération, Méthode Analectique, Droits de l’Homme.

1. La Filosofía de la Liberación. Orígenes y corrientes

a) Orígenes de la Filosofía de la Liberación

En 1969, en su libro ¿Existe una filosofía en nuestra América?, el peruano Augusto Salazar Bondy se preguntaba si era posible la existencia de una filosofía *auténtica* latinoamericana, concluyendo que el filosofar latinoamericano no es genuino ni original, debido a la situación estructural

de neocolonias dominadas y por ende el pensamiento que nacía dentro de esta estructura era defectivo e inauténtico. Sin embargo, Bondy establece como condición para la constitución de un pensamiento genuino y original la necesaria transformación de las sociedades latinoamericanas superando el desarrollo y la dominación. No obstante, para Bondy, la filosofía latinoamericana, “puede comenzar a ser auténtica como pensamiento de la negación de nuestro ser y de la necesidad de cambio, como conciencia de la mutación inevitable de nuestra historia” (Bondy, 1968, p.132). Así, en Salazar Bondy como en Leopoldo Zea y el grupo argentino formado principalmente por Roberto Kusch, Juan Carlos Scannone, Enrique Dussel, Hugo Assmann y Horacio Cerutti—siguiendo a Beorlegui— se puede hablar de un triple foco (Perú, México y Argentina) en el que se originó el movimiento de la Filosofía de la Liberación, de la búsqueda de un pensamiento autentico latinoamericano (Beorlegui, 2004)

La Filosofía de la Liberación (FdL) es un movimiento filosófico latinoamericano, el cual surge en una coyuntura histórico mundial, pues en América latina, “se sucedieron secuencialmente toda una serie de acontecimientos históricos que generaron un clima de euforia y reivindicaciones nacionales frente a un hipotético control y dominio externo” (Sánchez Rubio, 1999, p.18). Desde el populismo como vía alterna al capitalismo hasta eventos que significarían una irrupción ideológica como la revolución cubana, los movimientos estudiantiles del 68, el concilio vaticano II expresado en la Conferencia Episcopal de Medellín, la guerra fría y el surgimiento de figuras políticas como Fidel Castro, Ernesto Guevara, Salvador Allende, Camilo Torres entre otros.

La FdL nace entonces, como una toma de conciencia de la realidad en el mundo periférico latinoamericano, cuya experiencia originaria consiste en descubrir la dominación de la subjetividad europea, que se constituye como “señor”, ante la subjetividad oprimida del “no-europeo” desde el comienzo de la conquista de América en 1492. Cabe señalar, que esta toma de

conciencia alcanzó un plano mundial, pues se fue dando en el resto de las periferias como en Asia y África¹.

b) Características y diversidad. Las corrientes de la Filosofía de la Liberación

Juan Carlos Scannone identifica las características generales de la FdL, ya que, los distintos autores o filósofos la han entendido de muy diversas maneras. Siguiendo a Scannone, podemos mencionar las siguientes (Scannone, 2006):

a) Para la FdL la praxis de liberación es el “acto primero”, punto de partida y lugar hermenéutico de una reflexión humana radical, de ahí que se pueda hablar de una filosofía comprometida con la realidad latinoamericana cuyo horizonte es la transformación social. Además, esto refleja la conciencia de la realidad periférica— desde donde se habla— visibilizando las distintas dependencias (económica, social, cultural) respecto al centro del sistema-mundo.

b) La FdL, incorpora la categoría de exterioridad, alteridad y trascendencia ético-históricas del Otro, del pobre, inspirándose en Lévinas, pero reinterpretándolo desde América Latina. Esto como forma de superar la pura dialéctica “opresión-liberación”.

c) Finalmente, la FdL si bien asume una utopía liberadora, el sujeto de esa liberación cambia de acuerdo con el filósofo o pensador. En Scannone, se opta como opción preferencial a los pobres.

En contra sentido, Horacio Cerutti aporta las distinciones existentes entre las corrientes o sectores de la FdL. En un inicio, en su obra *“Filosofía de la liberación latinoamericana”*, Cerutti las diferenció en dos sectores: *el sector populista y el sector crítico del populismo*. En cada uno de ellos, puede

¹ Solís Bello, entre otros autores, exponen el pensamiento crítico -liberador, que se dio durante la década de los 70, tanto en Asia como en África, por ejemplo, en India destaca Ranajit Guha, en África Poulin Hountondji, así como el pensador árabe-palestino Edward Said. (Cfr. Mendieta y Dussel, 2010, pp. 399-417).

hablarse de una subdivisión, así, en el *sector populista* puede distinguirse un subsector de extrema derecha o dogmatismo de la ambigüedad concreta y otro populista ingenuo o populismo de la ambigüedad abstracta, mientras que en el *sector crítico del populismo* puede distinguirse un subsector historicista y otro problemático (Cerutti, 2006). Sin embargo, en su texto “*Situación y perspectivas de la filosofía de la liberación latinoamericana*”, Cerutti, utiliza una terminología más filosófica para referirse a los mismos cuatro sectores, *ontologista* (cuyo principal exponente sería Kusch) en oposición a la *analéctico* (a la que pertenecerían Dussel y Scannone), *historicista* (por ejemplo, Roig) y *problematización de la filosofía* (en la cual se incluye a sí mismo) (Cerutti, 1989).

El *sector ontologista*, se centra en determinar el ser latinoamericano, con la finalidad de encontrar la propia identidad y librarse de todo imaginario colonial-europeo. El *sector analéctico*, incorpora la categoría de exterioridad de Lévinas, y supera la dialéctica hegeliana a partir de la Alteridad. El *sector historicista*, se preocupa sobre todo por la relación de la FdL con sus antecedentes históricos, Cerutti señala que dicho sector “centro su quehacer en la labor historiográfica, o mejor, juzgó desde una sólida labor historiográfica latinoamericanista las propuestas de la filosofía de la liberación y trató de demostrar su génesis, novedad y adecuación a dicha tradición”. Finalmente, el *sector problematizador de la filosofía*, pone énfasis en la dimensión epistemológica de la FdL, para cuestionar su propio discurso y al mismo tiempo verificarlo.

En nuestro caso, para la comprensión de los Derechos Humanos desde la FdL y el método analéctico, optamos por el sector analéctico principalmente encabezado por Enrique Dussel², ya que su desarrollo filosófico es más sistemático y

² Enrique Dussel también nos brinda la evolución de la filosofía de la liberación, la cual la divide en tres etapas: en la primera, nos dice que la filosofía de la liberación estaba implícita en la crítica a la conquista, de ahí podemos identificar a Bartolomé de las Casas quien fue uno de los defensores de los indios más conocidos, en la segunda, relativa a la fundamentación filosófica que se dio durante la primera emancipación (1750-1830), con

profundo, abordando a la FdL desde otros campos, como el ético, político, económico, teológico y recientemente el teórico-decolonial.

2. Las categorías de la FdL en el Derecho

a) *La importancia de la FdL en el campo iusfilosófico*

En la teoría de los Derechos Humanos y del Derecho en general, se identifican dos fundamentaciones filosóficas importantes, a saber, el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo. Cada una le da un sentido distinto al Derecho, así, por ejemplo, el Iusnaturalismo en general utiliza la reflexión ética para considerar a los derechos como un camino que hace posible la dignidad del ser humano y la consideración de cada uno como persona moral, en cambio, en el Iuspositivismo, se pone énfasis en la incorporación de los derechos en el ordenamiento jurídico para su validez.

Frente a ello, las categorías de la FdL pueden aportar a estos modelos iusfilosóficos, en primera, ubicar al Derecho en el espacio geopolítico dentro de las relaciones del poder global, ya que, como mencionábamos líneas arriba, parte del reconocimiento de la realidad periférica. En segunda, permite pensar a los sujetos del Derecho desde un horizonte metafísico que está más allá del Otro, es decir, desde la exterioridad, teniendo como opción preferencial a los pobres, al oprimido, al *inequívocamente Otro*. En tercera, dota de un sentido liberador al Derecho, pues lo utiliza como mediación para la praxis de liberación de personas y pueblos, una liberación comprendida de forma integral, la cual no se reduce sólo al ámbito jurídico. Finalmente, la FdL y su método analéctico, permite verificar la materialización en la realidad del discurso de Derecho pensado siempre desde el *inequívocamente Otro*.

Alberdi y el romanticismo, y en la tercera, es la que se articula a partir de 1969, en donde la filosofía de la liberación aparece de forma explícita. Sin embargo, la clasificación de Dussel obedece a su evolución personal que a la de todo el movimiento, por ende, dicha clasificación es limitada (Cfr. Dussel, 2017)

La influencia de la FdL en el campo iusfilosófico en los últimos años ha sido notable, debido a que diversos teóricos de los Derechos Humanos han utilizado sus categorías para fundamentar sus propuestas. Entre ellos destacan: Jesús Antonio De la Torre y su Iusnaturalismo Histórico, Alejandro Rosillo Martínez con su fundamentación de los Derechos Humanos desde América latina, David Sánchez Rubio y su incorporación de la FdL al desarrollo de la Teoría Crítica del Derecho, Antonio Salamanca con su propuesta Iusmaterialista, Antonio Wolkmer y su Pluralismo Jurídico de corte liberador, y Alejandro Medici con su Analéctica Constitucional.

b) Juridificación de la FdL

A continuación, expondremos las categorías de la FdL de Enrique Dussel, relacionándolas con el Derecho y los Derechos Humanos en concreto. Cabe resaltar, que, en este apartado, se le dará mayor preponderancia a la explicación de la FdL por sí sola, que su relación con lo iusfilosófico, pues lo que se busca es dar a conocer una visión integral de la FdL.

i. Geopolítica y Iusfilosofía

Para descubrir la ontología dominante —la cual se encuentra inserta en los modelos iusfilosóficos del Derecho— es necesario partir de la realidad geopolítica y ubicar nuestra concepción del universo, el hombre y las cosas. No es lo mismo nacer en New York que en Chiapas o en Londres que en Rio de Janeiro, no son las mismas aspiraciones que tiene un joven de la New York University que uno que acompaña a su padre a cortar el café en las espesas selvas chiapanecas. Se trata de tomar enserio el espacio. No es lo mismo nacer en el centro del sistema-mundo hegemónico que en la periferia.

ii. La ontología dominante del centro

Desde la periferia de la Magna Grecia, Parménides enunció el comienzo radical de la ontología que se convertiría en

fundamento de la dominación, el ser *es* y el no ser *no es*, el ser es griego y el no ser son los bárbaros que están más allá del Mediterráneo.

En la conquista de América la ontología dominadora del *ser* y *no ser* de la lógica univoca de la identidad, se manifestó con claridad al alienar la corporalidad de los nativos americanos, al negarlos como Otro, que no es más que distinto y análogo al español y son subsumidos a la totalidad dominadora como cosa, como instrumento, como oprimido, volviéndose extraños en su propia tierra, donde eran considerados seres bestiales, incultos y bárbaros —*el ser es: el español - europeo, el no ser es: lo bárbaro*— como lo demuestra el siguiente texto de Juan Ginés de Sepúlveda promotor del mito moderno:

Bien puedes comprender ¡oh Leopoldo!, si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra parte, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, las cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los prodigiosamente intemperantes a los continentes y templados y estoy por decir que de monos a hombres[...] Por muchas causas, pues, y muy graves, están obligados estos bárbaros a recibir el imperio de los españoles conforme a la ley de la naturaleza, y a ellos ha de serles todavía más provechoso que a los españoles, porque la virtud, la humanidad y la verdadera religión son más preciosos que el oro y que la plata (De la Torre, 2006, p.240)

Es entonces que la ontología —el tratado del ser— surge de una experiencia anterior de dominación sobre los otros hombres. *El yo conquisto es el fundamento práctico del yo pienso cartesiano*. Para Enrique Dussel, esta ontología dominadora será el fundamento de la modernidad, la cual, en unas conferencias dictadas en Frankfurt en 1992, la planteó y ubicó su origen a partir del descubrimiento de nuestra América, así, desde la

“temprana modernidad” se constituye el “mito moderno” y por consiguiente una ontología dominadora.

iii. La ontología de la periferia

Desde la periferia, los excluidos y oprimidos del sistema se empiezan a preguntar por las causas de su dominación, el por qué no pueden producir, desarrollar o reproducir sus vidas. Desde la negatividad de las víctimas —las formas de exclusión y opresión que el sistema les impone— surge la conciencia liberadora, desde esa realidad compleja surge la búsqueda del por qué.

Dussel (2011) “La filosofía no piensa la filosofía, la filosofía piensa lo no filosófico: *la realidad*” (p.15). Dussel entonces, parte del principio que la filosofía debe pensarse desde las víctimas que el sistema causa —desde la exterioridad de la modernidad— cuya realidad es una realidad compleja y propia de los países dominados por el centro³, por esto Dussel (2011) “sostiene que la verdadera filosofía ha surgido siempre desde la periferia, como necesidad de pensarse a sí misma ante el centro” (Ídem).

La filosofía de la periferia tendrá un fundamento distinto a las filosofías centrales, la primera encuentra en las segundas la lógica dominadora y justificadora de la dominación, mientras que las segundas, si bien se reproducen en los países periféricos por las elites intelectuales o los “mandarines del saber de Chomsky”⁴ o la doble conciencia criolla en las jóvenes naciones latinoamericanas, son fundamento del sistema —mundo vigente en las distintas totalidades que lo componen sea: económica, política, cultural o jurídica.

³ No se niegan a las víctimas que el sistema capital desde su totalidad cause en los países del centro, no obstante, en las periferias el impacto es mayor. Además, se quiere hacer notar la creación de una filosofía propia de la periferia, que parte de la negatividad del sistema y busca pensarse a sí misma ante el centro, cosa que el Eurocentrismo (centro) no hace, ya que no se piensa así mismo, solo se afirma así mismo.

⁴ Para Chomsky, “los mandarines” son aquellos que apoyan las ideas dominantes de Estados Unidos, e incluye en esta categoría tanto a estudiantes universitarios como a burócratas. Para el caso Latinoamericano se toma como las elites intelectuales, estudiantes universitarios, burócratas de los países periféricos que apoyan la ontología dominante.

Dussel así, plantea el camino desde el que partirá la FdL, la cual permitirá descubrir la lógica dominadora iusfilosófica del centro con base en las categorías de dicha filosofía, dándonos la posibilidad de postular una nueva fundamentación del Derecho y los Derechos Humanos.

iv. Proximidad y exterioridad

Salida de mí que llama al otro, al extraño. El encuentro sucede entre extraños, en caso contrario se trataría del parentesco. Todo pensamiento está subordinado a la relación ética, a lo infinitamente Otro en Otro, y a lo infinitamente Otro de lo que tengo nostalgia. Pensar al Otro muestra la irreductible inquietud por el Otro. El amor no es conciencia [...] (Drazul, 1996, p.281).

En esta primera reflexión, Lévinas señala en primera instancia el aproximarse al Otro como Otro —el Otro me interpela y se revela— y en segunda instancia, el reconocimiento del Otro como Otro y la responsabilidad que tengo hacia éste. Al primero Dussel lo denominará proximidad, mientras que al segundo se le denomina *alteridad*.

Para los griegos y el mundo europeo, la primera relación fue el ser humano con la naturaleza, sujeto -objeto, porque comprendieron al ser como luz o como cogito; en ambos casos el ámbito del mundo y lo político queda definido como lo visto, dominado, controlado. Por eso no es de extrañarse que Europa, “ha constituido a las otras culturas, mundos, personas como objeto: como lo “arrojado” (-jacere) “ante” (-ob) sus ojos” (Dussel, 1994, p.46). En cambio, Dussel propone que si se privilegia la relación ser humano – ser humano, podremos iniciar un discurso filosófico de otro origen (de origen semita). Para Dussel, aproximarse no es ir hacia cualquier ente para tomarlo, comprarlo o incluso venderlo —a esto le denomina proxemia— sino que es aproximarse a la proximidad, es decir, acortar distancia que es ya una praxis, es un obrar hacia el Otro como Otro.

Dussel establece distintas proximidades (Dussel, 2011):

Proximidad originaria: Es la proximidad primera, debido a que el ser humano no nace en la naturaleza, nace del útero materno y es recibido en sus brazos, por eso nace en alguien y no en algo, se alimenta de alguien y no de algo.

Proximidad histórica: El nacimiento de hijo o hija se produce dentro de una totalidad simbólica de signos culturales y lingüísticos de su historia, de la que va aprendiendo el recién llegado conforme el tiempo y dentro de la cual desplegará su mundo de sentido y lenguaje. Esta proximidad se realiza en tres maneras: la política (entre la asamblea de hermanos), la pedagógica (entre generaciones, p. ej. el acto de mamar) y la erótica (entre los amantes).

Proximidad metafísica o escatológica: Ante la equivocidad de la proximidad histórica—en sus tres maneras—ya que esta no es siempre un encuentro autentico con el Otro, sino con su mismidad, se propone la proximidad meta-física la cual se cumple inequívocamente ante el rostro del oprimido, del pobre, del que clama justicia, provoca a la libertad, invoca responsabilidad.

En cambio, la exterioridad, ligada a la proximidad, puede ser definida como el ámbito desde donde el Otro ser humano, como libre e incondicionado a mi sistema y que no es parte de mi mundo, se revela. Dussel piensa al Otro como originariamente lo piensa el filósofo lituano Emmanuel Lévinas. Solo que para Dussel el Otro de Lévinas cae en lo equivoco y él pondrá al inequívocamente Otro.⁵ Lévinas entonces, propone pensar al Otro de la forma siguiente:

El Otro no es Otro con una alteridad relativa como, en una comparación, las especies, aunque sean últimas, se excluyen recíprocamente, pero se sitúan en la comunidad

⁵ Lévinas habla siempre del Otro como “absolutamente Otro”, tiende entonces hacia la equivocidad. Por otra parte, nunca ha pensado que el Otro pudiera ser el indio, un africano, un asiático. El otro, para nosotros, es América Latina con respecto a la totalidad europea; es el pueblo pobre y oprimido latinoamericano con respecto a las oligarquías dominadoras y sin embargo dependientes (Cfr. De la Torre, 2001, p.89).

de un género, se excluyen por su definición [...] La alteridad del Otro no depende de una cualidad que lo distinguiría del yo [...] Y sin embargo, el Otro no niega pura y simplemente el Yo: la negación total, cuyo intento y tentación es el asesinato, remite a una relación previa [...] El Otro permanece infinitamente trascendente, infinitamente extranjero, pero su rostro, en el que se produce su epifanía y que me llama, rompe con el mundo que puede sernos común[...] (Lévinas, 2002, pp. 207-208).

En Dussel, la exterioridad al igual que Lévinas, es permanecer infinitamente trascendente al Otro, es una metáfora espacial, el ser humano en cualquier sistema —mundo del Otro es siempre trascendental, está más allá del ser, más allá de la comprensión de mi mundo, porque yo no tengo la totalidad de las experiencias del mundo del Otro, sería imposible, por eso es infinitamente extranjero. El Otro es la alteridad de todo sistema posible, más allá de lo “mismo” que la totalidad es. Pero cuando el Otro me interpela, cuando nos reclama ¡una ayuda por favor! O ¡tengo hambre; déme de comer! Surge entonces en nosotros una responsabilidad por el Otro. Esta responsabilidad por el Otro en Dussel será la razón ético-pre-originaria, pero no desde el sujeto equivoco de Lévinas sino desde el sujeto inequívoco de Dussel, que es el Otro como Otro, pero reconocido como víctima, como oprimido o excluido por el sistema.

Concluimos estas categorías, señalando que Dussel afirma que la proximidad es la raíz de la praxis y desde donde parte la responsabilidad por el Otro y en concreto por el Otro que es víctima del sistema de la totalidad vigente. Es entonces que, si se piensa al discurso iusfilosófico desde el Otro, que es exterior a mí y al sistema, permitirá afirmar la vida y ubicarlo desde un locus material histórico concreto, para dar paso a la praxis de liberación mediante los Derechos Humanos.

v. Totalidad, mundo y cosmos

Frente a la proximidad siempre se dejará lugar a la lejanía —el adiós del bien amado que promete volver tras acabar

su jornada laboral— es entonces cuando el ser humano se enfrenta a los entes, las cosas y objetos. No obstante, éstos no aparecen en el mundo de forma caótica, desordenada, sino en sistema, en una totalidad que los abarca y comprende, teniendo un lugar en el orden, una función en el todo. El ser humano siempre se encuentra en una totalidad y de la cual no puede escapar: económica, política, social, jurídica, etc., De la totalidad comprendida como tal se encargará lo ontológico, en este caso Dussel señala que el ser de la totalidad en la que vivimos tiene como fundamento *el valor que se valoriza*, es el capital.

Todas las cosas, entes y objetos forman parte de un mundo. Y no referimos por mundo —en el sentido heideggeriano— al horizonte cotidiano dentro del cual vivimos. Para Dussel, el mundo es una totalidad instrumental de entes con sentido. El mundo se va desplegando lentamente al momento de nuestra concepción, nosotros nacemos dentro de un sistema- mundo, dentro de una totalidad. Por esto, el “yo pienso” no es el acto primero en el mundo sino es estar en el mundo. Todo mundo es una totalidad, es la totalidad de totalidades, la totalidad fundamental.

En cambio, *cosmos*, es la totalidad de las cosas reales- como la materia elemental, corporal y viviente (biológica)— lo real constituido *de suyo*, conocidas o no por el ser humano—. Una parte del cosmos lo incorporo a mi mundo y le doy sentido a esa realidad, la realidad que está ahí de suyo sin importar mi existencia. Conforme la evolución histórica del conocimiento, como seres humanos vamos desarrollando mejores mediaciones que nos permiten ir conociendo mejor al cosmos, ir incorporando a lo real de la naturaleza como mediación para la vida. El mundo, entonces, es la totalidad de sentido comprendida por el horizonte fundamental. Es la totalidad de los entes reales, posibles e imaginarios.

A la realidad que está ahí, el ser humano la incorpora a su mundo y le da un sentido. Éste comprende o abarca al mundo como totalidad. Dussel entiende por comprensión “el habérselas del ser humano con el mundo como totalidad” (De la Torre, 2006, p. 246); se trataría de un acto por el que aprende, no algo

como todo, sino que comprende o aprende algo hasta abarcar y constituir el todo del mundo. La comprensión es fundamental y al mismo tiempo cotidiana, en cambio la interpretación constituye el sentido.⁶

vi. Mediaciones

Como habíamos mencionado en el anterior punto, la totalidad del mundo, como horizonte dentro del cual vivimos —siempre estamos dentro de una totalidad— se compone de entes, objetos o cosas, las cuales son las posibilidades de nuestra existencia, son los medios para el fin que el fundamento del mundo constituye. Por ejemplo, el ser humano desde sus inicios transformó la naturaleza de su entorno inmediato como mediación para su vida y por lo cual desarrolló herramientas que le permitieron facilitar esta transformación. Hasta aquí, se nos muestra algo fundamental, el mantenimiento de la vida del ser humano, la vida como producción, desarrollo y reproducción serán el fundamento ético material universal de toda mediación, inclusive para el Derecho y los Derechos Humanos.

En Dussel, las mediaciones no son otra cosa que aquello que empuñamos para alcanzar el objetivo final de la acción y posibilitan el acercarse a la inmediatez —la proximidad cara-cara con el Otro— y permanecer en ella.

El fundamento del mundo dentro de la totalidad vigente es el *valor que se valoriza* como sistema capital. El sistema capital ha invertido la naturaleza de las mediaciones, obstaculizando la producción, desarrollo y reproducción de la vida del ser humano, porque la vida del ser humano pasó de ser el fundamento del sistema que utiliza una serie de mediaciones para poder conservarla y reproducirla, a ser una mediación cuyo fin es la obtención del valor a partir de la nada.

⁶ Para Dussel, no se conoce del todo el sentido de ningún ente o parte si no se le describe dentro de la totalidad del sentido, dentro de un mundo o un sistema cotidiano. Conocerlo permite explicar todo comportamiento parcial, singular, de cada miembro, sujeto o “yo” particular, dentro del sistema de sistemas.

Es importante encontrar la semejanza existente de la categoría de las mediaciones con el mundo jurídico. Las mediaciones jurídicas son todos aquellos instrumentos legales que nos permiten la aplicación de lo que consideramos como justo. Son todos los códigos, leyes y constituciones, pero además instituciones cuyo fundamento es mantener el orden vigente del derecho. No obstante, el fundamento actual del derecho ha sido subsumido por el sistema capital, reduciendo las mediaciones a una lógica de la razón instrumental medio- fin Weberiana.⁷ El derecho ha quedado sujeto a la lógica de la maximización de la ganancia— eficiencia y eficacia— es por esto, que se encuentra subordinado a la lógica económica del capital, por consiguiente todos los derechos de carácter redistributivos donde el Estado busca brindar las mediaciones necesarias para que las condiciones de vida sean posibles para todos sus habitantes —salud, vivienda, educación y un medio ambiente sano y propicio para el desarrollo de la vida— son inaplicables, “son costosos” por ende ineficientes.

El derecho entonces debe de partir desde otro fundamento, el de la preservación, desarrollo y reproducción de vida de los pueblos, y desarrollar las mediaciones necesarias con la finalidad que se aplique la juridificación de contenido material que asegure la reproducción de vida. ¡Cual importante! entonces son las mediaciones del mundo jurídico actual, porque seguimos reproduciendo la obstaculización de la vida de los pueblos, es decir, contribuimos a seguir causando víctimas.

⁷ David Sánchez Rubio nos explica esto de la siguiente manera: “el concepto de la acción racional concibe a la acción como lineal, como una simple articulación secuencial de medios y fines. La relación más racional se define en virtud del menor número de medios empleados para lograr fines determinados: La eficiencia, en cambio, se refiere al juicio de costos de los medios utilizados. Se cuantifica monetariamente, se mide en precios. La relación medio-fin se transforma en la relación costos de producción-precio del producto. El mercado se convierte en el foro de lucha por la competencia y es la instancia donde se decide lo que es o no es eficiente y lo que hay que producir o no. La competitividad y la eficiencia se transforman en los valores supremos que deciden sobre la validez del resto de los valores” (Sánchez Rubio, 1999, pp. 193-194)

vii. Subsunción

La subsunción es negar la alteridad del Otro y tomarlo desde su exterioridad —que debo respetar— para incorporarlo a mi totalidad (subsumirlo) como mediación. El Otro deja de ser Otro y es subsumido en “lo mismo”, pasando a ser un “ente” al que puedo dominar o explotar. Esto trae consigo una lógica dialéctica, de la identidad y diferencia. La totalización de la exterioridad es la expansión dialéctica-dominadora de lo “mismo”, que “asesina” al Otro y lo totaliza en lo “mismo”, es decir, lo subsume en lo “mismo” que es la identidad del sistema. La afirmación de lo “mismo” es negar la alteridad y aniquilar al Otro quitándole su exterioridad, es como dice Marx la “fetichización del sistema”.

Dussel, distingue en los manuscritos de Marx del 63-65, dos momentos de la subsunción los cuales se complementan y ayudan a comprender la *totalización de la exterioridad* que el sistema capital hace al subsumirnos. Cuando el indígena, por ejemplo, sin nada más que su propia corporalidad viaja a la ciudad en búsqueda de trabajo para que él y su familia puedan “seguir viviendo” y se incorpora en una fábrica como obrero a cambio de un salario, se da lugar a la *totalización de la exterioridad* de la subjetividad del trabajador, *negación originaria de la víctima del capital* como incorporación de su exterioridad del trabajo vivo a la totalidad del capital (subsunción). Para Dussel, la *subsunción real*, indica el momento ético por excelencia de alienación. No obstante, para que el sujeto vivo sea subsumido completamente (subsunción real) pasa por dos momentos: la *subsunción formal* y la *subsunción material*.

En la primera, la subsunción formal, Dussel la cita de Marx de la forma siguiente:

Esta subsunción formal (formelle Subsumiren) del proceso del trabajo debajo de sí [del capital], el tomarlo bajo su control, consiste en que el trabajador en tanto trabajador termina estando bajo la vigilancia y el comando del capital, del capitalista (Dussel, 1998, p.322)

En este caso, la totalidad del capital controla al asalariado por medio de la división social del trabajo, sin embargo, el trabajador es todavía dueño del proceso del trabajo como especialista insustituible, es un obrero calificado con conocimiento de la técnica.

La segunda, la subsunción material:

No se modifica aquí solo, entonces, la relación formal (la subsunción formal), sino el proceso del trabajo mismo. Por una parte, el modo de producción capitalista -que ahora se manifiesta como un modo de producción sui generis- crea una figura modificada de la producción material (materiellen). Por otra parte, conforma esa modificación de la figura material, la base del desarrollo de las relaciones del capital. (*Ibidem*, pp.322-323)

En este caso, el obrero que fue subsumido a la totalidad del capital se le despoja del proceso del trabajo mismo gracias a la máquina y el trabajador queda bajo el control total del capitalista. La máquina es la productora del proceso productivo.

Siguiendo en la misma línea, Dussel concluye:

Subsumido el trabajo vivo en el capital formalmente -en cuanto produce plusvalor- y materialmente -en cuanto la máquina es la que dirige el proceso productivo-, el trabajador se encuentra totalmente dominado por el capital, y solo en este caso puede hablarse de «subsunción real». (*Ibidem*, p. 323)

viii. La subsunción en lo jurídico...

Bajo la lógica dialéctica, que se vuelve dominadora y aniquiladora de la exterioridad, al considerar al Otro distinto de la identidad que pone en peligro a la “mismidad” del sistema, la totalidad jurídica es subsumida por ésta y por ende se vuelve legitimadora de la dominación, haciéndola legal para la totalidad de todos los habitantes de un territorio. Frente a quien cuestiona la legitimidad de la ley, cuestiona también a la identidad de la totalidad, por ende, debe de ser aniquilado para la

preservación del orden en la sociedad. ¿Pero qué pasa cuando la ley es injusta porque obstaculiza la producción, desarrollo y reproducción de la vida? Surge el “Mesías” de Walter Benjamín, aquel que pone en cuestión a la ontología dominadora y se origina en él/ella la conciencia crítica, como Bartolomé de las Casas que por la defensa del indio cuestionó la totalidad jurídica vigente y pensó a los Derechos Humanos desde la exterioridad.

Pensemos en dos ejemplos, el primero, respecto de la conquista producida en la “temprana modernidad”. Concretada la invasión y conquista de América—el cual fue un proceso militar, práctico, violento que incluyó dialécticamente al Otro como lo “mismo” negándolo como tal—el nativo americano es obligado y subsumido a la totalidad dominadora bajo la encomienda, transformándolo en instrumento de trabajo, un esclavo. Bajo esta lógica, se da el surgimiento de la juridicidad de la nueva España como mediación para la distribución de la fuerza de trabajo proveniente de la mano de obra indígena, surgiendo así las primeras ordenanzas para el tratamiento de los indios, conocidas como “las leyes de burgos”.

El segundo ejemplo es actual y cotidiano, pensemos en un contrato laboral celebrado entre el trabajador el cual no tiene más que su corporalidad desnuda frente al capital, y el patrón, que al contratarlo negará la corporalidad del trabajador subsumiéndole en una totalidad aniquiladora de la alteridad, dando entonces paso a la inversión, es decir, “la fuente creadora de valor (persona digna y que pone los fines) queda fundada en su producto (como su mediación)” (*Ibidem*, p.322). Dicho contrato es éticamente perverso, porque niega la vida del trabajador y lo subsume en un sistema que obstaculiza, el desarrollo, producción y reproducción de su vida.

Concluimos, coincidiendo con el profesor de la Torre Rangel, cuando señala que, para el sistema totalizado, “la justicia no es sino la habilidad de dar al poderoso lo arrebatado al débil bajo la apariencia legal” (De la Torre, 2001, p.94), como diría el propio Dussel: *la legalidad de la injusticia*.

Para el buen ético del centro que era Kant, la legalidad era la concordia objetiva del acto con la ley, y su moralidad el querer cumplir la ley por deber [...] ¿Qué son los valores de un Scheler, y sus jerarquías, sino mediaciones de un proyecto occidental que les fundaba...? [...] Las éticas de la ley, de la virtud, de los valores, del fin (sea télos, finis o constitución nacional Kelseniana, es decir, teológicos o positivos), son éticos encubridores de su propio mundo y sistema (Ídem).

ix. Liberación

Comenzaremos el desarrollo de esta categoría por distinguir entre *liberación* y *emancipación*, ya que al escucharlas podemos caer en una confusión. Además, que al distinguirlas daremos ya un primer esbozo de lo que es *liberación*.

Siguiendo a Negri (Boltvinik, 2014), *la emancipación* es la lucha por la libertad de la identidad, libertad que verdaderamente ya *eres*, por ejemplo, se emancipa el hijo para ser como su padre: para llegar a ser lo que ya fue. Mientras que la *liberación*, apunta a la autodeterminación y autotransformación: la libertad de determinar lo que nunca fuiste y puedes devenir, se libera al esclavo: para ser libre en un mundo nuevo en que nunca estuvo.

Entonces la liberación, es la afirmación primera de la vida desde el sujeto histórico de la praxis de liberación⁸ —surgimiento de la conciencia liberadora (momento analéctico)— *que niega la negación*⁹ que el sistema le hace poniéndolo en cuestión —la totalización de su exterioridad— anunciando la novedad de un

⁸ Para Dussel el *sujeto histórico de la praxis de liberación* es el sujeto vivo, necesitado, natural, y por ello cultural, en último término la víctima, la comunidad de las víctimas y los a ella co-responsablemente articulados.

⁹ Para Hegel, la fuerza de la dialéctica es negar la negación, por ejemplo: el esclavo es un ser humano negado, negar esa negación es liberarse. No obstante, para la analéctica, siguiendo el ejemplo, se pregunta ¿Por qué niego la negación? Porque dejo de querer ser esclavo ya que quiero ser libre. Ahí se encuentra el origen primitivo de la primera negación, está la afirmación del yo como libre, es el momento analéctico.

nuevo sistema como redefinición del anterior y que afirme el desarrollo, producción y reproducción de la vida, iniciándose así el proceso de su liberación que al principio es utopía pero después se va constituyendo en el nuevo sistema.

Por ejemplo, el esclavo, primeramente, afirma su vida al descubrirse como libre y niega la negación que el sistema le hace por aniquilar su exterioridad y subsumirlo como mediación de un proyecto. Surge en él una conciencia liberadora porque se da cuenta de la negatividad del sistema y se empieza a preguntar sobre las causas que originan dicha negatividad. Se reconoce en los Otros que también son víctimas del sistema, en este caso a los Otros esclavos, llegando éstos a un consenso sobre su negatividad frente al sistema, su afirmación de vida y las posibles vías de liberación —la praxis de liberación— a este consenso se le conoce como *consenso critico de las víctimas*. Dentro de las posibles vías de liberación se introduce la novedad de un nuevo sistema, que redefine al existente afirmando el desarrollo, reproducción y producción de la vida de su comunidad. Los esclavos entonces introducen la utopía de un mundo donde serán libres, algo que nunca han sido, pero en el mundo nuevo lo serán, es un proyecto futuro, distante, pero posible conforme se vayan haciendo las mediaciones necesarias para alcanzarlo.¹⁰

¹⁰ Hasta aquí cabe señalar lo siguiente:

1. En la liberación se encuentra contenida la praxis para llevarla a cabo, es la acción de la liberación, es decir, la praxis de liberación. Entendemos por esta a *la acción posible que transforma la realidad (subjetiva o social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctimas*.

2. En el ejemplo anterior, se describió a grosso modo lo que implica la liberación. Desde la afirmación de la vida como acción primera y enseguida el negar la negación del sistema, hasta el inicio del proceso de liberación por medio de la praxis de liberación cuyo resultado será el nuevo sistema o totalidad segunda. Entre *la totalidad primera* que es la totalidad dominadora y *la totalidad segunda* que es el nuevo sistema, se encuentra el “*momento del pasaje*”, de ahí es donde se irán desplegando las mediaciones necesarias para construir el mundo deseado.

3. Se reconoce que en el ejemplo dado en este punto faltan aún algunos momentos de carácter ético para entender con mayor precisión la categoría de liberación y su praxis, no obstante, se han descrito los momentos claves que nos permitirán tener un panorama

En Dussel, la liberación no es una acción fenoménica intransistémica, puesto que más allá de la fenomenología se abre paso la epifanía, la cual que es la revelación del Otro por su rostro:

La liberación es la praxis que subvierte el orden fenomenológico y lo perfora hacia una trascendencia meta-física que es la crítica total a lo establecido, fijado, normalizado, cristalizado, muerto (Dussel, 2011, p.76).

El hombre que se encuentra totalizado, es decir, que cumple con el proyecto del sistema, sus normas o leyes, puede tener conciencia moral, que es la aplicación a una decisión concreta de principios vigentes del sistema. En cambio, la conciencia ética, es la capacidad que se tiene de escuchar la voz del Otro, se constituye desde la exterioridad del Otro y desde la alteridad pone en cuestión lo que vive el Otro.

De la Torre Rangel señala que, “la protesta justa del Otro pone en cuestión los principios morales del sistema. Y sólo aquel que tiene conciencia ética puede aceptar la puesta en cuestión a partir del criterio absoluto: el Otro como Otro en la justicia” (De la Torre, 2001, p.96). Estas actitudes de liberación reafirman “la vocación de dignidad del individuo como persona humana y que se trabaje en transformar las condiciones que la oprimen y en hacer que pueda dignamente comer su pan” (*Ibidem*, p.97).

x. Lo jurídico y la liberación...

Frente a la lógica de la identidad, la llamada lógica de la modernidad, que sirve como fundamento para la dialéctica, se

aceptable del tema, conforme vayamos avanzando en el texto se ira clarificando mejor esta categoría.

4. Partir de una afirmación primera como *el esclavo se reconoce como libre y poseedor de su exterioridad frente al sistema*, y después negar la negación del sistema, *negar la aniquilación que le hacen a su exterioridad*, es un momento analéctico, es decir, a la dialéctica se le incorporó la analogía. La analéctica o ana-dialéctica es un término que indica el hecho de que todo ser humano, grupo o pueblo se encuentra más allá del horizonte de la totalidad.

opone la lógica analéctica, la lógica de la liberación. La primera se lleva a cabo cuando el particular cumple con lo universal, mientras que la segunda se opone a la universalidad unívoca y parte de encontrar la semejanza a partir de la distinción. En la primera lo distinto lo aniquila o lo subsume a su mismidad, es el no ser del sistema, en la segunda, parte del respeto de la exterioridad del Otro y se reconoce como análogo al Otro. En este sentido, en la totalidad jurídica se considera como acto bueno cuando el sujeto (particular) cumple con la ley (universal) y la ley se utiliza como mediación para el mantenimiento del orden vigente. Al aplicar la ley (mediación) al sujeto, se considera como justicia. Como la totalidad es dominadora y totalizadora de la exterioridad la ley también lo es, puesto que es parte de esa totalidad y fue subsumida por ella. “Hay un orden de la totalidad que se totaliza alienando al Otro y en este caso la ley y la praxis son dominadoras, es un orden injusto” (Dussel, 1973, p.66).

Los Derechos Humanos en la actualidad sirven como mediación para el mantenimiento del orden vigente del sistema-mundo hegemónico cuya totalidad es el capitalismo, frente a ello, se hace necesario pensarlos desde el inequívocamente Otro, partiendo desde la exterioridad y respetando su alteridad. Pero para poder utilizar a los Derechos Humanos como praxis de liberación, se requiere la lógica analéctica y la comprensión de la materialidad en la historia, esto nos permitirá, primero afirmar la vida de las víctimas desde un sujeto histórico material concreto y segundo que todo Derecho Humano este fundado en el principio ético material universal. Así realmente los Derechos Humanos pueden servir como armas de liberación de los pueblos, aspectos que se abordarán más adelante.

3. El método es analéctico en sentido crítico

Líneas arriba, habíamos abordado a grosso modo al método analéctico. Dicho método, es propuesto por Enrique Dussel y en parte por Scannone, como un método para la FdL frente a

la lógica unívoca de la modernidad. El método en cuestión es una fusión de la dialéctica y la analogía en un sentido crítico, y alternativo a la lógica unívoca de la modernidad, por consiguiente, iniciaremos por un breve bosquejo de lo que es la lógica unívoca moderna, enseguida de la dialéctica y su distinción con la analéctica, después haremos referencia a la analogía distinguiéndole del método propuesto por Dussel.

a) Identidad y diferencia. La lógica unívoca de la modernidad

Partamos de lo siguiente: la identidad es lo mismo que el fundamento, por lo tanto, la identidad es el ser de un sistema el cual explica a la totalidad. Dentro de la identidad existe la diferencia. La diferencia tiene como referencia una identidad específica que es lo común dentro del todo —por eso se dice que los entes guardan dependencia respecto a la identidad— pero en comparación con otro singular es diferente, es decir, respecto a los otros entes es negativo, uno no es el otro, son diferentes. Por ejemplo, en una mesa tenemos una botella (a) y otra botella (b) —ambos son entes, puesto que estamos al nivel óntico— (a) respecto a (b) son diferentes, ya que (a) es negativo a (b), una botella no es la otra botella. (a) y (b) son dependientes respecto a (A) que es la identidad. (A) es el ser —aquí nos ubicamos a un nivel ontológico- el cual nos marca lo que la botella es.

Esta identidad predicada (A) puede en su desarrollo interpretarse de una manera y representar así un concepto (botella) —que es lo común dentro del todo— así, lo que contradice a este concepto interpretado es considerado como falso. Si se expresa el concepto interpretado por medio de una palabra —en este caso botella— tenemos así la univocidad monosémica del nombre.

Dejando a un lado lo anterior, la lógica dominadora de la identidad en su desarrollo práctico consiste en que, si una subjetividad emergente que juzga la expresión de la verdad unívoca de un sujeto que la tiene como la única y verdadera y

además tiene el poder práctico, ético y político de imponer su interpretación monosémica al resto de los interlocutores y negar así las interpretaciones opuestas a la suya, la univocidad puede justificar en pasar a la eliminación también física del oponente.

Tomando el ejemplo del profesor Dussel, pensemos en el Estado Islámico, cuando un varón nace se le asigna el género previsto para él, lo mismo pasa con la mujer, ¿Qué sucede si el varón o la mujer deciden no acatar el género previsto para éstos? les niegan toda posibilidad de posibilidades, es decir, la muerte. Vemos entonces, un ejemplo del desarrollo práctico de la lógica unívoca que se torna dominadora. Otro ejemplo, es el criterio civilizador europeo, lo que es bárbaro y por ende incivilizado debe ser eliminado o en el mejor de los casos subsumido dentro de la totalidad hegemónica. Si un país cuestiona la ideología del centro— Venezuela, Argentina, Bolivia, Brasil— por consiguiente, cuestionan a la verdad unívoca, la cual consiste en la reproducción del sistema capital dentro de una democracia de corte liberal desarrollada en un Estado moderno, son atacados como antidemocráticos y violadores de los Derechos Humanos y buscan ser subsumidos a la totalidad hegemónica por el “bien del sistema”, por ejemplo, mediante golpes “democráticos” de Estado.

b) Método dialéctico y la irrupción analéctica

El método dialéctico es el camino que la totalidad realiza en ella misma desde los entes- nivel óntico — al fundamento- nivel ontológico— y desde el fundamento a los entes. Su principio es el de la identidad y diferencia. “La dialéctica entonces es la expansión dominadora de la totalidad desde sí: el pasaje de la potencia al acto de lo mismo” (Dussel, 1974, p.182), lo que es diferente a la identidad debe de ser subsumido por la totalidad. Esto da lugar al que el ser de la totalidad vigente justifique la opresión y la exclusión del Otro.

En cambio, el método analéctico, parte desde el Otro como libre, como un más allá de la totalidad. Su principio es el de la

distinción y semejanza — desde la analogía en una relación alterativa antropológica. El método analéctico es entonces “el pasaje al justo crecimiento de la totalidad desde el Otro y para servirle al Otro creativamente” (Ídem). Ya no se tratará de un Otro que es como la dialéctica, una forma diferente de predicar el ser de la totalidad, sino un Otro que es, simplemente un Otro libre cuya presencia, en consecuencia, es profundamente crítica y potencialmente transgresora de la totalidad hegemónica.

Por ejemplo, la existencia del pobre o del indígena, pensada desde la dialéctica ontológica, solo puede explicarse como parte de una totalidad a la que no han sido capaces de integrarse adecuadamente, son diferentes de la clase dominante y el sistema da por natural la existencia de ellos. En cambio, desde el método analéctico los rostros de ambos aparecen ajenos a esa totalidad, pues poseen una especificidad radical, que, como tal, no pueden hacer más que poner en cuestión al sistema que los excluye e introducir la novedad para crear una totalidad radicalmente nueva.

Es por esto, que el movimiento dialectico conquista, domina, se expande, mientras que el método analéctico funda, crea, transforma desde la exterioridad vista como alteridad interpelante. El método analéctico implica un compromiso abierto e inmediato a favor de aquel que con su palabra o con el gesto significativo nos interpela y llama a asumir el compromiso ético que permita ser Otro al Otro, por lo tanto, la analéctica es intrínsecamente ética, *es saber oír al Otro*.

Ese *saber oír*, deviene necesariamente en un *saber interpretar*, mismo que no se reduce a una mera contemplación teórica sobre el Otro como víctima, pobre o excluido, sino que significa la irrupción de una praxis de liberación que, como tal, trata de modificar las condiciones generales de la opresión, es también un *saber servir*.

Concluimos, señalando que la dialéctica pretende pensar la exterioridad desde una totalidad hegemónica que, por partir de una idea del ser diferente, es incapaz de dimensionar adecuadamente la absoluta novedad que significa la interpelación del

Otro. La analéctica, pues, nos permite pensar al Otro desde su opresión y exclusión e iniciar el pasaje de su proceso de liberación –cuyas mediaciones estarán orientadas en la reproducción, desarrollo y producción de la vida– por eso el método analéctico es un saber escuchar, saber interpretar y saber servir.

c) El método es analógico y dialéctico: distinción con la analogía de beuchot

Decíamos que el método analéctico o anadialéctico crítico es una fusión del método analógico y dialéctico, es decir, hay una incorporación de la dialéctica a la analogía con un enfoque crítico, siempre pensado desde el Otro como víctima del sistema. Lo dialéctico está en la analogía, al momento del enriquecimiento del distinto a mí que incorporo en mí y subsumo valores del Otro. Y es analéctico porque cada distinción le agrega novedad que antes no se tenía.

Para Dussel, entonces, la analéctica es romper con la dialéctica hegeliana que se cierra en sí misma, para abrirla hacia la exterioridad, hacia el Otro, hacia el infinito y pasar a una totalidad abierta a la otredad. Es analéctico y crítico, porque parte del reconocimiento del Otro, pero como víctima de la totalidad, afirmando primeramente que es un ser libre para después negar la negación que el sistema le hace.

Se distingue de la analogía de Beuchot, porque si bien puede partir del Otro no lo hace desde la afirmación de vida de las víctimas de un sistema que permiten la introducción de la novedad a éste, es decir, en el momento del pasaje de una totalidad a otra, como es propio del método anadialéctico. Además, Dussel agrega a la analogía un analogado crítico principal que no es el analogado principal— respecto a la analogía de atribución o proporcionalidad¹¹— pero el cual pone en cuestión

¹¹ La analogía de atribución atribuye determinada forma o cualidad a un ser, que la tiene de manera propia y sobresaliente, y a otros seres que la tienen con dependencia respecto del anterior. Es intrínseca la analogía cuando tanto el analogado principal como los analogados secundarios tienen realmente la forma o perfección atribuida. Por el contrario, en la analogía

el significado de los otros analogados y les da contenido: la vida. De ahí que lo denominemos a partir de ahora *método anadialéctico crítico*.

4. La FdL y el método anadialéctico crítico en los Derechos Humanos

Como vimos, durante el desarrollo del marco categorial de la FdL, así como su método, realizan aportaciones significativas a los modelos iusfilosóficos del Derecho y al sentido de los Derechos Humanos. Además de las aportaciones ya hechas —en el transcurso del texto— destacamos dos:

Una Ética de la Alteridad, debido a que el ser humano es un ser intersubjetivo y por consiguiente comunitario, es así que el derecho subjetivo o facultad, en cuanto que derecho humano fundamental, originario, está en el Otro en cuanto es alguien, una corporalidad viviente, exterior a todo sistema; y lo justo objetivo se cumple dando al Otro su derecho, la cosa o conducta que se les debe, es decir, dando al Otro todo derecho que posibilite su vida o la vida material del pueblo.

Un concepto integral de praxis de liberación, pues decimos que los Derechos Humanos son praxis de liberación, ya que el modo concreto histórico último en que se manifiesta ineludiblemente la vida de los pueblos es realizando acciones, es decir mediante la praxis, y esa praxis, es praxis de liberación porque se asume un proceso de transformación que busca concretizar la libertad creando las condiciones materiales y objetivas que posibiliten subvertir toda praxis biosida, introduciendo así la novedad histórica al sistema-mundo hegemónico. Es por esto,

de atribución extrínseca la forma de perfección se da realmente sólo en el analogado principal, pero no en los secundarios, que reciben la misma denominación verbal porque tiene que ver o se relacionan de alguna manera con el analogado principal. Mientras que la *analogía de proporcionalidad*, para Beuchot esta es la más perfecta y principal, porque se hace según la causa formal intrínseca. En esta los analogados se unifican porque proporcionalmente significa lo mismo. Pero solo proporcionalmente. Es una semejanza de relaciones no tanto de cosas. (Cfr. De la Torre Rangel, 2007, pp.26-28).

que la lucha por los Derechos Humanos debe consistir no sólo en la juridificación de las necesidades de vida, sino en la posibilitación de nuevas condiciones materiales que permitan reproducir y desarrollar la vida para las futuras generaciones, pues de lo contrario, no puede hablarse de vida humana, ni menos aún de vida humana digna.

En cambio, el método anadialéctico a porta un método *crítico al Derecho y de los Derechos Humanos*, porque si queremos ajustarnos al entendimiento de la realidad, tenemos que tomar la aplicación del principio de imposibilidad de Dussel, el cual afirma que la víctima es inevitable en cualquier norma, acto, institución, o sistema de eticidad, ya que todo sistema nunca podrá ser perfecto ni en su vigencia ni en sus consecuencias. Por eso la norma, acto o institución, son criticables. Pensar al Derecho y a los Derechos Humanos siempre desde las víctimas, permite enderezar a todo aquello que limita la vida humana, o lo que no permite una vida humana en condiciones dignas, evitando la “totalización del sistema”, es decir, será una totalidad abierta al Otro. Cuando aparece la acción de las víctimas por la vida y la vida digna, comienza nuevamente el proceso de liberación.

En ese sentido, el método anadialéctico crítico da lugar a *la verificación de la realidad material de las víctimas* (criterio ético material negativo), pues la verificación del Derecho y sobre todo de los Derechos Humanos, debe realizarse no desde los discursos y textos legales, sino desde las prácticas reales de los pueblos, lo cual permite apreciar la falsedad o verdad del sistema, de ahí que el propio Ellacuría afirme que “mientras haya pobres, la liberación vendrá de los pobres” (Senent, 2012, p.139), de los negados materialmente por el sistema (*Un pensamiento anadialéctico crítico de los Derechos Humanos*).

Bibliografía

Beorlegui, Carlos, (2004). Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incesante de la identidad. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

- Boltvinik, Julio, “Enrique Dussel: origen de la filosofía de la liberación y relectura de Marx. Critico la delimitación de tal relectura apoyándome en György Márkus”, en *la Jornada*, <http://www.jornada.unam.mx/2014/09/05/opinion/030o1eco>. Consulta: 1 de abril de 2016. (Letras cursivas son mías).
- Cerutti Guldberg, Horacio (1989). “Situación y perspectivas de la filosofía de la liberación latinoamericana”, *Concordia* n1 15, pp. 65-83
- Cerutti Guldberg, Horacio, (2006). *Filosofía de la liberación latinoamericana*, México, FCE.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio, (2001). *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México, Porrúa.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio, (2006). *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, CEDHSLP.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio, (2006). *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa.
- Drazul, Alberto (1996), “La proximidad del otro (entrevista con Emmanuel Lévinas)” en *Nombres. Revista de Filosofía*, núm. 8-9, Córdoba, noviembre.
- Dussel E. y Mendieta, C. (coords) (2010). *El pensamiento filosófico latinoamericano, del caribe y latino (1300-2000)*, México, Siglo XXI.
- Dussel, Enrique, (1973). *Para una ética de la liberación latinoamericana*. Tomo II, Buenos Aires, siglo XXI.
- Dussel, Enrique, (1974). *Método para una filosofía de la liberación*, España, Sígueme, 1974.
- Dussel, Enrique, (1994). *El encubrimiento del indio: 1492. Hacia el origen del mito de la modernidad*, México, Cambio XXI.
- Dussel, Enrique, (1998). *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta.
- Dussel, Enrique, (2011). *Filosofía de la Liberación*, México, FCE.
- Dussel, Enrique, (2016). *14 tesis de ética. Hacia la esencia del pensamiento crítico*, Madrid, Trotta.
- Dussel, Enrique, (2017). *En búsqueda del sentido*, México, Colofón.
- Lévinas, Emmanuel, (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Ediciones Sígueme

- Salazar Bondy, Augusto (1968) *¿Existe una filosofía en nuestra América?*, México: Siglo XXI.
- Sánchez Rubio David. (1999). *Filosofía, Derecho, Liberación en América Latina*, Bilbao, Palimpsesto, Desclée de Brouwer.
- Scannone, Juan Carlos, (2007), “La filosofía de la liberación: historia, actualidad y proyecciones de futuro”, en: Antonio Tudela Sancho-Jorge M. Benítez Martínez (comps.), *Pensar en Latinoamérica. Primer Congreso Latinoamericano de Filosofía Política y Crítica de la Cultura*, Asunción, Jakembó editores, pp. 41-57.
- Senent, Juan Antonio (ed.), (2012). *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Bilbao, Deusto Digital.

Suerte, disuasión y subjetivismo penal

Luck, deterrence and criminal subjectivism

Sorte, dissuasão, subjetivismo criminal

Chance, dissuasion et subjectivisme pénal

Ramiro Manuel Fihman | Universidad de Buenos Aires

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 152-166

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e176>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6999-6473>

Recibido: 21/08/2018

Aprobado: 01/09/2018

Resumen: el objetivo del presente trabajo es analizar la cuestión de la influencia de la suerte en el resultado desde una perspectiva de filosofía del castigo penal. Generalmente, la discusión entre los subjetivistas y los objetivistas gira en torno a debates dogmáticos de teoría del delito sin que se advierta otra posible forma de entender el debate, que está relacionada con qué fin consideramos que tiene la pena. Este ensayo parte de la idea de que la importancia que le daremos a la suerte depende de qué teoría del castigo se adopte. Por otro lado, se sostiene que la teoría de la disuasión —o prevención general negativa— tiende necesariamente, desde un punto de vista teórico, al subjetivismo.

Palabras clave: subjetivismo-objetivismo-disuasión-suerte-resultado

Abstract: The objective of this paper is to analyze the question of the influence of luck on the result from a perspective of the philosophy of criminal punishment. Generally, the discussion between the subjectivists and the objectivists revolves around dogmatic debates on the theory of crime without another possible way of understanding the debate, which is related to what purpose we consider to be worthwhile. This essay is based on the idea that the importance we give to luck depends on which theory of punishment is adopted. On the other hand, it is argued that the theory of deterrence - or negative general prevention - necessarily tends, from a theoretical point of view, to subjectivism.

Keywords: Subjectivism - Objectivism - deterrence - lucky - result

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a questão da *influência* da sorte no resultado desde uma perspectiva de punição criminal. Geralmente a discussão entre os subjetivistas e os objetivistas gira em torno de debates dogmáticos sobre a teoria do delito sem que se indique outra forma possível de entender o debate, que está relacionado a qual propósito consideramos que tem a penalidade. Este ensaio parte da idéia de que a importância que daremos a sorte depende de que teoria do castigo se adote. Por outro lado, se mantêm que a teoria da dissuasão –ou prevenção geral negativa– tende necessariamente, desde um ponto de vista teórico, ao subjetivismo.

Palavras-chave: subjetivismo - objetivismo - dissuasão - sorte - resultado

Résumé: L'objectif de ce présent article est d'analyser la question de l'influence de la chance sur le résultat dans une perspective de la philosophie de la sanction pénale. Généralement, la discussion entre les subjectivistes et les objectivistes tourne autour de débats dogmatiques sur la théorie du délit sans que soit considéré une autre forme possible d'envisager le débat, qui est lié à la question de la finalité de la peine. Cet essai part de l'idée que l'importance que nous accordons à la chance dépend de la théorie de la peine adoptée. D'un autre côté, on avance que la théorie de la dissuasion - ou prévention générale négative - tend nécessairement, d'un point de vue théorique, au subjectivisme.

Mots-clés: subjectivisme - objectivisme - dissuasion - chance - résultat

Introducción

Las discusiones en torno a cómo debemos juzgar la influencia de la suerte en nuestras acciones está atravesada por muchos conceptos de dogmática penal que los teóricos han desarrollado a lo largo del tiempo. Por lo general se discuten presupuestos de teoría del delito y problemas de casos hipotéticos sumamente improbables para defender una visión de la responsabilidad frente a intentos influidos por la suerte. El subjetivismo y el objetivismo enfrentan, seguramente, en el futuro un largo y sinuoso camino de discusión en el que intentarán

mostrarnos situaciones hipotéticas en las que una u otra teoría queda sin respuestas.

El subjetivismo nos plantea que lo relevante a la hora de responsabilizar penalmente a un sujeto por una conducta es estrictamente lo que éste tuvo intención de hacer. En otras palabras, no tiene importancia que el resultado se haya concretado o no, siempre y cuando esta variante haya estado determinada por circunstancias que están fuera del control del agente. Dentro de las muchas variantes que existen dentro de esta corriente, todas coincidirían en que no debe establecerse una distinción en la respuesta penal entre quien intentó hacer algo y no lo logró por “mala suerte” y quien sí obtuvo el resultado buscado.

En contraposición, el objetivismo le asigna mucha importancia a los resultados. Plantea, a la inversa, que debemos diferenciar entre el que logró el resultado y el que no lo hizo. Básicamente, el patrón común entre los objetivistas es que hay que castigar menos a quien intentó dañar a otro y no pudo que a quien efectivamente causó un daño.

El objetivo de este trabajo es aportar una perspectiva distinta a la discusión presentada, desde un punto de vista filosófico. En primer lugar, se pretende defender la idea de que la posición que uno adopte (objetiva-subjetiva) depende de la teoría del castigo que esté dispuesto a aceptar. Por otro lado, se realizará un análisis de la teoría de la disuasión -o prevención general negativa- para determinar qué efectos tendría ésta en la relevancia que le damos a la suerte en el resultado.

La hipótesis de este ensayo consiste en que la teoría de la prevención general negativa, teniendo en cuenta sus fines, lleva necesariamente a adoptar la tesis subjetivista, es decir a castigar igualmente los intentos que los delitos consumados.

Para eso, el trabajo se estructurará de la siguiente manera: se comenzará explicando la idea que relaciona la fundamentación del castigo con la postura sobre la relevancia de la suerte en el resultado; luego, se llevará a cabo un análisis de la teoría de la prevención general y sus principales características y

problemas; en tercer lugar se plantearán los argumentos para sostener la relación de necesidad existente entre la disuasión y el subjetivismo; por último, se elaborarán conclusiones.

I. La importancia de la fundamentación del castigo en nuestras consideraciones acerca del valor de la suerte en el resultado

Como se adelantó en la introducción, existen numerosas discusiones dogmáticas de los expertos en torno a qué razones hay para considerar relevante la influencia de la suerte en el resultado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que hay otras cuestiones que pueden tener que ver con la eterna disputa entre estas dos corrientes del derecho penal e, incluso, constituir su esencia. Estoy hablando de las teorías de la fundamentación castigo. Uno de los presupuestos principales de este trabajo es aceptar la idea de que la forma en la pensamos la función que tiene el castigo penal determina cuál será nuestra opinión respecto de las situaciones en las que la suerte interfiere en nuestras acciones.¹

Para aceptar esta idea -que en algún punto pretende quitar del terreno de la dogmática la discusión y llevarlo al de la filosofía del castigo- propongo preguntarnos si cambiaría en algún sentido nuestra respuesta frente al castigo equiparado a tentativas y a delitos consumados según la postura que tomemos acerca de para qué sirve castigar. Por ejemplo, supongamos que como comunidad castigamos a una persona con fines resocializadores.² Con ese presupuesto, preguntémonos ahora si tendría sentido establecer una diferencia en la cuantificación de la pena

¹ NINO, Carlos S., "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal", en *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, Número 1º, Madrid, España, 1999, pp. 55-56; FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 505.

² Básicamente, esto consistiría en pensar que el castigo cumple la función de volver a insertar a la persona en la sociedad de la cual dejó de formar parte por haber violado las normas. Así, pareciera que la cárcel cumple una función reeducadora, que tiene por fin rehabilitar al sujeto para reencausarlo según un patrón de vida preestablecido que sería el

entre un sujeto que intentó asesinar a su vecino y no lo logró por circunstancias ajenas a su voluntad y otro que, realizando exactamente la misma conducta, logró el resultado “muerte” exitosamente. La respuesta, intuitivamente, es negativa. Esto es así por razones de sentido común: si el castigo busca adecuar las conductas de las personas a los valores morales que manejamos como comunidad, ¿por qué castigaríamos menos al que tuvo mala suerte? Al fin y al cabo, lo que nos incomodaría como comunidad fue su intención, y eso es lo que debemos tener en cuenta si buscamos “resocializarlo”.

Lo mismo ocurre si adoptamos una teoría de “prevención especial negativa”, mediante la cual sostenemos que nuestro objetivo es encerrar a aquellos sujetos que son peligrosos para la sociedad, para que podamos vivir en armonía en un mundo de “buenas personas”. Si lo que queremos entonces es inocuizar a los sujetos que representan un peligro para los derechos de los demás, entonces llegamos a la misma conclusión: no hay razones para darle el “beneficio” de una reducción de pena al que, por ejemplo, erró el disparo a causa del viento produciendo heridas leves; este sujeto es igualmente peligroso que aquel que tuvo la suerte de apretar el gatillo cuando el viento lo favorecía. Por lo tanto, deberíamos castigarlos de igual manera.

Por el contrario, si tomamos una teoría del castigo basada en el principio de daño³ o en la protección de bienes jurídicos, las respuestas comienzan a modificarse. Si vemos en el derecho penal una herramienta para proteger, por ejemplo, la integridad física o la vida de las personas, no suena muy coherente castigar de igual forma a quien daña ese bien jurídico que a quien no lo logra. La teoría del daño, en un sentido similar, implica que “... *cada ciudadano tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás, esto es, mientras no*

“normal” (Cfr. BEAN, Phillip, *Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry*, Oxford, Martin Robertson, 1981)

³ VILLAR, Mario, *Suerte penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, pp. 212-245.

menoscabe intereses ajenos".⁴ Con este razonamiento, vemos que tenemos un parámetro marcado al respecto: sin dudas existe una diferencia que debemos tener en cuenta entre aquella persona que lesiona un bien jurídico o daña a otros y quien no lo hace.

No es posible sostener una visión resocializadora del castigo penal y ser objetivista; no es posible pretender la neutralización de los sujetos peligrosos y hacer una diferencia entre quien intenta y quien logra; no es posible partir de una teoría del daño y castigar igualmente a quien daña que a quien no lo hace.

Estas sucintas reflexiones tienen por objetivo defender la idea de que efectivamente existe una relación entre la justificación del castigo que adoptemos y nuestra postura frente a cómo debemos juzgar la influencia de la suerte en el resultado de nuestras conductas. Veremos, en el siguiente apartado, qué ocurre con algunas teorías en particular.

II. La tesis de Nino

En línea con lo anterior, existen dos corrientes que presentan especiales problemas a la hora de atribuirles una postura frente a la relevancia de la suerte: la prevención general o disuasión y el retribucionismo.

Carlos Santiago NINO, en su libro "Juicio al mal absoluto" sostiene que adoptar una postura retributiva del castigo lleva necesariamente a un *subjetivismo puro*.⁵ Su argumento combina distintos conceptos -por demás complejos- pero fundamentalmente argumenta que el retribucionismo, al estar asociado a la idea de inculpación -que según él sólo puede partir de la intención del autor- nos lleva al perfeccionismo moral y, luego, al autoritarismo. Sostiene que "*el subjetivismo del retributivismo*

⁴ VON HIRSCH, Andrew, "El concepto de bien jurídico y el 'principio de daño'" en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

⁵ NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI, Edición ampliada, 2015, p. 224 (edición original de 1996).

*deviene en parte de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla”.*⁶

Sin embargo, no es mi intención en esta oportunidad defender la idea de que el retribucionismo no está relacionado con una postura subjetivista. Creo que los argumentos planteados por BEADE⁷ para eso son suficientemente sólidos y no merecen más desarrollo.

En cambio, sí me interesa en esta oportunidad cuestionar la idea defendida por NINO de que la teoría más adecuada es la de la prevención general, y que ésta no tiene problemas que lleven al subjetivismo.⁸ Este autor ataca fuertemente al retribucionismo tildándolo de subjetivismo puro, pero, a mi entender, no consigue demostrar que las teorías de la prevención permitieran defender la postura contraria. Cabe resaltar que el filósofo argentino propone la idea de que las teorías de la prevención son “neutrales” frente a la disputa subjetiva-objetiva.⁹ Aquí ya comienza a resultar extraño cómo es posible compatibilizar la idea de que la posición frente a la suerte depende de la teoría del castigo adoptada y luego que la teoría de la prevención general es neutral. Dicho de otro modo, si pensamos que nuestras ideas acerca de la fundamentación de la pena determinan la relevancia que le daremos a la suerte en el resultado, entonces no podemos sostener que una fundamentación basada en la disuasión no implica una toma de postura en la disputa objetivismo-subjetivismo. Sin embargo, NINO, a pesar de intentar defender la “neutralidad” de la prevención, no se esfuerza demasiado por camuflar su asociación de ésta con el objetivismo.

⁶ *Ibid.*

⁷ BEADE, Gustavo A., *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 98-105.

⁸ En realidad Nino habla de una “teoría consensual de la pena” que combinaría prevención con el requisito del “consentimiento”, pero eso no es relevante para este trabajo.

⁹ NINO, Carlos S., ob. cit., “Subjetivismo y objetivismo...”, p. 75.

Es interesante para analizar el pensamiento de NINO el siguiente pasaje de su obra, que reza: “Dado que las inclinaciones, disposiciones, intenciones, deseos y creencias de la gente no pueden dañar directamente los intereses de nadie excepto los propios, ellos no deben figurar o asumir rol alguno en las descripciones de los estados de cosas que la ley debe en definitiva intentar prevenir a través del castigo”.¹⁰

En el citado párrafo se pueden deducir varias cuestiones: En primer lugar, queda en evidencia la postura objetivista de NINO, dado que el razonamiento es que aquello que no daña directamente los intereses de nadie, no debe estar alcanzado por el derecho penal. Por otra parte, se muestra también el fin preventivo que lo otorga el autor al castigo, salvando la curiosa importancia que lo otorga al principio de daño: parece utilizar la prevención como un fin de la pena pero al mismo tiempo como un medio para evitar conductas dañosas. En último lugar, creo que su razonamiento presenta una interesante trampa: si bien es cierto que las inclinaciones, disposiciones, deseos y creencias no pueden dañar intereses ajenos, NINO introduce en esa misma categoría a las *intenciones*, y he aquí el punto problemático. ¿Qué tan seguros estamos de que las intenciones no pueden dañar a terceros? En principio, pareciera que esto depende de a qué le llamemos “intención”: si con este término sólo buscamos hacer referencia lo que queremos hacer -en nuestra mente- sin que exista ninguna manifestación en el mundo real, entonces NINO está en lo cierto. Sin embargo, desde mi punto de vista, lo que NINO está intentando defender es que los *intentos* de otros no pueden frustrar nuestro plan de vida, y frente a esa afirmación se presentan graves problemas. ¿No interfiere acaso en nuestro plan de vida que alguien intente matarnos? ¿Somos capaces de afirmar que la autonomía de la voluntad de una mujer permanece intacta si intentan violarla? En las siguientes líneas, y tomando este tipo de interrogantes como disparadores, se intentarán demostrar

¹⁰ Nino, Carlos S., ob. cit., *Juicio al mal...*, p. 230.

las profundas identidades existentes entre la teoría prevencionista y el subjetivismo.

III. Intentos y resultados. ¿Qué queremos prevenir?

Volviendo a la teoría de la prevención, lo que ésta plantea es que, si nosotros como comunidad castigamos a una persona por una determinada conducta, se reducirá el número de personas que cometan ese mismo delito. Al parecer -y sin entrar en los debates acerca de la dificultad empírica que esto implica- cuando castigamos a alguien se generaría un efecto disuasorio sobre el resto de la comunidad.

Esto necesariamente debe partir del presupuesto liberal de que nos gustaría vivir en un mundo en el que otras personas no interfieran en nuestro plan de vida, por ejemplo, matándonos. Entonces, si deseamos vivir en paz sin que nadie viole nuestra autonomía, entonces parece lógico castigar a quienes lo hagan para que, aquellos que tenían pensado repetir esa conducta, se abstengan de hacerlo.

Creo que el principal problema es el siguiente: lo que buscamos como comunidad no es exactamente prevenir que se cometan delitos, sino que es prevenir que se *intente* cometer delitos. En otras palabras, la teoría de la prevención, a mi entender, no debería buscar que las personas no consigan asesinar a otras, sino que las personas no pretendan hacerlo. Para demostrar esto propongo el siguiente ejemplo: supongamos que vivimos en una sociedad que castiga con pena de muerte el hurto porque tiene mucho interés en que esto no ocurra. Mi punto es que la esencia de ese interés no aspira a una comunidad en la que los hurtos se ven impedidos por circunstancias ajenas a la voluntad del “delincuente”. Si contáramos con los recursos como para tener personal de las fuerzas de seguridad en cada esquina de nuestra ciudad, no estaríamos conformes con la idea de ir caminando por la calle y que cinco personas en unos pocos metros intenten hurtar nuestro teléfono celular pero la policía los capture luego de unos segundos. Lo que

buscamos en realidad con la amenaza de la pena de muerte es que esas personas se abstengan de *intentar* hurtar nuestras pertenencias. Me atrevo a afirmar que nadie quiere vivir en un mundo en donde lo único que se evita es el resultado, sino que los intentos de violar nuestro plan de vida, en sí mismos, nos generan malestar.

En ese sentido, creo que lo que busca la justificación preventiva es que en nuestra comunidad las personas no intenten llevar a cabo esas conductas que no nos parecen adecuadas. Por lo tanto, y aquí el punto neurálgico del argumento, sería necesario castigar a aquellas personas que intentan cometer delitos.

Si tuviéramos que diseñar un sistema penal en el que el castigo es disuasivo -y esto estuviera probado- nuestro sentido común nos llevaría a mostrarle a todos que, por ejemplo, “X” persona intentó asesinar al Presidente y, por lo tanto, recibiría un castigo. El mensaje en esa respuesta estatal es “ustedes no deben hacer algo como lo que ‘X’ hizo, porque serán castigados de la misma manera”. Pero lo que “X” hizo no fue matar al Presidente, sino intentarlo. Si lo dejáramos libre, siguiendo la lógica prevencionista, probablemente nadie tendría reparos en intentar cometer el mismo delito, y eso no es lo que deseamos: deseamos que todos se abstengan de intentarlo.

Para reforzar aún más esta teoría, podemos tomar el ejemplo que utiliza NINO en *Ética y Derechos Humanos*, que es la pena de muerte. Allí sostiene que “si se demostrara empíricamente que la ejecución de los que cometen cierto tipo de homicidio previene en forma efectiva un mayor número de muertes que las que resultan de las ejecuciones (y se supone que no hay otros bienes para tomar en cuenta), parece que un criterio meramente cuantitativo de comparación entre vidas humanas conduce a la conclusión de que la sociedad en conjunto resultará beneficiada con la pena de muerte”.¹¹ Si bien el autor no está de acuerdo con una justificación puramente utilitarista de la pena de muerte, no cuestiona el razonamiento citado, y a mi

¹¹ NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 452.

entender hay un detalle importante que debe ser analizado: ¿es efectivamente el número de homicidios cometidos el parámetro que deberíamos tomar para evaluar el funcionamiento de la teoría preventiva? Yo creo que no. Sostengo que, en todo caso, la estadística que deberíamos tener en cuenta si defendiéramos esta postura es el número de intentos de homicidio que se llevaron a cabo desde la vigencia de la pena de muerte, sin importar si fueron consumados o no.

En “Ilícito personal y participación”, SANCINETTI presenta el caso de un niño que arroja una piedra al parabrisas del automóvil de su padre, pero, como el golpe se produce justo en un ángulo cromado del mismo, no se daña el vidrio ni se nota siquiera dónde impactó la piedra. Entonces, el padre le dice su hijo que “si hubiera roto el vidrio, tendría prohibido salir a jugar en todo el año”. El hermano del niño -muy sensato, por cierto- que fue testigo de la situación, reflexiona internamente acerca de qué quiso el padre al decirle eso a su hermano: “¿que la próxima vez que arroje la piedra vuelva a dar en el ángulo para no romper el cristal o que no vuelva a arrojar una piedra?”.¹² Frente a esto, el autor pretende mostrar una supuesta incoherencia del llamado “disvalor de resultado” con el argumento de que lo que importa no es el daño que causó el niño sino cuál fue su intención. Pero creo que lo interesante de este ejemplo es cómo permite ver el rol de la prevención y su relación con la suerte en el resultado. Supongamos que el padre castiga o reta fuertemente al niño para que éste comprenda que no debe volver a arrojar la piedra. El padre no estaría conforme si su hijo continúa arrojando piedras eternamente pero todas dan en el ángulo del parabrisas, sino que busca que éste no *intente* dañar el vidrio, justamente porque el resultado estaría librado a la suerte. Esto es lo que hacemos cuando castigamos con fundamentos disuasivos: intentamos reducir los intentos de esa misma conducta. “*De la premisa de que la ley debe prevenir perjuicios a terceros, y de que la acción a disuadir debe ser de aquellas*

¹² SANCINETTI, Marcelo A., *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 19-20.

que la ley trató de prevenir, no se deriva ninguna conclusión a favor de la relevancia del resultado posterior, todo lo contrario: el modelo de disuasión sólo exige lo siguiente: tú no debes realizar un comportamiento del que se pueda derivar un perjuicio a terceros.”¹³

Frente a esto, NINO agrega a su defensa de la tesis de la diferencia desde el prevencionismo el argumento de que no es necesario castigar igualmente la tentativa que el delito consumado porque cuando una persona quiere llevar a cabo una conducta antijurídica, se representa la pena que podría imponérsele, pero siempre con los valores cuantitativos de la pena del delito consumado (nadie calcula el proporcional de tentativa a la hora de evaluar cometer o no un delito). En ese mismo sentido, sostiene que la tentativa sí debe ser penada -siempre en menor proporción- porque, de lo contrario, no habría nada que perder para intentar, por ejemplo, robar un banco.¹⁴ Creo que este punto es parcialmente cierto. La primera idea, de que las personas se representan el castigo del delito consumado parece ser atinada. Sin embargo, la segunda -que busca explicar por qué hay que penar la tentativa- tiene un problema: si sostenemos que nadie tiene en cuenta a la hora de cometer un delito cómo se castiga la tentativa sino únicamente el delito consumado, entonces no podemos sostener que si no se castiga la tentativa todos dejarían de pensar en la pena del delito consumado para tener en cuenta solamente la ausencia de castigo por el intento. Nuevamente, creo que el problema de Nino está en defender la teoría de la prevención.¹⁵

¹³ SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., p. 23.

¹⁴ NINO, Carlos S., ob. cit., “Subjetivismo y objetivismo...”, p. 79.

¹⁵ Algunos podrían sostener que a Carlos Nino le asiste razón por el hecho de que en su teoría de la pena agrega otros elementos además de la prevención, como por ejemplo el llamado “principio de protección prudencial de la sociedad”, compuesto por los requisitos de *eficacia* (que la aplicación tenga éxito a la hora de evitar los males que se pretenden evitar), *economía* (que no exista una forma de castigar que implique un mal menor), *equilibrio* (los males que implica la aplicación de la pena deben ser menores que los prevenidos) e *inclusión* (los males sufridos por aquéllos a los que se impone la pena deben ser tenidos en cuenta a la

Creo que es acertado -y está en sintonía con lo planteado en este trabajo- lo planteado por David LEWIS,¹⁶ que propone un caso en el que dos personas le disparan simultáneamente a un enemigo en común, con las mismas intenciones de asesinarlo, pero uno de ellos yerra el golpe por azar. Frente a esto, el autor nos dice que ambos han participado igualmente de la acción que queremos prevenir con la disuasión. Sostiene que “*para prevenir los intentos de éxitos, prevenimos los intentos en general*”,¹⁷ y que no es posible prevenir resultados separadamente de la prevención de los intentos, dado que los que *intentan* no deciden de forma independiente si desean tener éxito en su conducta.

Esta cuestión, desde mi punto de vista, es central. La imposibilidad de prevenir únicamente intentos exitosos nos lleva a aceptar la idea de que la fundamentación disuasiva del castigo busca prevenir que las personas intenten violar las reglas que tenemos, y no busca prevenir que se produzcan resultados. Por lo tanto, si defendemos la prevención general, no tenemos buenas razones para darle un valor diferenciador a la suerte en el resultado.

IV. Conclusiones

El objetivo de este trabajo fue aportar una mirada de la discusión sobre el valor de los resultados para la responsabilidad penal desde un punto de vista de la fundamentación del castigo. Para eso, fue preciso demostrar un punto de partida necesario: la teoría del castigo que cada persona adopte, lo llevará a pensar

hora de establecer el “equilibrio”). Creo que estos elementos no forman parte de su teoría del castigo. Por el contrario, son condiciones que el autor agrega para pensar en un sistema penal que sea de su agrado, pero nada de ello modifica las razones de fondo por las cuales Nino considera que debemos castigar a otros. En ese sentido, lejos de constituir un argumento para alejar a la teoría de la disuasión del subjetivismo, sólo hace un poco más aceptable su teoría de prevención general en términos prácticos.

¹⁶ Lewis, David, “The punishment that leaves something to chance”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 18, No. 1, 1989, pp. 53-67.

¹⁷ Traducción propia.

de una forma determinada la responsabilidad penal y, en particular, la disputa entre el objetivismo y el subjetivismo.

Luego se explicó la teoría planteada por Carlos Santiago NINO en relación a su forma de entender el castigo penal, relacionada con la prevención general. Con posterioridad a resumir las críticas del autor al retribucionismo y su supuesta relación con el perfeccionismo moral, se plantearon algunos interrogantes que pretenden poner en duda algunos presupuestos de su defensa de la tesis disuasoria.

En particular, se buscó sostener la idea de que la prevención general lleva necesariamente al subjetivismo. Para eso, se utilizó un argumento de índole filosófico, que puede resumirse muy sucintamente en la siguiente idea: el castigo nunca busca prevenir resultados en sí mismos, sino intentos. Al buscar prevenir intentos -dado que el objetivo de nuestra comunidad es vivir en “paz” sin que otros intenten dañarnos- no hay buenas razones para pensar en beneficiar con menos castigo a quien tuvo suerte y no pudo lograr el resultado. A modo de aclaración, la idea de esta propuesta no es defender la tesis subjetivista, sino que es mostrar que, lejos de ser “neutral”, la teoría de la prevención nos haría pensar necesariamente de esta manera y, por lo tanto, desechar la relevancia de la suerte en el resultado.

Bibliografía

- BEADE, Gustavo A., *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- BEAN, Phillip, *Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry*, Oxford, Martin Robertson, 1981.
- FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- LEWIS, David, “The punishment that leaves something to chance”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 18, No. 1, 1989.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Suerte, acción y responsabilidad: un ensayo sobre suerte, moralidad y castigo*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

- NINO, Carlos S., “Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, Número 1º, Madrid, España, 1999.
- NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI, Edición ampliada, 2015.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- VILLAR, Mario, *Suerte penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.
- VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el ‘principio de daño’” en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Regulación y acceso al Aborto. Análisis comparativo entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de derechos humanos

Regulation and access to Abortion. Comparative analysis between the European System and the Inter-American Human Rights System

Regulação e acesso ao aborto. Análise comparativa entre o Sistema Europeu e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Réglementation et accès à l'avortement. Analyse comparative entre le système européen et le système interaméricain des droits de l'homme

Paloma Lara Castro | Universidad Católica Argentina

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 invierno 2018, 167-182

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e177>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0400-2148>

Recibido: 15/10/2017

Aprobado: 17/08/2018

Resumen: El trabajo propone un análisis comparativo de la regulación y acceso al aborto entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sostiene que el acceso a la interrupción del embarazo no responde a un criterio uniforme, más bien depende del caso. Incluso el sistema europeo que se expide con certeza en relación a necesidad de efectividad en el caso de aborto legal, utiliza similares argumentos que se basan en interpretaciones de artículos de la Convención para luego rechazar el amparo por no estar el caso dentro de la legislación interna. En cuanto al sistema interamericano, lo que prevalece es la indeterminación de criterios. No obstante, el fallo Artavia Murillo podría dar lugar a una mayor protección a las mujeres en cuanto a sus derechos reproductivos.

Palabras claves: Aborto-derechos humanos- protección

Abstract: The work proposes a comparative analysis of the regulation and access to abortion between the European System and the Inter-American Human Rights System. He argues that access to the interruption of pregnancy does not respond to a uniform criterion, rather it depends on the case. Even the European system that is issued with certainty in relation to the need for effectiveness in the case of legal abortion, uses similar arguments that are based on interpretations of articles of the Convention and then reject the amparo for not being the case within the domestic legislation. As for the inter-American system, what prevails is the indeterminacy of criteria. However, the Artavia Murillo ruling could result in greater protection for women in terms of their reproductive rights.

Keywords: abortion - Human Rights - protection

Resumo: O trabalho propõe uma análise comparativa da regulação e acesso ao aborto entre o Sistema Europeu e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Defende que o acesso a interrupção da gravidez não responde a um critério uniforme, senão que depende do caso. Inclusive o sistema europeu que se manifesta com certeza em relação à necessidade de efetividade no caso do aborto legal, utiliza similares argumentos que se baseiam em interpretações de artigos da Convenção para então recusar o amparo por não ser o caso dentro da legislação nacional. Quanta ao sistema interamericano, o que prevalece é a indeterminação dos critérios. No entanto, a decisão de Artavia Murillo poderia dar lugar a uma maior proteção às mulheres em relação aos seus direitos reprodutivos.

Palavras- chave: Aborto - direitos humanos - proteção

Résumé: Cet article propose une analyse comparative de la réglementation et de l'accès à l'avortement entre le Système Européen et le Système Interaméricain des Droits de l'Homme. Il fait valoir que l'accès à l'interruption de grossesse ne répond pas à un critère uniforme, mais plutôt dépend du cas. Même le système européen qui est établi d'une façon certaine en relation à la nécessité d'efficacité dans le cas de l'avortement légal, utilise des arguments similaires basés sur des interprétations des articles de la Convention pour finalement rejeter le recours qui ne ferait pas parti des cas prévus par la législation nationale. En ce qui concerne

le système interaméricain, ce qui prévaut est l'indétermination des critères. Toutefois, l'arrêt Artavia Murillo pourrait aboutir à une plus grande protection des femmes quand à leur droit à procréer.

Mots-clés: avortement - droits de l'homme - protection

Introducción

Con miras a realizar un análisis integral del tema en cuestión, considero pertinente explicar que existen dos sistemas de regulación en materia de penalización del aborto: Penalización total y Penalización parcial. La primera, como su nombre lo indica, no permite la práctica del aborto bajo ninguna circunstancia; la segunda la permite pero limitándola en plazos y/o causales. Los países integrantes de los sistemas europeo e interamericano optaron por uno u otro, es decir no existe una universalidad aplicada en la materia, por lo que un análisis que parta de cada regulación doméstica sería inviable. Sin embargo, sí es factible determinar el criterio de los sistemas -mediante sus convenciones y jurisprudencia- pudiendo también de esa manera visibilizar el nexo con las regulaciones domésticas.

Si bien ambos sistemas incluyen en sus respectivas convenciones la obligatoriedad de adecuar la legislación doméstica acorde a lo establecido en las mismas, en esta materia no hay un pronunciamiento tajante al respecto, debido a las lagunas jurídicas en cuanto al derecho a la vida. Dicho tema será analizado durante el presente trabajo, sin embargo es necesario mencionarlo al momento con el objeto de aclarar que, al no existir un sistema que debe ser seguido por todos los países, los reclamos y los argumentos presentados a las Cortes varían, así como las mismas jurisprudencias entre sí, como será expuesto más adelante.

Cabe destacar de antemano que los criterios no son estáticos, es decir que han ido evolucionando acorde a los debates y prácticas actuales no contemplados a la conformación de

dichos sistemas, como son la innovación tecnológica y/o las movilizaciones sociales referentes a los derechos sexuales y reproductivos. Dejando claro lo precedente, señalo que me referiré a las últimas jurisprudencias del tema y a su aplicación.

Siguiendo esa línea de pensamiento, el problema concreto que plantearé es que las lagunas jurídicas de los sistemas y su clara decisión de continuar evadiendo un pronunciamiento general al respecto del tema desembocan en otorgamientos selectivos de acceso al aborto, creando una inseguridad jurídica internacional y un perjuicio irreparable en la salud de la mujer. Ello será visibilizado en el análisis comparativo de las jurisprudencias de ambos sistemas. No obstante, cabe destacar que el sistema europeo presenta una línea jurisprudencial más coherente que el sistema interamericano.

Derecho a la vida: Interpretaciones, regulación y jurisprudencia

El Convenio Europeo de Derechos Humanos señala en su artículo 2, inciso 1: *“El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”*; mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos expresa en su artículo 4: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

De lo citado podemos extraer una diferencia principal en materia textual: la americana hace una referencia a la concepción, mientras que la europea no la menciona.

Se desprende entonces que el problema jurídico de cada sistema es diferente. La cuestión central del sistema europeo, por un lado, es la necesidad de definir si el feto es o no una persona según la interpretación del artículo 2. El Tribunal ha

mantenido esta cuestión abierta con el fin de permitir a los Estados determinar cuándo comienza la vida y, por lo tanto, cuándo debe comenzar la protección legal. En cuanto al sistema interamericano, si bien hace expresa referencia a la concepción -lo cual implica un reconocimiento al feto como titular del derecho protegido- abre una ventana de excepcionalidad a la norma al expresar “en general”. De ahí que la dificultad en este sistema es la falta de determinación expresa de los casos que se subsumirían dentro de la excepción.

Si bien ambos problemas han sido planteados a los tribunales respectivos, no han sido expresamente resueltos más allá de los casos concretos. De ahí que cada ordenamiento interno de los países integrantes difiera con otros en su legislación al respecto, es decir, no existe un modelo homogéneo seguido por todos los países del sistema. Sin embargo, en el caso del sistema europeo, el Tribunal -si bien no se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión señalada- ha hecho una referencia a un consenso general europeo al respecto, no es así en el caso del sistema interamericano donde al ser puesto bajo situaciones de deliberación respecto a los alcances del Art. 4 la ha evadido, o se ha contradicho.

En el caso de “A, B, C v. Irlanda” el Tribunal Europeo tuvo la oportunidad de sentar un criterio relativo al tema¹. Las demandantes A, B y C alegaron la incompatibilidad de la regulación del aborto en el derecho irlandés con el Convenio Europeo en vista a que se vieron forzadas a desplazarse al extranjero para poder abortar; A y B por existir una prohibición de aborto en Irlanda por motivos de salud o bienestar personal, y C -quien poseía un cáncer inusual- por la imposibilidad de establecerse si su caso se encontraba dentro de la normativa constitucional referente al supuesto de aborto. Ante dicha situación alegó la falta de un procedimiento en la legislación destinado a ello.

El derecho Irlandés es uno de los más restrictivos de Europa en tanto contempla la posibilidad de realizarse un aborto

¹ A, B and C v. Ireland, No. 25579/05 Eur. Ct. H.R. (2010).

únicamente en caso de riesgo real para la vida de la madre que no pueda ser evitado salvo por la interrupción del embarazo. Para casos que no configuran este supuesto, existen penas de prisión muy severas que pueden alcanzar hasta cadena perpetua. Sin embargo, cabe destacar un dato que no es menor: si bien la legislación irlandesa prohíbe en general la realización del aborto, permite a las mujeres que deseen hacerlo, acudir al exterior para dicho fin. Adicionalmente, consagra la libertad de las mujeres de obtener o transmitir dentro del territorio Irlandés información sobre la referida posibilidad.

En la demanda se señala que A, B y C no deseaban continuar con el embarazo, por lo que acudieron a Inglaterra a realizarse un aborto. Las razones de dicha decisión se debieron a distintas razones. Como la Corte realizó un análisis separado de los casos, seguiré dicha modalidad. En el caso de A, la misma había sufrido de una adicción al alcohol anteriormente a la situación, contaba con cuatro hijos que se encontraban en guarda y en sus últimos embarazos había padecido de depresión. En vista de dichas situaciones, consideró que el embarazo podría poner en riesgo su salud y podría dificultar recuperar la custodia de sus hijos. En el caso de B, ante el temor de sufrir un embarazo ectópico, se consideró incapaz de ocuparse sola de un hijo. Tras dichos procedimientos, ambas requirieron atención médica, especialmente la primera, que padeció varias complicaciones. Éstas alegaron la violación, entre otros, de los artículos 3² (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 8³ (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de

² Art. 3 “Prohibición de tortura”: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³ Art. 8 “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Derechos Humanos. El Tribunal –mediante sentencia de fecha 16 de diciembre del 2010- decidió que no existió violación de tales derechos por parte de Irlanda, señalando que en cuanto al Art. 3 no se encontraban reunidos los elementos requeridos para alcanzar el umbral necesario de gravedad, pese a haber considerado el impacto psicológico ocasionado a las demandantes al verse obligadas a abortar en el extranjero y la angustia sufrida por no contar con un sistema de salud acorde en su país; así como las dificultades médicas producidas tras los procedimientos realizados. En cuanto al Art. 8, a pesar de establecer que la prohibición de abortar por cuestiones de salud o bienestar personal supuso efectivamente una injerencia en la vida privada de las mujeres, consideró que la misma está justificada siempre que esté prevista por ley, responda a un objetivo legítimo o se considere necesario en una sociedad democrática. De ahí que entendió que el objetivo legítimo de dicha injerencia residía en profundos valores morales del pueblo irlandés. En cuanto a C, se decidió condenar al Estado por no contar con procedimientos accesibles y efectivos que permitan acceder al aborto legal.

Podemos observar que básicamente la Corte condenó solo en el caso en que el Estado contemplaba una posibilidad legal dentro de su legislación, negando su amparo a los otros casos a pesar de haber considerado que existía una injerencia a la vida privada de las mujeres. Paradójicamente, similares argumentos fueron utilizados en otras sentencias para condenar una violación en casos de Estados que permiten supuestos de aborto legal, como en el caso de “Tysiac v. Polonia” como veremos más adelante.

Siguiendo con el caso en cuestión, la Corte destacó que existe un consenso europeo de permitir el aborto de una manera más amplia que la legislación de Irlanda (donde solo se permite en casos de peligro de salud para la madre) pero –trayendo el precedente de “Vo v. Francia”– sostuvo que dicho consentimiento no existe respecto a cuándo comienza la vida humana y, por consiguiente, el margen de apreciación estatal sobre el aborto es máximo. Dicho pronunciamiento deja abierta

la posibilidad que una legislación plenamente restrictiva sería válida. Por tanto, vemos que el Tribunal evita aplicar un criterio evolutivo por medio del cual establezca la exigencia que estatalmente se configure la posibilidad de un aborto por razones de salud, optando por sostener una postura contradictoria.

En el caso del Sistema Interamericano, si bien la Corte no se ha manifestado tan claramente en cuanto a una postura de la región en el tema como en el sistema europeo, se puede notar que el enfoque de la Convención frente al derecho a la vida podría ser considerado como un valor guía de este sistema regional, pues refleja la especial importancia que las legislaciones nacionales conceden al no nacido en América; asimismo, las legislaciones más liberadas en materia de aborto pertenecen a aquellas que no reconocen la competencia de la misma, como Estados Unidos y Cuba.

Ahora bien, retomando la cuestión central invocada referente a la falta de pronunciación al respecto de los alcances del Ar. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en el caso “Sawhoyamaya vs. Paraguay” la Corte se vio enfrentada con la oportunidad de hacerlo, sin embargo optó por la evasiva.

Varias violaciones fueron alegadas en la denuncia que diere lugar al fallo en cuestión, sin embargo, me referiré a aquellas que tengan directa relación con el tema tratado, sin perjuicio de la mención de elementos que hacen al contexto de la demanda.

La comunidad Sawhoyamaya había demandado al Estado Paraguay por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral a su comunidad, lo cual ocasionó graves afectaciones a sus miembros. Dentro de dichas afectaciones reclamadas se invocó la violación al Art. 4 en relación a muertes ocurridas que incluían a no nacidos. El Tribunal distinguió según los casos, hallando al Estado responsable sólo en algunos de ellos. La mayoría de los asuntos fallados en contra del Estado involucraron la falta de una adecuada prevención o respuesta a enfermedades de fácil prevención. Al verse enfrentada con

el tema del no nacido, el Tribunal Interamericano afirmó lo siguiente: “*la Corte nota que los representantes y la Comisión no han presentado argumentos en relación con la presunta violación del derecho a la vida de ‘no natos’, por lo que, ante la falta de fundamentación, el Tribunal carece de elementos de juicio para determinar la responsabilidad del Estado respecto a dichos casos*”⁴.

La falta de argumentos aludida es de por sí tan vaga que impide discernir si se refiere a una carencia de certeza en los hechos o de argumentos jurídicos. En cualquier caso, lo que existe es una carencia de sentido, en tanto en el primer supuesto, se demostró que los no nacidos estaban muertos (o no habían podido nacer con vida) y que la razón de su fallecimiento se debió a la precarias condiciones de vida de la comunidad; condiciones que además habían sido reconocidas en la sentencia. El segundo supuesto se contradeciría con el principio *iura novit curia* mediante el cual la Corte no requiere que las partes invoquen o expliquen el Derecho, ya que un tribunal debe conocer, aplicar e interpretar la ley, incluso si las partes no dan mayores explicaciones acerca de sus peticiones. Este alejamiento del principio *iura novit curia* es especialmente manifiesto en el caso de la Corte Interamericana, pues ésta no sólo usa dicho principio sino que formula teorías jurídicas propias que expanden su alcance hasta incluir la práctica de la Corte de determinar la violación de derechos que no habían sido reclamados por el peticionario.

Por tanto, considerando lo establecido en el párrafo anterior, sumado a que la Convención Americana hace una referencia explícita a la concepción dentro del deber de protección a la vida, el Tribunal debiere haber determinado si el *nasciturus* es o no considerado persona según la Convención; y si la situación se configura dentro del “general”, o no. ¿O es que solamente las mujeres que no desean continuar con un embarazo serían

⁴ “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” Sentencia de fecha 29 de marzo, 2006 párrafo 228.

pasibles de violar el Art. 4 y no el Estado en caso de las mujeres que sí deseen el embarazo?

En vista de dicha decisión de evadir el pronunciamiento referido, podemos citar a lo resuelto en el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” como una aproximación a la determinación de una postura de la Corte dado que, si bien no se trata de un caso de aborto específicamente, se discute el derecho a la vida y los alcances del Art. 4.

Corresponde realizar un breve resumen del caso: En 1997 el Poder Ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de fecundación in vitro (FIV). En el año 2000 la Sala Constitucional decidió declarar dicho decreto inconstitucional por considerar que los embriones in vitro tienen derecho a la vida y por tanto, al ocasionar el procedimiento la pérdida de varios embriones, éste sería incompatible con el derecho a la vida. En consecuencia, se prohibió la práctica. Ante dicha decisión, una petición fue presentada ante la Comisión de Derechos Humanos por un grupo de personas que deseaban acceder a dicho procedimiento al verse imposibilitados de concebir por modos naturales. Mediante sentencia de fecha 28 de Noviembre del 2012, la Corte decidió condenar a Costa Rica por considerar que dicha prohibición constituía una injerencia al derecho de privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y al derecho a formar una familia. Es así, que la Corte estableció que el acceso a la reproducción asistida debe estar garantizado.

A partir de dicho pronunciamiento, realizó otros que son de enorme interés en el tema en cuestión: Interpretó el término “concepción” definiéndolo como el momento de anidación en base a que si bien el óvulo fecundado posee la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, sus posibilidades de desarrollo son nulas si no se implanta dentro del cuerpo de la mujer porque no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en el ambiente adecuado. Ésta definición de ser aplicada al ámbito del tema en cuestión podría aplicarse al acceso de anticonceptivos y de la pastilla del día después en vista a que no existiría en ese momento una anidación. Yendo

más lejos, se podría argumentar que incluso tras producirse la anidación, al no poder el feto sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer no constituye una vida per se, sino una que depende de un cuerpo para poder llegar a tener vida propia. Por tanto, la vida incuestionable es la de la mujer, y es a ella a quien debe proteger el Art. 4. Dicha posible argumentación podría también ser sustentada en la siguiente afirmación de la Corte: Afirmó que un embrión no implantado, es decir un embrión in vitro no es persona y agregó que éste no debe ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. Así, señaló que el embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. De la citada afirmación se puede deducir que las legislaciones de los países miembros no podrían contener una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo.

La Corte además, enfatizó que los derechos reproductivos integran los derechos humanos y que existe un derecho a procrear así como un derecho a no procrear. Dicha declaración es tan clara que debería de poder aplicarse a una decisión de una mujer de no continuar con un embarazo, más aún en concordancia con la necesidad expresada en la sentencia de proteger los derechos de la mujer.

Si bien la sentencia expuesta constituye un gran avance en materia de derechos sexuales y reproductivos, no es menor señalar que la misma fue dada en un contexto donde se reclamaba el derecho a reproducción, no a la inversa. Habría que ver si se mantienen los criterios en otros casos, considerando además que dentro de la necesidad de protección a los derechos de la mujer, la Corte expresa que el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto; dejando, por tanto, la decisión de lo que sería un correcto balance a la legislación interna. Aquí vemos una similitud con la postura de la Corte Europea.

Sin embargo, cabe destacar que la mencionada Corte (europea) no se limita a establecer la libertad de los Estados de determinar cuándo existe protección y cuándo no, sino que hace

especial énfasis en la efectividad en el acceso de los derechos reproductivos otorgados en las distintas legislaciones internas, expresando que *“La convención intenta garantizar derechos que no son teóricos o ilusorios, sino derechos que son prácticos y efectivos. La Corte observa que la misma naturaleza de las cuestiones involucradas en la decisión de terminar un embarazo son tales que el factor tiempo es de importancia crítica.... Los procedimientos implementados deben, por tanto, asegurar que tales decisiones son oportunas de modo de prevenir el daño a la salud de la mujer que podrían ser ocasionados por un aborto tardío. Los procedimientos en los cuales las decisiones concierne a la accesibilidad del aborto legal son revisados “post factum” no pueden cumplir dicha función”*⁵. En la opinión de la Corte, la ausencia de tales procedimientos preventivos en la ley doméstica pueden considerarse como el incumplimiento del Estado de realizar sus obligaciones positivas bajo el Artículo 1 de la Convención”⁶. El criterio citado es sostenido a través de su jurisprudencia.

A modo de ejemplo, me gustaría citar al caso “Alicia Tysiac v. Polonia” –el cual ya fuere referido en los párrafos anteriores– donde dicha mujer acudió al Tribunal Europeo tras no habersele permitido el acceso a un aborto, cuando cumplía con el requisito legal: riesgo a su salud. Consecuencia de ello, al dar a luz, se produjeron los riesgos invocados: pérdida considerable de visión.

La Corte falló -mediante sentencia de fecha 20 de Marzo del 2007- que Polonia tiene una obligación de garantizar el acceso efectivo al aborto legal, señalando que una vez que la legislación decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de una manera que limitaría las posibilidades reales de obtenerlo.

Asimismo, nota que la prohibición legal del aborto en conjunto con el riesgo de incurrir en responsabilidad penal, puede bien tener un efecto negativo en los doctores cuando deben

⁵ “Tysiac v. Poland” sentencia de fecha 20 de marzo, 2007 párrafos 113, 118

⁶ Corte Europea Estrasburgo, 20 de marzo de 2007

decidir si se cumplen los requisitos del aborto legal en un caso particular, expresando que las regulaciones legales referentes a este tema deben ser formulados de una manera que impida dicho efecto. Reconociendo el factor esencial que cumple el tiempo en el acceso a un aborto legal, la Corte nota que dichos procedimientos deben ser hechos con el fin de limitar o prevenir un daño en la salud de la mujer que podría ser ocasionado por un aborto tardío. La corte enfatiza que los recursos jurídicos otorgados en retrospectiva no son recursos jurídicos efectivos en casos de aborto.

Como se puede notar, dichos pronunciamientos son bastante claros, por lo que no dejan abierta ninguna posibilidad de una interpretación distinta al respecto.

En cuanto al Art. 8 (derecho al respeto a la vida privada) la Corte señaló que éste era el más adecuado para evaluar la demanda, en tanto que la legislación que regula la interrupción del embarazo toca la esfera de la vida privada dado que, cuando una mujer está embarazada, su vida privada se vuelve muy conectada con el feto en desarrollo. Me parece importar resaltar que al ser esa interpretación proveniente de un artículo de la Convención y no de una legislación interna, debería de ser aplicarse a todas las situaciones, ya que -al menos en teoría- todas las personas son sujetas de dicho derecho. Se puede observar que mientras dicho derecho fue reconocido también en la sentencia “A, B y C v. Irlanda” no fue aplicado en los casos de A y B.

Asimismo, en el caso “R.R. contra Polonia”⁷, la demandante, a la que se había diagnosticado una sospecha de grave malformación de su feto, no tuvo acceso a la prueba de amniocentesis para confirmar ese diagnóstico durante el período de tiempo en el que el ordenamiento polaco permite el aborto por esa situación, de modo que finalmente no pudo abortar y su hijo nació con una malformación grave: el síndrome de Turner. En este caso, la Corte no solo apreció una vulneración del derecho

⁷ “R.R. v. Poland” sentencia de fecha 26 de mayo, 2011

al respeto a su vida privada (Art. 8), sino que ha llegado a estimar, incluso, la presencia de un trato degradante prohibido por el Convenio de Roma en su artículo tercero.

En contraste, la Corte Interamericana no ha formulado pronunciamiento alguno tan claro como el citado respecto a la efectividad, siendo de especial importancia considerando las prácticas judiciales y sanitarias contra *legem* que operan como obstáculos para el acceso a los supuestos de aborto legal, generando procesos burocráticos dilatorios que pueden constituir en sí mismos actos de violencia institucional. A modo de ejemplo me gustaría citar al caso de “M.L.R contra Argentina”, donde a una persona con discapacidad que había sido violada le fue negado el procedimiento de interrupción del embarazo en varios hospitales, pese a existir una sentencia de la Corte Suprema que expresó que al encontrarse el caso dentro de los supuestos de aborto legal, no era necesaria una autorización judicial para ello. Dicho caso fuere tramitado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, pero lo cito dado que representa una situación vivida constantemente en la región donde reina el incumplimiento generalizado de la ley en casos que se subsumen en los supuestos de aborto legal.

Habiendo expuesto las dos posturas correspondientes a los sistemas en cuestión, considero menester señalar dos fallos, uno perteneciente a cada sistema, que contradicen lo expuesto en sus respectivas jurisprudencias. Si bien ambos sistemas presentan dificultades distintas, se puede establecer que, en general, se han pronunciado en contra del amparo total del aborto: en el caso del sistema europeo cuando no es reconocido en la legislación interna y en el caso del sistema interamericano cuando no entrare en algún supuesto que incurría dentro del “general”. No obstante, resaltaré dos casos donde se decidió amparar los derechos de las mujeres por sobre la legislación interna.

En el caso “Rosseta Costa y Walter Pavan v. Italia”⁸ los demandantes, tras haber tenido una hija que nació con fibrosis

⁸ “Costa and Pavan v. Italy” sentencia de fecha 28 de agosto, 2012.

quística, descubrieron que, aunque eran sanos, eran portadores de dicha enfermedad. Por tanto, al quedar embarazada una de los demandantes analizaron al feto y al comprobar que poseía la enfermedad, decidieron abortar. El Estado respondió de manera negativa, argumentando que su legislación no permite la selección embrionaria. La Corte Europea decidió condenar a Italia con base en dos argumentos principales: las nociones de embrión y niño no deben confundirse y la ley que prohíbe el diagnóstico del embrión va en contra de la vida privada y familiar. Además resaltó la incoherencia del sistema legislativo italiano, ya que por una parte priva a los recurrentes a realizar un diagnóstico pre implantacional, mientras que permite el aborto por razones terapéuticas.

En cuanto a la Corte Interamericana, en un caso donde la Comisión le habría solicitado la intervención en referencia a unas medidas cautelares incumplidas, resolvió por votación unánime en fecha 29 de mayo del 2013 requerir al Estado salvadoreño tomar todas las medidas médicas necesarias para asegurar de manera urgente la debida protección de los derechos de la vida e integridad personal de la propuesta beneficiaria, lo cual significaba interrumpir su embarazo. Se trata de Beatriz, una joven de El Salvador que padece de la enfermedad Lupus Eritematoso Sistémico agravado con nefropatía lúpica y artritis reumatoide, quien al momento de interponer la solicitud de medidas cautelares, se encontraba embarazada de un feto anancefálico. El Tribunal Interamericano reconoció que su salud, su integridad personal tanto física como mental, y vida, se encontraban en una situación de extrema gravedad y urgencia de sufrir un daño irreparable.

Lo expuesto generó en la comunidad internacional la interrogante de: ¿están las Cortes a favor de la eugenesia? En el supuesto afirmativo, me pregunto: ¿está el derecho de la mujer condicionado a la viabilidad de la salud del feto?

Conclusión

Conforme a lo expuesto se puede concluir que el acceso a la interrupción del embarazo no responde a un criterio uniforme,

más bien depende del caso. Incluso el sistema europeo que se expide con certeza en relación a necesidad de efectividad en el caso de aborto legal, utiliza similares argumentos que se basan en interpretaciones de artículos de la Convención para luego rechazar el amparo por no estar el caso dentro de la legislación interna. Ello evidentemente genera una inseguridad jurídica en tanto manda el mensaje que la Convención no se aplica a todas las personas por igual y a que un sistema plenamente restrictivo no la contrariaría. En cuanto al sistema interamericano, lo que prevalece es la indeterminación de criterios. Si bien la Comisión Interamericana sí se ha expresado de manera más contundente al recomendar –mediante sus informes de países– la terminación de la prohibición total del aborto, la Corte no ha hecho una declaración general y su línea jurisprudencial dista mucho de ser coherente. No obstante, el fallo *Artavia Murillo* podría dar lugar a una mayor protección a las mujeres en cuanto a sus derechos reproductivos, aunque no se puede dejar de resaltar que haya sido en un contexto de derecho a reproducción y no al revés. Habría que evaluar si se mantiene la postura en otros casos en relación al aborto. Sin duda, ha proporcionado argumentos a favor de los derechos sexuales y reproductivos.

El principio de gratuidad en el proceso laboral bonaerense como mecanismo de igualación real en clave de un eficaz acceso a la justicia

The principle of gratuity in the labor process of Buenos Aires as a real equalization mechanism in the key of effective access to justice

O princípio de gratuidade no processo de trabalho de Buenos Aires como mecanismo de igualação real na base de um eficaz acesso a justiça

Le principe de la gratuité dans la procédure judiciaire du travail de la Province de Buenos Aires en tant que véritable mécanisme d'égalisation ayant pour objectif un accès efficace à la justice

*Diego Exequiel Valenzuela*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 183-194

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e178>

ORCID: 0000-0003-1315-8010

Recibido: 28/08/2018

Aprobado: 01/09/2018

Resumen: El trabajo indaga en la figura del beneficio de gratuidad que se les ha reconocido a los trabajadores y trabajadoras, desde ya hace muchos años en la legislación nacional (art. 20 de la Ley Nac. 20.774 y 41 de la LO) y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (art. 22 de la Ley 11.653 de Procedimiento Laboral), ello en clave de vislumbrar los matices que lo constituyen como un mecanismo hábil e idóneo para garantizar la

¹ Abogado (UNLP). Contacto: diegoexequiell_03@hotmail.com - <https://unlp.academia.edu/DiegoExequielValenzuela>

añorada tutela judicial efectiva. El trabajador por su condición débil en la relación laboral, se encuentra en una situación asimétrica con respecto a su empleador, tal motivo es que ha propiciado en los ordenamientos sustanciales y procesales, el diseño de mecanismos que consagran una tutela preferente en virtud de la clase trabajadora, enraizada principalmente en el principio protectorio que ilumina el Derecho del Trabajo.

Palabras claves: gratuidad - proceso laboral - tutela diferenciada

Abstract: The work explores the figure of the benefit of gratuity that has been recognized to workers, since many years ago in the national legislation (Article 20 of National Law 20.774 and 41 of the LO) and in the field of the Province of Buenos Aires (Article 22 of Law 11.653 of Labor Procedure), this in order to envision the nuances that constitute it as a skillful and suitable mechanism to guarantee the longed for effective judicial protection. The worker because of his weak status in the employment relationship, is in an asymmetric situation with respect to his employer, such reason is that has led to substantial and procedural law, the design of mechanisms that enshrine a preferential guardianship under the class worker, rooted mainly in the protective principle that illuminates the Labor Law.

Keywords: gratuity- Labor Procedure - preferential guardianship

Resumo: O trabalho indaga a figura do benefício de gratuidade que foi reconhecido aos trabalhadores e trabalhadoras, desde muitos anos na legislação nacional (Artigo 20 da Lei Nacional 20.774 e 41 da LO) e no âmbito da província de Buenos Aires (artigo 22 da Lei 11.653 sobre Procedimento Trabalhista) a fim de contemplar as nuances que a constituem como um mecanismo hábil e adequado para garantir a desejada proteção judicial efetiva. O trabalhador por sua condição frágil na relação de trabalho encontra - se em uma situação assimétrica com relação ao seu empregador, tal razão é que levou a lei substancial e processual, a planificar mecanismos que consagram uma tutela preferencial em virtude da classe trabalhadora, enraizado principalmente no princípio protetor que ilumina o Direito Trabalhista.

Palavras Chave: Gratuidade - processo trabalhista - tutela diferenciada

Résumé: Cet article investigate la figure du bénéfice de gratuité qui a été reconnu aux travailleurs et travailleuses, depuis déjà de nombreuses

années dans la législation nationale (art. 20 de la Loi Nat. 20.774 et 41 de la LO) et dans l'espace de la province de Buenos Aires (article 22 de la loi 11.653 sur le droit judiciaire du travail), ceci afin d'identifier les nuances qui le constituent en tant que mécanisme habile et approprié qui garantit la tant attendue protection judiciaire effective. Le travailleur, en position de faiblesse dans la relation de travail, se retrouve dans une situation asymétrique vis à vis de son employeur, ce qui a conduit dans le droit substantiel et procédural, à la conception de mécanismes consacrant une tutelle préférentielle pour les travailleurs, enraciné principalement dans le principe protecteur qui régit le droit du travail.

Mots-clés: gratuité - procédure judiciaire du travail - tutelle différenciée

*El Derecho no es un fin, sino un medio.
En la escala de valores no aparece el Derecho.
Aparece, en cambio, la justicia, que es un fin en sí
y respecto de la cual el Derecho es tan sólo un
medio de acceso.
La Lucha debe ser, pues, la lucha por la justicia.*
Eduardo J. Couture

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto indagar en la figura del beneficio de gratuidad que se les ha reconocido a los trabajadores y trabajadoras, desde ya hace muchos años en la legislación nacional (art. 20 de la Ley Nac. 20.774 y 41 de la LO) y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (art. 22 de la Ley 11.653 de Procedimiento Laboral), ello en clave de vislumbrar los matices que lo constituyen como un mecanismo hábil e idóneo para garantizar la añorada tutela judicial efectiva.

Es sabido que el trabajador por su condición débil en la relación laboral, se encuentra en una situación asimétrica con respecto a su empleador, tal motivo es que ha propiciado en los ordenamientos sustanciales y procesales, el diseño de mecanismos que consagran una tutela preferente en virtud de la

clase trabajadora, enraizada principalmente en el principio protectorio que ilumina el Derecho del Trabajo².

La ocasión torna insoslayable para un correcto tratamiento de la temática, rever el contexto discursivo clásico del “acceso a la justicia” como derecho y garantía constitucional y convencional que pretende asistir –al menos en términos formales-, a todas y cada una de las personas, sin distinción alguna y en condiciones de igualdad real en el marco del moderno Estado social de Derecho.

II. El beneficio de gratuidad laboral como mecanismo de tutela preferente

Los modelos de Estados -que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo- han incidido fuertemente sobre las características adoptadas en las relaciones jurídicas intersubjetivas, y como estas debían de producirse. En este sentido, Berizonce sabiamente ha expresado que el siglo que vivimos -refiriéndose al s. XX, cuestión que se extiende consecuentemente al actual s. XXI- ha asistido al tránsito inexorable del Estado liberal individualista al Estado Social de Derecho, producto de profundas transformaciones políticas, económicas y sociales. El sistema de libertades formales decimonónico se ve superado por las exigencias propias de la efectividad, en concreto, de los derechos y garantías que resguarda la Constitución³.

Este movimiento que es consecuencia de las luchas de los trabajadores por la llamada “cuestión social”, derivo en la

² “A poco que se intenta el camino... se advierte que la fundamentación del principio de protección se confunde con la de la propia razón de ser del Derecho del Trabajo, y esto explica, una vez más, la inescindible relación entre la aceptación de la existencia de la disciplina y la función primera de tal principio, liadas precisamente por la justificación de éste”. ACKERMAN, Mario E., TOSCA, Diego M., *“Tratado de Derecho del Trabajo”*, Tomo 1, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 317 y s.s.

³ BERIZONCE, Roberto O., *“Efectivo acceso a la justicia. Propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho”*, Librería Editora Platense, La Plata, 1987, pág. 5 y s.s. En este sentido, CARNELUTTI, Francesco. *“Derecho y Proceso”*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 23.

consagración de un conjunto de normas confesadamente desigualitarias, en su contenido -aunque no en su fin-, donde podemos situar al *beneficio de gratuidad*, con destinatarios de protección preferente en razón de su estado de mayor vulnerabilidad. Estas nuevas desigualdades, consagradas jurídicamente, no pueden ser consideradas privilegios, porque sólo tienen por función compensar otras desigualdades, preexistentes en la sociedad y causantes de desamparo⁴.

Esto es así, porque la igualdad como tal porta un ideal que se desprende en el mayor de los casos de la realidad concreta, por tal motivo Gelli dice que sostener que todos los habitantes son iguales ante la ley sólo constituye un principio valioso pero incompleto. Una garantía mayor de la igualdad exige un análisis de razonabilidad más intenso para controlar las pautas con las que se construyeron las categorías⁵.

Teniendo su base en la Constitución Nacional (en lo sucesivo, CN) en el artículo 16, el cual reza en su parte pertinente que “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”, la disposición es un pilar del Derecho Constitucional y eso es innegable y se celebra, pero también es hija del Derecho liberal-individualista donde se consideraba a las partes libres y en igualdad de condiciones para acordar sus relaciones, presunción que solo se nutre de ficción, por ello es tan importante considerar, como decía BIDART CAMPOS la igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres. La igualdad no significa igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en el trato igual de los desiguales⁶.

⁴ SOSA, Rodolfo A., “Concepto y contenidos del Derecho Social”, Disponible en: http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf [Fecha de consulta: 25/7/2018].

⁵ GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 182 y s.s.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada” Tomo I: 3º reimpresión, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 529 y s.s.

Esta circunstancia que es producto de la realidad, ha sido atinadamente receptada por el legislador en el art. 17 bis de la LCT estableciendo que “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”⁷.

Enfocándonos en el marco constitucional de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, CPBA), el artículo 11 refiere en un sentido similar a lo establecido en la C.N -como vimos ut supra-, no obstante va más allá al hacer referencia expresa a los Tratados Internacionales celebrados por la Nación, y al deber que tiene la Provincia de promover el desarrollo integral de sus habitantes garantizando la igualdad de oportunidades. En este aspecto, destaca Cornaglia que en el mundo del trabajo es de vital importancia efectivizar operativamente estos conceptos que hacen a las posibilidades del desarrollo de la personalidad del trabajador en todas sus potencialidades⁸.

A estas instancias del recorrido emprendido, entendemos apropiado referirnos a lo que se ha denominado “tutela procesal diferenciada”, Berizonce -con su pluma característica e imperecedera-, ha dicho que -dentro de nuestro sistema- las tutelas procesales diferenciadas encuentran genéricamente explícito soporte en los preceptos constitucionales, que habilitan una verdadera justicia “protectora” o “de acompañamiento”. Asimismo, al clasificar entre tutelas diferenciadas orgánicas funcionales o procesales, engloba al beneficio de gratuidad en estas últimas.

Independientemente de tal distinción, enseña que, mediante la utilización de las mencionadas técnicas, lo que se persigue como objetivo central es asegurar en concreto la tutela de los

⁷ Este artículo se encontraba prístinamente regulado en el art. 19, pero fue derogado por la reforma general de la ley laboral, realizada por la dictadura iniciada en 1976. Posteriormente, la Ley N° 26.592 B.O. 21/5/2010 lo dispuso en el actual art. 17 bis.

⁸ Es dable mencionar a que a nivel nacional la “igualdad real de oportunidades” se encuentra prevista en el art. 75 inc 23 (C.N.). CORNAGLIA, Ricardo J., “*Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 285.

derechos de linaje preferencial, fundamentales en el escrutinio de la Constitución (como son los derechos sociales prescriptos en el art. 14 bis de la CN). Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva⁹.

Como corolario se puede aseverar que la existencia misma de sujetos de derecho que puedan tener “preferente tutela” implica derechos diferenciales, con lo que el mismo texto constitucional en particular y el ordenamiento jurídico en general, se torna en una norma desigualitaria en beneficio de aquellos que el sistema considera en situación de necesidad de mayor protección¹⁰.

III. Incidencia de la gratuidad laboral con el derecho de acceso a la justicia

Es de todo conocimiento que la idea y trascendencia del derecho humano fundamental de acceso a la justicia, ha despertado desde ya hace varias décadas –en el orden nacional e internacional- un profundo interés y compromiso por delinear instrumentos capaces de derribar las vicisitudes estructurales y orgánicas existentes, con el elemental propósito que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado¹¹.

⁹ BERIZONCE, Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, publicado en Revista de Derecho Procesal N° 2008 (2), págs. 35 a 49.

¹⁰ En términos de la Corte Suprema de Justicia (Fallo 327:3753), la CN vigente ha consagrado como “sujetos de preferente tutela constitucional”, primero a los trabajadores, a través de la consagración de los derechos sociales del art. 14 bis, y luego a los consumidores, los niños y niñas, las mujeres, las personas de edad, etc., a través de los arts. 41, 42, 75 inc. 23 y los Instrumentos de Derechos Humanos consagrados con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22, del texto constitucional resultante de la reforma de 1994. SOSA, Rodolfo A., ob. cit. págs. 15.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro., GARTH, Bryant., “El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general”, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983, págs. 18 y s.s.

En este contexto, el denominado beneficio de gratuidad ó de pobreza, se ha constituido como un autentico dispositivo tendiente a igualar las armas en el marco de un proceso judicial, entre las partes implicadas y así poder ejercer una legítima defensa de los derechos en juego (art. 18, 75 inc. 22 de la CN). Tal como señaláramos al inicio, ha sido susceptible de ser recepcionado tanto en la legislación de fondo como de procedimiento.

Con motivos de establecer un orden apropiado, a los fines del desarrollo, se abordara en primer lugar la recepción sustancial que ha tenido la figura en el art. 20 de la LCT, la cual se mantiene de forma incólume y dispone que: “El trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno. En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante”.

Nos inclinamos por el criterio, que dicho artículo responde a la máxima que proclama que “donde hay un derecho tiene que haber un remedio”, entendido este último como el medio para hacer efectivo el ejercicio de los derechos que han sido reconocidos. Profusa y destacada jurisprudencia ha sido adoptada en este sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), v.g.: “Siri”, “Kot”, “Halabi”, etc.

Tal principio de gratuidad universalmente aceptado por la doctrina, ha considerado que esta disposición responde a una exigencia básica, a raíz de que resulta insuficiente con que la ley consagre derechos, sino que es menester que facilite el acceso del trabajador al estrado judicial o administrativo a fin de obtener el reconocimiento de los mismos cuando considere que se los han conculcado o desconocido¹².

¹² VAZQUEZ VIALARD, Antonio, “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 282 y s.s. Asimismo, se ha considerado que la gratuidad es uno de los caracteres del proceso laboral, erigiéndose en un principio a través del cual se trata de

En este orden de ideas, es evidente que sería ciertamente estéril consagrar derechos laborales y regularlos imperativamente a favor del trabajador, si luego el proceso, como medio de acceso a esos beneficios, constituyera un verdadero obstáculo para la vigencia efectiva de las normas de fondo¹³.

En punto a la igualdad, concepto fundamental inserto en la idea estructural del beneficio de gratuidad, hay quienes consideran que este constituye una manifestación del principio protectorio, uno de los principios generales del derecho del trabajo¹⁴. Esta última referencia, me permite rememorar en términos expresados por Oteiza, que los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular”¹⁵.

En efecto, configurándose una cuestión de principios¹⁶ en palabras de Dworkin, se ha entendido que el principio

asegurar la plena vigencia de los derechos reconocidos por ley en relación al trabajador. LOPEZ, Justo, CENTENO, Norberto O., FERNANDEZ MADRID, Juan C., “*Ley de contrato de trabajo comentada*”, tomo 1, Ed. Contabilidad moderna, Buenos Aires, 1977, pág. 170 y s.s.

¹³ GATTI, Ángel E., “*Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada, con jurisprudencia*”, Ed. B de F, Buenos Aires, 2000, Pág. 36 y s.s.

¹⁴ ETALA, Carlos A., “*Contrato de Trabajo*”, 4ta edición actualizada, Edición Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 77 y ss.; COPANI, Mónica A., “*Ley de contrato de Trabajo: Comentada, anotada y concordada*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 32 y s.s.

¹⁵ OTEIZA, Eduardo., “*Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad*”, Publicado en Roberto O. Berizonce (coord.). Principios procesales. La Plata: LEP, 2011. En este sentido Berizonce ha dicho que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones. BERIZONCE, Roberto O., “*Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)*”, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, año 9, n° 40, 2012, págs. 257/289.

¹⁶ DWORKIN, Ronald., “*Una cuestión de principios*”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2017.

protectorio ó de protección es “una directriz política o una preferencia axiológica que reclama que en las relaciones laborales se otorgue una tutela o amparo preferente a las personas que trabajan”¹⁷.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se recepto el principio de gratuidad a favor de los trabajadores y sus causahabientes en el art. 22 de la Ley 11.653, el cual dice: “Los trabajadores o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de gratuidad. La expedición de testimonios, certificados, legalizaciones o informes en cualquier oficina pública será gratuita. En ningún caso les será exigida caución real o personal para el pago de costas, gastos u honorarios o para la responsabilidad por medidas cautelares. Sólo darán caución juratoria de pagar si mejorasen de fortuna”. Respecto de los trabajadores estatales, se dispuso con similar alcance por medio de la Ley Provincial 12.200. En cuanto al marco constitucional, la provincia de Buenos Aires cuenta con una expreso mandato en relación a la gratuidad que asiste a la categoría de trabajadores, ello en el art. 39 inc 3º, consagrándose un plexo protectorio laboral realmente valorable y que además, contribuye directa y plenamente a la efectividad de los derechos sustanciales¹⁸.

Ubicada en el vértice del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, la SCBA ha delineado a través de sus diversas

¹⁷ ACKERMAN, Mario E...ob. cit. pág. 319. Asimismo, se ha expresado que por imperio de este principio, el trabajador -indudable destinatario de la protección- se convierte en un sujeto que debe recibir una preferente tutela jurídica del ordenamiento jurídico laboral. ORSINI, Juan Ignacio., “*Los principios del Derecho del Trabajo*”, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, año 7, n° 40, 2010, págs. 489/506.

¹⁸ FERREIROS, Estela M., “*Procedimiento laboral de la provincia de Buenos Aires (ley 11.653)*”, Ed. La Roca, Buenos Aires, 2003, pág. 240 y s.s.; En otro plano, el envío de piezas postales referidas por la ley 23789 (B.O. del 21/7/1990) y sus modificatorias establece un sistema para los trabajadores dependientes y para los jubilados y pensionados un servicio “gratuito” para el remitente. Este servicio puede ser utilizado para cualquier comunicación, vinculada con el contrato de trabajo, dirigida al empleador. VELASCO, Luis M., “*El principio de gratuidad. Concepción y génesis. Alcances. Doctrina y jurisprudencia. Su especial proyección en el ámbito procesal bonaerense*”, Publicado en La Ley, cita online 0003/400769.

decisiones una doctrina legal sólida en cuanto al beneficio de gratuidad y sus diversas aplicaciones. Probablemente la imposición de costas al vencido, y siendo este un trabajador que goza del beneficio de gratuidad referido, es y ha sido un tema generador de múltiples debates alcanzando los estrados del Superior Tribunal Provincial. En principio la SCBA tiene dicho por una inveterada jurisprudencia que la imposición y distribución de las costas constituye una típica cuestión de hecho propia de las instancias de mérito y exenta, como tal, de censura en casación, salvo absurdo, que sólo se verifica cuando se ha alterado burdamente el carácter de vencido o existe iniquidad manifiesta en el criterio de distribución¹⁹. Sin perjuicio de ello, la SCBA en oportunidad de ingresar sobre el fondo de la cuestión, ha resuelto que el beneficio de gratuidad (art. 22 Ley 11.653) no obsta a la imposición de costas en aquellos casos es que él trabajador ha resultado ser la parte vencida en el proceso, y sus efectos se proyectan de pleno derecho hacia el futuro como un eximente de pago hasta tanto se acredite que mejor de fortuna el beneficiario²⁰; incluso en aquellos casos en que el Tribunal de origen se ha declarado incompetente²¹. Además, solo se le con-

¹⁹ SCBA, c. L. 114.577, “Díaz”, sent. del 24-06-2015; c. Ac. 92.271, “Champignones Argentinos S.A.”, sent. del 9-8-2006.

²⁰ SCBA, c. L. 106.998, “Fani de Berardo”, sent. del 3-7-2013; c. L. 89.615, “Ortigosa”, sent. del 28-5-2008; c. L. 87.519, “Palma”, sent. del 19-9-2007. Además, se puede mencionar aunque sucintamente el Fallo 340:910 de la CSJN “López”, del 4-7-2017, donde se decidió revocar la sentencia de la CNAT que había impuesto las costas a la ART, siendo esta la parte vencedora en ambas instancias ordinarias. En mi humilde opinión, es elogiable el voto de la camarista Cañal haciendo referencia al derecho de acceso a la justicia y a normas de Derecho Internacional Humanitario, empero, entiendo que en ese afán se incurrió en una interpretación forzosa en cuanto a la imposición de las costas. En este sentido, el Dr. Guida (Presidente del Tribunal del Trabajo N°1 del Departamento Judicial de La Plata) ha calificado la decisión como “disparatada”, y que la CSJN no ha innovado en nada en cuanto a lo ya dicho con respecto al beneficio de gratuidad y la imposición en costas al trabajador vencido. v.g.: Fallos 337:1555, 339419, etc. Disponible en: www.eldia.com. [Fecha de consulta: 29/7/2017].

²¹ Destaco del voto del Dr. De Lazzari, que con su agudo razonamiento nos ilustra que para que cese tal beneficio su revocación debe ser expresa y debidamente fundada. O, en otras palabras, si se ha de imponer una excepción al principio de gratuidad en materia laboral, esta excepción debe tener consagración expresa y motivación adecuada, so pena de nulidad,

cede este beneficio a quienes acrediten en el proceso judicial la relación laboral dependiente²², y no siendo necesaria expresa mención del beneficio en el acto sentencial por cuanto es un derecho otorgado al trabajador -y a sus causahabientes²³- por ministerio legis²⁴.

IV. Conclusión

La labor emprendida nos ha permitido reflexionar acerca de lo importante y/o esencial que resulta en el marco de una sociedad democrática y ajustada a derecho, que existan dispositivos de igualación real, que se concretizan en el presente estudio con el beneficio de gratuidad aplicado al proceso laboral, sumado al abrigo del acceso a la justicia y del principio protectorio.

La cuestión no culmina aquí, por cuanto entendemos que la sociedad dinámica actual requerirá de proyecciones que optimicen las prácticas y estructuras establecidas, procurando un desarrollo acorde a los paradigmas de los Derechos Humanos, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y principalmente sensible a la inequidad social imperante, máxime si se pondera desde la óptica de quienes el derecho se presenta como esperanza de una vida más digna²⁵.

porque -de ocurrir tal contingencia- quedaría comprometida la tutela judicial continua y efectiva del afectado, en desmedro de lo preceptuado por el art. 15 de la Constitución provincial y se estaría comprometiendo el principio protectorio consagrado en el art. 14 bis de la Constitución nacional. SCBA, c. L. 116.353, "Morón", sent. del 13-5-2015.

²² SCBA, c. L. 118.123, "Musci", sent. 30-9-2014; c. L. 104.646, "Jorquera", sent. 17-8-2011.

²³ Se hace extensivo la concesión del beneficio respecto de la conviviente, denominación adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación (antes denominada "concubina") CSJN 14-9-2010, 333:1765, La Ley Online: AR/JUR/51215/2010.

²⁴ SCBA, c. L. L. 108.219 "González", 6-4-2016; c. L. 93.705 "Galli", sent. de 4-2-2000; c. L. 72.223 "Herrera", sent. de 18-6-2003; c. L. 60.459 "Orosco", sent. de 28-10-1997.

²⁵ KENNEDY, Duncan., *"Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica"*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, pág. 23.

Política migratoria argentina. El rol de las Defensorías del Pueblo como instituciones de garantía de derechos humanos

Argentine immigration policy. The role of the Ombudsman's Offices as guarantee institutions of human rights

Política de imigração argentina. O papel das Defensorias Públicas como instituições de garantia dos direitos humanos

Politique migratoire argentine. Le rôle des « Défenseurs du Peuple » en tant qu'institution de garantie des droits de l'homme

Camila Carril | Universidad de Buenos Aires

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 195-233

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e179>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8179-4513>

Recibido: 15/04/2018

Aprobado: 01/06/2018

Resumen: El presente trabajo tiene dos aristas. Por un lado, atraviesa los distintos momentos de la política migratoria argentina desde la sanción de la Ley 25.871 hasta los cambios operados a partir de la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17. En este marco, se analizan los principales aspectos del DNU 70/17, en lo que respecta al procedimiento sumarisimo de expulsión, para poner en evidencia cómo estas reformas resultan regresivas. Por otro lado, aborda el modo en que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, actúa en la temática migratoria, como un actor local con experiencia y capacidad de acción e incidencia en la política migratoria a nivel nacional. De este modo, se deriva la necesidad de reforzar la potencialidad de las Defensorías del Pueblo más allá de los límites territoriales de competencia, teniendo presente su posición estratégica para la incidencia en el desarrollo de tal política.

Palabras claves: migración-defensoría del pueblo-derechos humanos

Abstract: The present work has two edges. On the one hand, it goes through the different moments of Argentine migration policy from the enactment of Law 25,871 to the changes that have been made since the Decree of Necessity and Urgency came into force 70/17. In this framework, the main aspects of the DNU 70/17 are analyzed, with regard to the summary procedure of expulsion, to show how these reforms are regressive. On the other hand, it addresses the way in which the Ombudsman of the City of Buenos Aires, acts on the issue of migration, as a local actor with experience and capacity for action and impact on immigration policy at the national level. In this way, the need to reinforce the potential of the Ombudsman's Offices beyond the territorial limits of competition is derived, bearing in mind their strategic position to influence the development of such policy.

Keywords: Migration. Ombudsman. Human Rights.

Resumo: O presente trabalho tem duas arestas. Por um lado, atravessa diferentes etapas da política de imigração da Argentina desde a promulgação da Lei 25.871 até as mudanças realizadas a partir da entrada em vigor do Decreto de Necessidade e Urgência 70/17. Neste contexto, se analisam os principais aspectos do DNU 70/17, no que diz respeito ao procedimento sumário de expulsão, para mostrar como estas reformas são regressivas. Por outro lado, aborda como a Defensoria Publica da Cidade de Buenos Aires, atua sobre as questões de migração, como um agente local com experiência e capacidade de ação e incidência sobre a política de imigração a nível nacional. Desta forma, a necessidade de reforçar o potencial das Ouvidorias além dos limites territoriais da competição é derivada, tendo em mente sua posição estratégica para influenciar o desenvolvimento de tal política.

Palavras-chave: migração- defensoria publica -direitos humanos

Résumé: Le présent travail traite de deux aspects. D'une part, il traverse les différents moments de la politique migratoire argentine depuis l'adoption de la loi 25.871 jusqu'aux modifications apportées depuis l'entrée en vigueur du décret de Nécessité et Urgence 70/17. Dans ce cadre, ce travail analyse les principaux aspects du DNU 70/17, en ce qui concerne la procédure sommaire d'expulsion, pour mettre en évidence l'aspect régressif de ces réformes. D'autre part, il aborde la manière dont

le Défenseur du Peuple de la ville de Buenos Aires agit en matière de migration, en tant qu'acteur local ayant une expérience et une capacité d'action et un impact sur la politique migratoire au niveau national. De ceci en découle la nécessité de renforcer « la potentialité » des Défenseurs du Peuple au-delà des limites territoriales de compétence, en gardant à l'esprit leur position stratégique d'incidence sur le développement de tel type de politique.

Mots-clés: Migration- Défenseurs du Peuple- Droits humains

La expulsión del chivo expiatorio expresaba una necesidad excepcional de distancia en una sociedad de prójimos. Hoy en día, a causa de la superpoblación y de la complejidad de la vida urbana, la necesidad de distancia se ha impuesto en la vida cotidiana.

Luigi Zoja, "La muerte del Próximo" (2015)

I. Introducción

La sanción de la Ley de Política Migratoria Argentina 25.871, en el año 2003, estuvo signada por la nueva agenda regional y los acuerdos de residencia que reconocieron el compromiso de los Estados parte del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) de armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (Decisión CMC 28 del 06/12/2002). En este marco, diversas instituciones y organizaciones plantearon la necesidad de reforma de la Ley 22.439 conocida como Ley Videla -por haber sido sancionada durante la dictadura militar- en tanto resultaba incompatible con los nuevos desafíos asumidos en materia de derechos humanos. Fue así que a través de la Mesa de Organizaciones de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos de los Migrantes se promovió la confección de un proyecto de ley a través de un trabajo conjunto con las comisiones legislativas.

Cabe destacar que uno de los aspectos más controvertidos de la Ley Videla estaba dado por la habilitación que daba a la

Dirección Nacional de Migraciones y a su policía auxiliar para ordenar y ejecutar detenciones y expulsiones de extranjeros, sin ningún tipo de intervención o control del Poder Judicial vulnerando las garantías procesales básicas (arts. 37, 40 y 42). Esta situación fue radicalmente modificada en la Ley 25.871, la que no sólo previó el control judicial de las decisiones de la administración pública, sino también la garantía de debido proceso de la actuación administrativa de la que se destaca el derecho de defensa (arts. 61, 74 y 86).

De este modo, la Ley 25.871 fue resultado de un proceso de transformación democrático motorizado por la participación de distintos actores estatales y de la sociedad civil y conocida, por las características en las que se produjo su sanción y posterior reglamentación en el año 2010, como la Ley de la Democracia¹.

Uno de los pilares que la caracteriza es el reconocimiento de la migración como un “derecho esencial e inalienable de la persona garantizado sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (art. 4). El reconocimiento de la migración como derecho humano trajo aparejado, por parte del Estado, un conjunto de obligaciones jurídicas orientadas a respetar, proteger y hacer cumplir el acceso y el ejercicio efectivo de dicha atribución por parte de la población migrante.

Además, interesa resaltar la existencia de un conjunto de modificaciones normativas destinadas a facilitar el proceso de regularización migratoria. Así, la ley incorpora como criterio de residencia el vínculo con pariente argentino o radicado permanente (art. 22). También agrega a los tradicionales criterios de radicación

¹ El proceso democrático que dio por resultado la sanción de la Ley 25.871 ha sido abordado acabadamente por diversos autores. A tal fin, véase Giustiniani, Rubén (comp.) (2004), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo. En igual sentido, Pacceca, María Inés y Courtis, Corina (2008), *Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas*, Centro Latinoamericano Caribeño de Demografía (CELADE)- División de Población de la CEPAL, disponible en www.cepal.org/publicaciones/xml/9/34569/lcl2928-P.pdf. Asimismo, en Ceriani Cernadas, Pablo y Morales, Diego (2011), *Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos*, Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), disponible en tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/INT_CMW_NGO_ARG_15_7940_S.pdf.

(trabajo, estudio, tratamiento médico), la residencia por nacionalidad de país del MERCOSUR o países asociados (art. 23 inc. 1).

Respecto de las restricciones o impedimentos para el ingreso al país, la norma establece causales ligadas principalmente a cuestiones de carácter penal (art. 29).

Por su parte, en el terreno de los derechos sociales el cambio también fue trascendental. A diferencia de la normativa anterior la actual ley de migraciones establece el acceso al derecho a la educación y a la salud independientemente de la condición migratoria de la persona (arts. 6, 7 y 8).

Si bien esta Ley es modelo en el mundo, el recorte de garantías realizado a partir de las modificaciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17 (sancionado el 31 de enero de 2017), pone en crisis aspectos sustanciales que fueron resultado de un amplio consenso político, social e institucional.

Estos cambios en la política migratoria argentina se insertan en un contexto mundial de políticas de movilidad humana restrictivas y de contenido xenófobo. En este marco, la migración es el chivo expiatorio, el responsable de la falta de recursos en los hospitales, en las escuelas o universidades².

La Organización de Naciones Unidas aseguró que “todos los migrantes, en virtud de su dignidad humana, están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, sin discriminación, en condiciones de igualdad con los ciudadanos” (declaración pública del 13 de diciembre de 2013). Sin embargo, la realidad demuestra otro escenario normativo que merece reflexión.

² Así puede verse el proyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación por el diputado Luis Alfonso Petri por el cual se promueve la modificación del acceso a la salud y educación de las personas migrantes a condición de reciprocidad. Este proyecto se impulsó luego de las declaraciones del Gobierno de la provincia de Jujuy de impulsar un proyecto en la provincia para que las personas de nacionalidad boliviana paguen por la atención médica en Argentina. Véase: www.lanacion.com.ar/2111530-el-ministro-de-salud-jujeno-advirtio-que-quieren-que-bolivia-pague-por-la-atencion-medica, www.perfil.com/sociedad/jujuy-quiere-que-los-extranjeros-paguen-por-la-atencion-en-los-hospitales-publicos.phtml y www.telam.com.ar/notas/201802/253365-salud-extranjeros-cobro-hospitales-publicos.html.

En razón de ello, me interesa aquí poder repasar los principales aspectos del DNU 70/17, en lo que respecta al procedimiento sumarísimo de expulsión, para poner en evidencia cómo estas reformas resultan regresivas. En especial, tomando en consideración el derecho de acceso a la justicia y el control judicial de las decisiones de la administración pública.

Por su parte, considerando la inserción de instituciones de derechos humanos en las estructuras estatales, tales las Defensorías del Pueblo (Ombudsman), también expondré cómo éstas pueden abordar la temática migratoria en Argentina, a partir del trabajo desarrollado en la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II. Reformas introducidas por el DNU 70/17: garantías y debido proceso en el marco del procedimiento sumarísimo de expulsión

Para poder desarrollar el nuevo marco normativo es necesario delinear los principales aspectos de la Ley 25.871 en su redacción anterior a la reforma.

Así, cuando una persona iniciaba un trámite de regularización migratoria ante la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y ésta rechazaba la solicitud, la Ley establecía un **procedimiento recursivo especial administrativo y judicial**, con plazos que iban de 10 días para la etapa administrativa a 30 días para la revisión judicial. Es dable remarcar la importancia de la revisión judicial de lo actuado porque antes de la Ley 25.871 no existía tal revisión, es decir, la DNM dictaba una expulsión, ordenaba y ejecutaba la retención para hacerla efectiva, sin intervención judicial. Es decir, en el marco de la Ley Videla, la DNM era juez y parte.

La Ley 25.871 en su redacción original, preveía que una persona que era expulsada por algunas de las causales que la ley consideraba “impedimentos de radicación” (regulados en el art. 29) contaba con tres instancias recursivas en sede administrativa: reconsideración con jerárquico en subsidio, jerárquico

y alzada optativa ante el Ministerio del Interior, con plazos que van de 10 a 15 días desde la notificación fehaciente. Por su parte, la DNM disponía de 30 días para resolver el recurso correspondiente. Luego, agotada la instancia administrativa, se habilitaba la instancia de revisión judicial y se contaba con 30 días hábiles para interponer el recurso. A su vez, para el caso de actos firmes, otro de los recursos que disponía la ley era el de revisión del art. 90 que señalaba que “(s)erán susceptibles de revisión las decisiones [de oficio o a petición de parte] cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida”. Este recurso permitía, en general, revisar decisiones firmes adoptadas hace mucho tiempo pero no ejecutadas. Así, por ejemplo, el nacimiento de un hijo era considerado hecho nuevo de entidad suficiente, en los términos de ese artículo. Otro aspecto de este procedimiento especial es el de los efectos suspensivos de las medidas adoptadas hasta tanto queden firmes (cf. art. 82), a diferencia de la ejecutoriedad como nota característica de los actos administrativos.

Sin embargo, a partir del DNU ese procedimiento recursivo ordinario de 10, 15 y 30 días de plazo, solo mantuvo su vigencia con respecto a los supuestos genéricos de constatación de un impedimento para radicarse e incumplimiento de requisitos legales y en relación a las cancelaciones de residencia por permanencia fuera del país así como por desnaturalizar las razones que motivaron el otorgamiento de la residencia.

De este modo, se incorporó un nuevo procedimiento abreviado que abarca a casi la totalidad de los casos y modificó las características generales del procedimiento administrativo migratorio, conforme describiré a continuación.

II.1. Motivación del DNU

Preliminarmente, no quiero dejar de señalar los motivos alegados por el Poder Ejecutivo para modificar la Ley 25.871.

Sucintamente, se pueden extraer tres fundamentos principales: 1) los procesos en materia migratoria pueden prolongarse por plazos muy extensos; 2) es elevado el número de extranjeros encarcelados en el sistema penitenciario federal y; 3) la permanencia de extranjeros con antecedentes delictivos dificulta el cumplimiento de los objetivos de la ley en lo que hace al orden internacional y la justicia lo que repercute, en última instancia, en la seguridad pública.

Sin embargo, desde el punto de vista sustantivo no se observan circunstancias excepcionales en los términos del art. 99 inc. 3 de nuestra Constitución Nacional que impidieran sesionar al Congreso. Tampoco es posible extraer del texto del DNU cuáles serían las razones de urgencia. En efecto, no se explica cómo la duración del procedimiento de expulsión de migrantes con antecedentes penales o que hubieren cometido infracciones administrativas (como carecer del ingreso al país) incide en la seguridad pública o podría ser un exponente del avance del narcotráfico en Argentina. Si así fuera, de todos modos, no es posible establecer una relación entre la causa expuesta y la reforma implementada que alcanza a cualquier tipo de delito con pena privativa de la libertad (por ejemplo, una infracción a la ley de marcas o una tentativa de hurto).

II.II. Procedimiento migratorio especial sumarísimo

A través de los cambios operados en los artículos 29 y 62 se ampliaron los supuestos de expulsión y cancelación de la residencia que quedaron abarcados por el procedimiento sumarísimo que regula la norma en su nuevo artículo 69.

De este modo, por un lado, se incorporó la obligación de informar la existencia de antecedentes penales, condenas o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad. Su omisión es causal impeditiva del ingreso y permanencia. A su vez, se eliminó la limitación temporal de expulsión por condenas o antecedentes que se correspondan a delitos con penas privativas de la libertad mayores a tres años. De este modo, cualquier delito

con pena privativa de la libertad constituye un impedimento para ingresar y/o radicarse. En tal sentido, a modo de ejemplo, la venta ambulante que pueda implicar infracción a la ley de marcas, una tentativa de hurto, una protesta o manifestación pública que pueda derivar en una investigación penal, son causales que obstan al ingreso y permanencia.

Por otra parte, se incluyó la cancelación de la residencia por haber omitido informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas o requerimiento judicial o de las fuerzas de seguridad. Asimismo, se eliminó la limitación temporal de cinco años (y firmeza de la residencia) y la clasificación según sea doloso o culposo el delito, para la cancelación de la residencia. En la nueva redacción, la residencia puede ser cancelada cuando la persona fuera condenada aunque esa condena no esté firme. Si la condena está firme, la cancelación es automática.

Más allá de la ampliación de los supuestos penales que quedaron comprendidos en el procedimiento sumarísimo, cabe destacar que dicho procedimiento abarca a casi la totalidad de los impedimentos regulados en el artículo 29 -desde el inciso a) al k)- y a las cancelaciones dispuestas en el artículo 62 (incisos a, b, c y f), y a los restantes supuestos de dichos artículos que impliquen gravedad institucional.

En consecuencia, se habilitan dos procedimientos: el sumarísimo aplicable a casi la totalidad de los casos y el ordinario -descrito en el apartado anterior- que únicamente se aplicará a los supuestos de declaración de irregularidad e incumplimientos de requisitos legales y a las cancelaciones por permanencia fuera del país así como por desnaturalizar las razones que motivaron el otorgamiento de la residencia. No obstante, estos supuestos podrían quedar alcanzados por el procedimiento sumarísimo con la sola alegación de gravedad institucional, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad a la administración pública para decidir qué tipo de procedimiento aplicará.

Seguidamente, cabe reseñar cómo es el procedimiento sumarísimo que la norma ha regulado en su artículo 69, el cual

cuenta con hasta undecies. Así, ha establecido un único recurso administrativo, el jerárquico, que debe interponerse en el plazo de tres días improrrogables desde la notificación (no refiere que esa notificación sea fehaciente a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario). Para que no queden dudas sobre la procedencia de otros recursos, la norma aclaró que no procede ni el recurso de reconsideración ni el de alzada.

Por su parte, se menciona el derecho a tomar vista de las actuaciones, tanto en el marco de este procedimiento como en el ordinario, por tres días hábiles, suspendiéndose los plazos para interponer recursos por única vez.

Ello así, una vez agotada la vía administrativa, se dispone de un plazo de tres días desde la notificación para interponer el recurso de revisión judicial. Dicho recurso debe ser presentado por escrito, fundado y con patrocinio letrado ante la DNM quien debe remitir las actuaciones dentro de los tres días hábiles siguientes al juez federal competente. Junto con esta elevación, la DNM debe presentar un informe circunstanciado sobre la procedencia de la habilitación de instancia y acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. El juez, previo a resolver, debe dar vista al fiscal por dos días para que se expida sobre la habilitación de instancia, luego de lo cual deberá resolver sobre ello en un día hábil. Cabe destacar, que la norma establece que si el recurso no cumpliera los requisitos establecidos en cuanto a la forma de interposición y los plazos, el juez lo deberá rechazar *in limine*. Fuera de este caso, el juez tendrá tres días hábiles para dictar sentencia la que debe expresamente resolver sobre la expulsión dictada y la procedencia de la retención solicitada. Se prevé el recurso ante la Cámara Federal correspondiente en los mismos plazos y condiciones que las pautadas para el recurso en primera instancia. Finalmente, la norma establece que dictada la sentencia por la Cámara Federal y habiendo quedado firme o denegado el recurso extraordinario federal, la DNM, en caso de corresponder, ejecutará la medida de expulsión sin más trámite.

Es posible observar que este procedimiento se aparta del marco legal establecido por el Congreso e impacta sobre las capacidades efectivas para realizar una defensa técnica adecuada. En tal sentido, por más que la DNM deba producir un informe en tres días, su falta de cumplimiento en plazo no tiene consecuencias. En cambio, si la persona migrante no interpone en plazo el recurso es pasible de la medida más gravosa que un Estado pueda adoptar en materia migratoria: la expulsión del país y la solicitud de retención a fin de hacerla efectiva.

Por su parte, nótese que también se han restringido los alcances del control judicial ya que el juez deberá rechazar *in limine* la acción interpuesta que no hubiera cumplido con los requisitos formales de la presentación o los exiguos plazos legales establecidos. De este modo, no es posible que el juez revise el fondo ni le ordene a la DNM que lo haga cuando lo hubiere rechazado por extemporáneo (en tanto denuncia de ilegitimidad según la doctrina que emerge del caso judicial “Gorordo”³ y lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal en “Peralta Valiente”), lo que constituye un tratamiento discriminatorio, en razón de la nacionalidad del recurrente. Esta circunstancia se agrava si se considera la supresión del recurso de revisión previsto en el art. 90 de la Ley 25.871 en su redacción original, conforme describiré en el apartado siguiente.

Por último, en lo que respecta al control judicial se dispuso que el Juez no puede otorgar la dispensa por reunificación familiar, lo que constituye una facultad exclusiva de la DNM. Téngase presente que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha manifestado que para que el control judicial resulte suficiente se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso. Expresó que el alcance del control judicial “no depende de

³ Fallos 322:73. En el caso “Peralta Valiente, Mario Raúl el EN -cM Interior - DNM si Recurso Directo DNM” el Procurador General ante la CSJN, entendió que las reglas procesales fijadas en el fallo “Gorordo” presuponen que quien dejó vencer los plazos recursivos ordinarios contó con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa de manera adecuada, que en el caso incluía la intervención de letrado patrocinante conforme el art. 86 de la propia Ley 25.871 -lo que no había ocurrido-, para que el procedimiento se desarrolle en condiciones de igualdad.

reglas generales u omnicomprensivas (...) la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc.” (Fallos: 247:646, “Fernández Arias”, considerando 14 y sus citas).

Las limitaciones a la justicia terminan por desnaturalizar los términos del art. 89 de la Ley que señala que en los recursos el juez entenderá sobre el control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación. En tal sentido, ¿cómo es posible controlar el debido proceso y la razonabilidad del acto si el juez debe rechazar *in limine* un recurso extemporáneo aun cuando estuviera afectado el derecho de reunificación familiar?

Así, se trata de un control meramente formal, no sustancial, que se asemeja a la ausencia de revisión judicial que supo primar durante la vigencia de la llamada Ley Videla.

En consecuencia, podrá observarse que el DNU 70/17 dispone limitaciones a ese control, lo que lleva a desnaturalizar el alcance de la instancia de revisión judicial poniendo en evidencia la regresividad de la norma en materia de garantías del debido proceso y acceso a la justicia.

II.III- Otras modificaciones: Notificaciones - Retenciones - Asistencia jurídica gratuita - Recurso de revisión

a) Notificaciones. En materia de notificaciones el DNU dispuso que si no se constituye domicilio alguno, o el denunciado no existe la persona quedará notificada de pleno de derecho en el término de dos días hábiles en la mesa de entradas de la DNM (art. 54).

Para los casos de falta de constitución de domicilio existe la regulación del art. 42 del decreto 894/17 (RLNPA) que establece la publicación de edictos por tres días y el plazo comienza a

correr luego de los cinco días de la última publicación. Puede observarse así, que el art. 54 modificado por el DNU es más gravoso que la regulación del RLNPA.

Por otro lado, ¿qué se entiende por domicilios inciertos? Si el correo señala que “no existe” o no ingresa porque es “zona peligrosa” ¿ encuadra en este supuesto? La norma no lo aclara. Lo que es cierto, es que la persona que tenga dudas sobre su domicilio debería concurrir con cierta frecuencia, casi diaria, a la DNM a verificar que no hubiera alguna notificación respecto de la solicitud que hubiere incoado.

Cabe tener presente que desde el momento de la notificación, comenzará a regir un plazo para recurrir el acto del que hubiere quedado notificado, sin importar que tipo de medida sea. En este sentido, la gravedad de ciertas resoluciones, como ser una orden de expulsión, hacen dudar cuanto menos, de su notificación por este medio. Las personas que encuadren en este colectivo, no verán promovido su derecho de acceso a la justicia sino por el contrario, lo verán lesionado.

En línea a lo expuesto, es importante señalar que los plazos para interponer los recursos en el marco del Procedimiento Sumarísimo no se cuentan desde la notificación “fehaciente” a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario (véase arts. 75 y 78). La CSJN ha señalado que en el ámbito de los procedimientos administrativos es indispensable que el particular haya sido notificado fehacientemente, de forma de gozar efectivamente del derecho a ser oído (“Castro Veneroso”, fallos 324:3593).

b) Retenciones⁴. La norma amplió el plazo de retención a 30 días para los casos de órdenes de expulsión firme prorrogables

⁴ Cabe destacar que el 19 de agosto del año 2016 la DNM firmó un convenio de colaboración con el Ministerio de Seguridad de la Nación y el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el cual éste último entregó un inmueble a la DNM para el alojamiento de personas retenidas (cf. art. 70 de la Ley 25.871). El fuerte rechazo por parte de los organismos de derechos humanos, sociedad civil y comunidad migrante, impactó en la demora para su implementación que a la fecha se encuentra suspendida. Véase a tal

por idéntico término por decisión judicial. A su vez, ató la duración de la retención a la actividad recursiva desplegada por el interesado al señalar que: “Las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del plazo de retención hasta su resolución definitiva” (art. 70).

En el marco del procedimiento sumarísimo se habilitó la retención preventiva sin exigencias de excepcionalidad (art. 69 bis) a diferencia de lo que ocurre en el marco del procedimiento ordinario que estipula que: “Excepcionalmente cuando las características del caso lo justificaren, la DNM podrá solicitar a la autoridad judicial la retención preventiva del extranjero aun cuando la orden de expulsión no se encuentre firme, en virtud de las circunstancias particulares de hecho y de derecho en el caso concreto”. Téngase presente que el derecho afectado en estos casos es la libertad ambulatoria. En tal sentido, el Comité contra la Tortura ha exhortado al Estado argentino para “Asegurar que la legislación y normativa migratoria sólo recurre a la detención por razones migratorias únicamente como medida de último recurso, después de que se hayan examinado debidamente y agotado medidas alternativas menos invasivas, cuando se haya considerado necesaria y proporcional y durante el período más breve posible. El Estado parte debe también asegurar el control judicial efectivo de la orden de detención por razones migratorias” (CAT/C/SR.1517 y 1520, punto 34).

c) Asistencia jurídica gratuita. La Ley en su redacción original preveía que: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial.

fin: www.migraciones.gov.ar/accesible/indexA.php?normativa y http://www.migraciones.gov.ar/accesible/indexA.php?mostrar_novedad=3199.

Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa” (art. 86).

A partir de la reforma, “(c)on la solicitud ante la autoridad administrativa de asistencia jurídica gratuita y acreditada que sea la carencia de medios económicos, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES notificará al defensor público oficial de turno para que en el plazo de TRES (3) días hábiles tome la intervención que le compete. Cuando no haya sido requerida la asistencia jurídica gratuita o no se acreditara de forma fehaciente la falta de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite.”

Se observa aquí que la norma estipula las circunstancias para acceder a un abogado defensor, pero no los medios para acreditar fehacientemente la falta de medios económicos. En tal sentido, resulta harto complejo acceder a un certificado de pobreza en el exiguo plazo de tres días⁵, por lo que el acceso a la justicia de la población más vulnerable se verá ceñido a un plazo que lo tornará ilusorio. Además, es de destacar que el Ministerio Público de la Defensa es un organismo autónomo, por lo que reglamentar el acceso a la defensa podría atentar contra esa autonomía. De otro lado, no es ocioso recordar que el Decreto 616/10 dispone que las actuaciones quedan suspendidas hasta tanto la Defensoría tome intervención, mientras que en el DNU se dispuso que la intervención deberá tomarse en tres días, sin más.

d) Recurso de revisión. El art. 90 que fue suprimido por el DNU establecía que “El Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones podrán rever, de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen

⁵ Para acceder a un certificado de pobreza en la Ciudad de Buenos Aires, hay que obtener un turno en la página web del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o bien concurrir a los Centros de Acceso a la Justicia donde dan escasos números por día. Otra opción es obtener un informe social suscrito por profesional de un organismo público que certifique la carencia de recursos económicos.

por delegación. Serán susceptibles de revisión las decisiones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida.”

Este recurso no solo era más amplio que el mecanismo de revisión previsto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos nro. 19.549, sino que además permitía revisar supuestos de actos firmes sin las limitaciones de la denuncia de ilegitimidad. En general, este recurso se interponía frente a hechos nuevos de entidad suficiente, como podían serlo el nacimiento de un hijo.

Nótese que si se conjuga esta supresión con los límites al control judicial, nos encontramos en un camino sin salida en materia de acceso a la justicia. Esto es así, ya que no es posible que la persona presente una revisión ni tampoco que el juez ordene a la DNM revisar el fondo frente a un planteo de denuncia de ilegitimidad.

En consecuencia, la oferta recursiva ha quedado acotada tanto así como los mecanismos procedimentales tendientes a revisar el acto y a hacer efectivo, entre otros, el derecho a ser oído.

II.IV. La afectación de garantías del debido proceso

El procedimiento migratorio especial sumaráisimo de expulsión y las reformas introducidas a la Ley 25.871 en sus aspectos procedimentales afectan no solo las garantías contenidas en el art. 1 inc. F de la Ley 19.549, en atención al art. 18 de la CN, sino aquellas especialmente previstas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. En especial, vulnera las garantías previstas en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las obligaciones del art. 25 que son aplicables a todo procedimiento estatal en el que se determinen derechos y obligaciones de las personas en materia de derechos humanos. En tal sentido, la aplicación del art. 8 de la CADH no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias

procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Baena, Ricardo vs. Panamá, Corte IDH, 2001). La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó esta doctrina en el caso “Lociser” (fallos 335:1126).

Por su parte, el art. 25 de la CADH exige que los Estados prevean en sus ordenamientos jurídicos internos la creación de un recurso sencillo, rápido y efectivo. La Corte IDH ha señalado en el mismo precedente citado que un recurso no es efectivo cuando es ilusorio, demasiado gravoso para la víctima.

En sentido concordante, la Corte IDH ha señalado en la OC 16/99 respecto el derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso que: “... la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar las medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”. Expresó luego que si no existen esos medios difícilmente disfruten de un verdadero acceso a la justicia y debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan las desventajas.

En igual sentido, en el caso “Familia Pacheco Tineo” la Corte IDH entendió que en aquellos procedimientos que puedan derivan en expulsión o deportación el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas contenidas en el art. 8 de la CADH (caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 132).

En línea a lo expuesto, es dable señalar que las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad disponen que “se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización o de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin”.

También en el ámbito interno estas garantías aplicables en materia migratoria han sido receptadas por el máximo Tribunal en casos como “Zhang” (fallos 330:4554). En relación al ámbito interno me interesa destacar el dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN en el caso “Torres Miraval” (junio 2016), en el cual puso de relieve que en estos procedimientos deben reforzarse las garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses.

En suma, tal como se ha podido observar, entiendo que el recurso administrativo es ilusorio en tanto no garantiza que la persona acceda en tres días a un abogado ni que éste pueda construir en tres días una defensa técnica eficaz. En este punto, la CIDH ha señalado que la irrazonabilidad de los plazos breves en materia migratoria vulnera la garantía de plazo razonable y es contrario a la CADH (Informe 49/99 Loren Laroye Riebe Star). Es indispensable que la persona tenga la posibilidad de preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve (Informe CIDH sobre Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos).

Por último, no es menor que el Comité de la ONU contra la Tortura en sus observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina sobre la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, haya advertido al Estado argentino su preocupación respecto “la reciente sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017, que deroga parte de las garantías de la Ley 25.871 de Migraciones e introduce un procedimiento de expulsión de migrantes sumarásimos que reduce drásticamente los plazos para recurrir la expulsión. Pese a la posición de la delegación estatal de que dicho Decreto respeta las garantías del debido proceso, el Comité observa que el Decreto exige a la

persona sujeta a expulsión que acredite de forma fehaciente la falta de medios económicos al solicitar la asistencia jurídica gratuita, dificultando por ello su acceso. El Decreto habilita además la retención preventiva de migrantes desde el inicio del procedimiento sumarísimo hasta su expulsión, que podría extenderse a 60 días, sin tomar en consideración medidas menos coercitivas ni el riesgo de fuga de la persona en cuestión (art. 3).”

En tal sentido, de acuerdo con las Observaciones Finales, el Estado parte debe: “b) Derogar o enmendar las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017 con el fin de que las personas sujetas a expulsión puedan disponer del tiempo suficiente para recurrir la misma a nivel administrativo y judicial y accedan a asistencia jurídica gratuita inmediata durante el proceso de expulsión en todas las instancias...” (CAT/C/SR.1517 y 1520, puntos 33 y 34).

II.V. ¿Qué dijo la Justicia? La intervención de la Defensoría del Pueblo de la CABA en la causa contra el DNU 70/17

La constitucionalidad del DNU 70/17 fue cuestionada en una acción de amparo colectivo interpuesta en febrero de 2017 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Colectivo por la Diversidad (COPADI).

En este marco, el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires se presentó y fue tenido como parte en la causa, en resguardo de los derechos de los migrantes que habitan en su jurisdicción -quienes podrían ser sujetos de la normativa que se impugna-, y considerando la legitimación procesal que tanto la Constitución como la ley 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires le otorga para estar en juicio (sentencia del 08/08/2017 en la causa Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN -DNM s/amparo ley 16.986, expediente 3061/17).

Si bien en primera instancia el planteo fue rechazado, con fecha 22 de marzo de 2018 la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, revocó el decisorio

y declaró la invalidez constitucional del DNU 70/17. Entendió para ello que el Poder Ejecutivo había avanzado sobre competencias del Congreso sin respetar los presupuestos fácticos para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia y había establecido en el articulado de dicha norma, soluciones que no eran compatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos que surgían de los instrumentos internacionales. De este modo, la Justicia concluyó que “las disposiciones contenidas en el DNU 70/2017 modifican una ley dictada por el Congreso Nacional, estableciendo condiciones regresivas en materia de protección de los derechos humanos”.

El fallo permite reafirmar la importancia de los estándares consagrados en la Ley 25.871, resultado de un proceso con amplia participación de la sociedad civil y legitimación democrática. No obstante, a la fecha queda pendiente una instancia recursiva ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III. Las Defensorías del Pueblo como instituciones de garantías de derechos

Considerando el marco normativo reseñado, me interesa exponer el modo en que instituciones como la Defensoría del Pueblo abordan la temática migratoria, en especial, a partir de sus funciones y del trabajo desarrollado que diera por resultado su inserción en la política migratoria nacional.

Históricamente la figura del Ombudsman ha tenido por función la fiscalización de las tareas de los gobiernos en aras de la defensa de los derechos humanos. En Latinoamérica surge en los años ´90 luego de los períodos dictatoriales que azotaron a la región, lo que motivara que su principal tarea fuera proteger los derechos humanos. El Defensor del Pueblo en nuestra región se ha basado en el modelo sueco y español y en cada país se ha desarrollado según su situación institucional, social y económica.

En Argentina nace con la sanción de la Ley 24.284, antes de la reforma constitucional de 1994 y luego lo consagra la Constitución Nacional en su art. 86 que señala:

El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El defensor del pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Luego de la reforma constitucional el Congreso dictó la Ley 24.379 para adecuar la Ley 24.284 a los nuevos preceptos de la carta magna. Así, el Defensor del Pueblo de la Nación es un organismo unipersonal que tiene por misión proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional (art. 1 Ley 24.284).

El principal problema actual en torno a la figura del Defensor del Pueblo de la Nación, es la ausencia de designación de defensor desde el año 2009. Es decir, el organismo se encuentra acéfalo, lo que ha deteriorado la institucionalidad de la figura en el plano nacional, pero a la vez, ha permitido reforzar una interpretación amplia en las reglas de competencia y acceso a la jurisdicción de las defensorías provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, entiendo que mientras no exista una efectiva designación del Defensor en el plano nacional, no pueden los jueces por vía pretoriana imponer restricciones a la legitimación de las Defensorías locales⁶. Debe tenerse presente

⁶ Así, es dable mencionar que en la causa contra el DNU nro. 3061/17 detallada en el apartado anterior, la legitimación de las Defensorías del Pueblo de la Ciudad Autónoma de

a tal fin, que al ser un órgano unipersonal es el Defensor del Pueblo quien puede peticionar y demandar ante los organismos administrativos y jurisdiccionales en ejercicio de su competencia reparadora.

La gravedad institucional que deviene de la ausencia de un Defensor del Pueblo de la Nación ha sido señalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre el 153° Período de Sesiones de la CIDH (29/12/2014), donde reiteró que los Defensores y Defensoras del Pueblo desempeñan un importante rol en la protección de los derechos humanos, y recordó que su establecimiento constituye un avance en la consolidación de las instituciones democráticas. De tal modo, se instó al Estado argentino “a adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se inicie el proceso de selección del Defensor del Pueblo”. Que en su solicitud la Comisión se refirió al Estado argentino en general no distinguiendo entre los poderes (legislativo, judicial y administrativo) que lo componen por lo que les corresponde a todos, en la medida de su competencia adoptar medidas necesarias para disminuir o erradicar los efectos adversos que dicha omisión le genera a la sociedad argentina.

Lo expuesto refuerza el rol institucional que ha cumplido y cumple actualmente la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aún en el ámbito federal.

Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires ha sido aceptada al señalarse que: “...la oposición de la Dirección Nacional de Migraciones relativa a la intervención de los Defensores del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con fundamento en que carecen de legitimación para impugnar judicialmente las decisiones del Gobierno Federal (cfr. fs. 503/508 y 542/547), debe ser rechazada pues aquellos se han presentado en autos en resguardo de los derechos de los migrantes que habitan en sus jurisdicciones -quienes podrían ser sujetos de la normativa que se impugna-, y tanto la Constitución y la ley 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la Constitución y la ley 13.834 de la Provincia de Buenos Aires otorgan a las respectivas defensorías del pueblo legitimación procesal, autorizando la posibilidad de estar en juicio respecto de las decisiones que afecten los derechos consagrados en aquellas, cualquiera sea su origen (cfr. CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Sec. de Comunicaciones (resol 2926/99) s/amparo ley 16.986”, del 31/10/06, voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti)”.

Así, en la Ciudad de Buenos Aires luego de la sanción de la Constitución que en 1996 instituyó por primera vez la figura del Defensor del Pueblo (antes funcionaba la Controladuría General Comunal) fue designada en el año 1998 para el ejercicio del cargo, una mujer, Alicia Oliveira. La Defensoría ha velado desde su creación por la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos, de conformidad con el art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus leyes reglamentarias.

En tal sentido, la Ley 3 reglamentaria ha dotado al Defensor o Defensora del Pueblo de amplias atribuciones para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se destacan:

- a. Comprobar el respeto a los derechos humanos en unidades carcelarias y penitenciarias, dependencias policiales e institutos de internación o guarda, tanto públicos como privados sujetos al control de la administración.*
- b. Solicitar vista de expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a los efectos de la investigación, aun aquellos clasificados como reservados o secretos, sin violar el carácter de estos últimos.*
- c. Realizar inspecciones a oficinas, archivos y registros de los entes y organismos bajo su control.*
- d. Solicitar la comparencia personal de los presuntos responsables, testigos, denunciantes y de cualquier particular o funcionario que pueda proporcionar información sobre los hechos o asuntos que se investigan.*
- e. Ordenar la realización de los estudios, pericias y la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.*
- f. Fijar los plazos para la remisión de informes y antecedentes y para la realización de diligencias.*
- g. Requerir la intervención de la Justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido negada.*

b. Promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el Federal. Tiene legitimación para interponer la acción prevista por el art. 113, inc. 2), de la Constitución de la Ciudad y sus normas reglamentarias, contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad, para determinar si son contrarias a la misma o a la Constitución Nacional.

i. Ejercer la iniciativa legislativa

j. Proponer la modificación o sustitución de normas y criterios administrativos...⁷

Merece mención especial el proceso de descentralización territorial que ha llevado adelante la Defensoría a partir del año 2005, durante la gestión de Alicia Pierini, y en modo mucho más pronunciado desde el año 2014, cuando asumiera el cargo Alejandro Amor. Este proceso ha seguido el modelo de organización de comunas en el ámbito local, conforme la ley 1777 que promovió la descentralización y facilitó la desconcentración de las funciones del Gobierno de la Ciudad (GCBA), preservando su integridad territorial.

¿Por qué menciono esta réplica del proceso de descentralización del GCBA? Porque ha permitido mejorar la eficiencia y calidad de gestión del Organismo, que se ha acercado a sectores donde el Estado estaba ausente. Téngase presente que la descentralización de la Defensoría incluye la localización de oficinas en barrios precarios y villas de la ciudad donde hay amplia concentración de personas en situación de vulnerabilidad social, muchas de las cuales son migrantes.⁸

⁷ Esta función se ejerce a través de resoluciones que constituyen magisterio de opinión, a través de las cuales incide en la modificación de las políticas públicas y fortalece la democracia.

⁸ Actualmente hay veintisiete sub sedes, de las cuales doce se encuentran ubicadas en barrios precarios de la Ciudad, lo que ha sido posible a partir de la vinculación de la Defensoría con centros y referentes barriales. Información disponible en www.defensoria.org.ar/subsedes1/. A su vez, a esta descentralización territorial en la CABA se suman las redes

En consecuencia, la labor de la Defensoría en los diferentes barrios de la ciudad y las amplias competencias constitucionales y legales asignadas, la posiciona en un lugar estratégico para la incidencia en el desarrollo de las políticas públicas –en particular de la política migratoria– que permita disminuir la desigualdad social⁹. Sobre este punto me interesa detenerme a continuación.

III.I. Defensoría del Pueblo de la CABA. Breve recorrido histórico institucional. Su inserción en la política migratoria nacional

En los primeros años de gestión de la Defensoría del Pueblo (1998- 2003), uno de los principales ejes de trabajo fue el seguimiento de la política migratoria argentina en relación a los países limítrofes, a partir de lo cual se condenaron prácticas discriminatorias y arbitrarias por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, a través de la presentación de recursos administrativos, acciones de amparo y recursos de habeas corpus ante la Justicia.

Al respecto, la resolución 2840/01 sistematizó las principales problemáticas denunciadas respecto de las fallas y deficiencias del procedimiento administrativo llevado a cabo por la DNM. Planteó que el actuar de la DNM en este período adscribía a “... un modelo de procedimiento de carácter inquisitivo... que reduce a las personas a objetos de un procedimiento burocrático, excluyéndolas como sujetos de derechos con posibilidades de defenderse de las decisiones que recaen sobre ellos y... sobre sus familias...”. Así, “pese a las graves faltas que se observan en la puesta en marcha del procedimiento administrativo y la falta total de recaudos y control sobre los actos de la administración,

creadas por el Defensor del Pueblo con las defensorías del pueblo provinciales y locales, a partir del trabajo desarrollado en la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA). Información disponible en www.adpra.org.ar/.

⁹ Véase Ferreyra, Raúl Gustavo, *Gobernar es igualar*, en <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-310630-2016-09-30.html>

la D.N.M. no duda en tomar la medida más extrema, esto es, la orden de expulsión del país...”.

No es casual que ello resultara uno de los principales temas, si se tiene presente la vigencia de la Ley 22.439 que fue cuestionada no sólo por haber sido dictada por un gobierno inconstitucional sino también por afectar una serie de derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional, como el derecho a la intimidad y privacidad, salud, educación y libre circulación. Asimismo, por contener prácticas discriminatorias que implicaban una desigualdad en el trato. En tal sentido, la cantidad y gravedad de las denuncias permitieron poner de relieve la necesidad de avanzar sobre la discusión de la política migratoria, tanto en el plano normativo como en su implementación por parte del Estado¹⁰.

Durante los años siguientes (2004- 2013) operó un cambio en el tipo de denuncias recibidas que coincidió con la entrada en vigencia de la Ley 25.871, la cual modificó el posicionamiento del Estado frente a la cuestión migratoria¹¹. Tal es así, que se estableció la creación del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria que tuvo por objetivo la regularización de la situación migratoria y la inserción e integración de las personas migrantes residentes en forma irregular en el país (Decreto 836/04, art. 10). Al respecto, la Disposición DNM N° 53.253/05 estableció el procedimiento para regularizar la permanencia en el territorio nacional de aquellas personas nativas de países pertenecientes al MERCOSUR y sus Estados Asociados, que se encontraban residiendo en el país con anterioridad a 2006.

¹⁰ Cabe considerar que durante los primeros tres años de trabajo de la Defensoría se recibieron más de ochocientas denuncias sobre restricciones de derechos de personas migrantes que vivían en la Ciudad de Buenos Aires. En particular, en lo relativo a costos del trámite y funcionamiento de las excepciones de pago, morosidad en la tramitación y medios de prueba imposibles de obtener, interpretaciones burocráticas discriminatorias, expulsiones como primera medida para resolver un trámite migratorio y las dificultades para el acceso al derecho a la salud y educación cuando no se tiene DNI.

¹¹ En este período se abrieron seiscientos veinte actuaciones por denuncias. No se encuentran comprendidas en este número, las consultas.

No obstante las características progresivas de la nueva norma subsistieron prácticas institucionales que limitaron el acceso a derechos y motivaron la intervención de la Defensoría en esta etapa.

Cabe señalar que la Defensoría firmó en este período un convenio de colaboración con la DNM que permitió intercambiar información sobre temas de interés común en particular los vinculados a la protección de derechos y garantías de las personas migrantes. Asimismo, se firmaron acuerdos de colaboración con la Defensoría General de la Nación, específicamente con la Comisión del Migrante y la Unidad de Letrados de la Ley de Salud Mental, lo que permitió definir competencias y aunar esfuerzos en la promoción y defensa de los derechos de las personas migrantes.

Así, a través del Centro de Inmigrantes y Emigrados, y luego, del Programa de Atención a Migrantes y Políticas Migratorias, se canalizaron como principales denuncias las relativas a:

- a) Personas que se vieron imposibilitadas de iniciar o dar continuidad al trámite de regularización migratoria por carecer de la constancia de ingreso al país, o en las cuales dicha falencia no configuró un obstáculo pero permitió evidenciar las fallas en el sistema de registro de ingresos de la DNM.
- b) Quienes habiendo realizado por sí o por gestor el trámite de regularización migratoria y presentando toda la documentación necesaria a tal fin, obtuvieron un DNI que resultó apócrifo, por lo que se vieron obligadas a tramitar nuevamente la residencia y a obtener un nuevo número de DNI. Esto conllevaba la dificultad adicional de rectificar todos los actos de la vida realizados con el primer número de matrícula (inscripción de nacimientos, matrimonios, aportes, etc.).¹²

¹² La obtención de documentos de identidad que resultaron apócrifos se dio en un contexto en donde las personas recurrían a gestores debido al tiempo que demandaba realizar los

- c) La existencia de demoras injustificadas en la resolución de los trámites de residencia por parte de la DNM y de entrega del DNI por parte del Registro Nacional de las Personas, que en la práctica se constituían en limitantes para el acceso a otros derechos, en especial, salud y educación.
- d) Las dificultades de las personas provenientes de países NO MERCOSUR para regularizar su situación migratoria. En particular, inconvenientes detectados con relación a quienes iniciaban sus trámites por los criterios de trabajo y estudio.
- e) Distinciones según la nacionalidad en el procedimiento implementado con respecto a quienes solicitaban residencias por vínculo con familiar argentino (por matrimonio mayormente).
- f) Obstáculos en los procesos judiciales para la obtención de la ciudadanía argentina.

Estas denuncias se trabajaron colectivamente dando por resultado el dictado de las recomendaciones 3075/11 y 825/13, exhortando al Estado el cumplimiento de sus obligaciones en lo atinente al tratamiento no discriminatorio de la población migrante, en estricto respeto de los arts. 4, 6, 7, 8 y 17 de la Ley 25.871. Nótese que la normativa ampara los derechos de las personas migrantes, pero, como señalé, las prácticas no siempre son acorde a las normas. Sobre las prácticas burocráticas se trabajó en profundidad en este período.

En el año 2014 se crea la Subdirección de Migrantes dentro del ámbito de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Seguridad de la Defensoría. De este modo, se jerarquizó la labor emprendida en materia migratoria, lo que permitió el fortalecimiento de las redes de trabajo y las articulaciones institucionales.

Se destaca en este período (2014- 2018), la firma de convenios con la Comisión para la Asistencia Integral y Protección

trámites migratorios, lo que conllevaba perder días de trabajo. Esta circunstancia generó irregularidades operativas al interior de la DNM, no atribuibles a los migrantes, que fueron reconocidas a través del dictado del decreto 836/04 que declaró la emergencia administrativa.

de Refugiados de la Defensoría General de la Nación, con la Universidad Nacional de Lanús, con el colectivo CineMigrante, con la Red Nacional de Líderes Migrantes en Argentina. A su vez, la formalización de los acuerdos de trabajo con la Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF) y la articulación con los Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y los Atajos del Ministerio Público Fiscal. También los consulados han sido actores claves en tanto agentes de difusión de derechos¹³.

Asimismo, se resalta el fortalecimiento de la línea de capacitaciones externas e internas. En efecto, se organizaron jornadas de difusión de derechos, formación e intercambio de experiencias con efectores de salud pública del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, con equipos de abordaje territorial del Gobierno de la Ciudad y escuelas. Por su parte, considerando la descentralización territorial del Organismo, se realizaron talleres de capacitación a los equipos de trabajo de la primera línea de atención al público, el área de Orientación y Atención al Vecino.

En otro aspecto, también se organizaron eventos y mesas de trabajo destinadas a fortalecer los vínculos generados con otras instituciones, difundir las actividades realizadas y replicar a través de la formación. Entre éstas, se encuentra la Universidad Nacional de Lanús, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de Nacionales Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), y organizaciones de la sociedad civil como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF).

Cabe considerar que la ausencia de Defensor del Pueblo de la Nación ha llevado a profundizar la concentración, en el ámbito de la Ciudad, de los reclamos relativos a esta población, los que se canalizaron a través de oficios, recomendaciones,

¹³ Desde enero de 2014 hasta marzo de 2018 se han registrado mil cuatrocientos cincuenta y seis trámites. Se entiende por trámite toda denuncia y/o consulta formulada ante la Defensoría.

recursos administrativos, acciones judiciales o intervención como terceros en causas iniciadas. En especial, como señalé en el apartado anterior, esta ausencia ha reforzado la legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en la acción de amparo colectivo iniciada contra la reforma de la Ley 25.871. Aúna a esta tesitura la presidencia que ejerce el Defensor del Pueblo de la Ciudad, de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA), la que nuclea a la mayoría de los Defensores del Pueblo del país.

En conclusión, las redes de trabajo generadas y reforzadas en este período posicionaron a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, como un actor local con experiencia en la temática migratoria y capacidad de acción e incidencia en la política migratoria a nivel nacional.

III.II. Las situaciones recibidas en el período 2014-2018

En este período, un dato relevante es el cambio en torno a las nacionalidades de los consultantes. Así, cabe destacar que en el ciclo anterior los reclamos eran mayoritariamente de personas de nacionalidad paraguaya, boliviana y peruana, coincidiendo con los porcentajes de población migrante que arribó al país en el período 2002-2010¹⁴. Sin embargo, a partir del año 2014 se comenzaron a recibir consultas de personas de Senegal, República Dominicana, Haití, Cuba, Siria, países de la ex URSS, Pakistán y países adheridos al bloque regional como Ecuador, Colombia y Venezuela.

Sobre el particular, es posible estimar que el cambio pudo haber obedecido a dos factores principales: por un lado, la

¹⁴ Según el último censo poblacional correspondiente al año 2010, solo el 4,5 % de la población nació en otro país. De este porcentaje, el 13,2% se concentra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por su parte del total de población extranjera, el 29,4% ha arribado al país entre 2002 y 2010, un porcentaje significativo que indica que tres de cada diez extranjeros llegaron en ese período. Y de éstos últimos, las principales nacionalidades han sido: 50% peruanos, 38,2% paraguayos y 36,7% bolivianos [disponible en <https://www.indec.gob.ar/comunidadeducativa/migraciones.pdf>]. Este dato resulta replicado en las nacionalidades de quienes se presentaron en la Defensoría hasta el año 2013.

apertura de programas y/o normativa de facilitación documentaria y, por el otro, el endurecimiento de la política migratoria a partir del DNU 70 en el año 2017.

Centrándonos en el primer factor, uno de los ejes de trabajo fue el asesoramiento y seguimiento de los trámites de las personas de nacionalidad dominicana y senegalesa que aplicaron a los programas de regularización implementados por las Disposiciones de la DNM 1 y 2 del año 2013, respectivamente. Estos regímenes especiales habilitaron el trámite de residencia por trabajo autónomo a las personas de República Dominicana y de Senegal que se hallaran viviendo en el país con anterioridad a agosto de 2012, en el primer caso, y a enero de 2013, en el segundo. A su vez, las personas podían prorrogar su permanencia consecutivamente hasta obtener luego de tres años continuos su residencia permanente.

En estos casos, las consultas comenzaron a incrementarse pasado los dos años de los regímenes, ya que muchos migrantes, en especial de nacionalidad senegalesa, no habían conseguido aplicar a las prórrogas de permanencia por no haber cumplido a término con el pago de las obligaciones impositivas que conllevaba su condición de autónomos (monotributistas). En la mayor parte de los casos, se detectó que esta dificultad obedecía a la falta de información en un idioma que comprendieran acerca del pago del monotributo y, a su vez, en la incompatibilidad que DNM había planteado para eximir el pago de la tasa migratoria a quienes fueran monotributistas. Nótese, en ese aspecto, que si bien entre 2012 y 2013 el número de residencias resueltas de estas nacionalidades fue significativo, desde 2013 hasta 2017 el número fue decreciendo de modo sostenido¹⁵. Cabe preguntarse

¹⁵ En 2012 la DNM registró 4 residencias temporarias resueltas de personas de Senegal y 203 de República Dominicana. Mientras que en 2013, el número ascendió a 1579 y 2216, respectivamente. Se infiere que el aumento pudo haberse debido a la implementación de los regímenes especiales aunque las estadísticas no precisan si las residencias fueron resueltas en el marco de estos regímenes. De todas formas, se observa que con el transcurso de los años el número de residencias resueltas de personas de Senegal y República Dominicana fue decreciendo sostenidamente. En 2014, se resolvieron 1497 residencias de senegaleses

aquí cuál ha sido la efectividad de estos regímenes en términos de acceso al DNI permanente. En particular, si se considera que estas personas ahora se encuentran registradas ante la DNM y son pasibles de ser intimadas a regularizar su situación migratoria bajo apercibimiento de expulsión (cf. art. 61 de la Ley 25.871).

Siguiendo con los regímenes especiales, también comenzaron a recepcionarse consultas de personas de nacionalidad siria, que no lograban obtener el ingreso o la posterior prórroga de la residencia al amparo del Programa Siria implementado por el Estado en el año 2014 y vigente a la fecha (Disposición DNM 3915/14).

Otra de las principales consultas han sido las relativas a personas de nacionalidad haitiana que han solicitado su residencia por el criterio de razones humanitarias, conforme al Régimen Especial implementado por la DNM en el año 2017 (Disposición 1143/17). Este régimen autorizó por un plazo de seis meses desde el día 15 de marzo de 2017, la concesión de residencia temporaria por razones humanitarias a las personas de nacionalidad haitiana que se encontraran en el país antes del 1° de marzo de ese año y no pudieran encuadrar en ninguno de los otros criterios previstos por la Ley 25.871. La particularidad de estos casos, estuvo dada por el incremento de población de esta nacionalidad que ingresó al país luego del 1° de marzo de 2017 y se acercó a la Defensoría solicitando colaboración en la tramitación de la residencia.

Cabe destacar, que el otorgamiento de una residencia por razones humanitarias, conforme el art. 23 inc. m de la Ley 25.871, se encuentra reglamentado en el decreto 616/10 que dispone:

y 1702 de dominicanos. En 2015, 1170 y 1291, respectivamente. En 2016 las personas que ingresaron por los regímenes especiales debieron haber solicitado el cambio de categoría migratoria de residencia temporaria a permanente. No hay estadísticas de personas senegalesas de este año, sino únicamente de dominicanos que arrojaron un número de 1470 residencias permanentes resueltas. Se infiere nuevamente, que unos pocos pudieron acceder a la residencia permanente al amparo de los regímenes especiales, en comparación a las solicitudes iniciales. Información disponible en www.migraciones.gov.ar/accesible/indexA.php?estadisticas.

Razones humanitarias: Se tendrán especialmente en cuenta las siguientes situaciones:

1. Personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas en los términos de la legislación aplicable en la materia, se encuentran amparadas por el Principio de No Devolución y no pueden regularizar su situación migratoria a través de los restantes criterios previstos en la Ley N° 25.871 y en la presente Reglamentación.

2. Personas respecto de las cuales se presuma verosímilmente, que de ser obligadas a regresar a su país de origen quedarían sometidas a violaciones de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

3. Personas que hayan sido víctimas de la trata de personas u otras modalidades de explotación esclava y/o víctimas del tráfico ilícito de migrantes.

4. Personas que invoquen razones de salud que hagan presumir riesgo de muerte en caso de que fueren obligadas a regresar a su país de origen por falta de tratamiento médico.

5. Apátridas y refugiados que hubieran residido en el país por un plazo superior a TRES (3) años y su condición hubiese cesado.

De este modo, fue el primer inciso el que fundó el establecimiento del Régimen, conforme se desprende de la lectura de la Disposición 1143/17. En efecto, dicha disposición se motiva en los desastres naturales ocurridos en Haití en los años 2010 y 2016, cuyas consecuencias generaron que un gran número de haitianos se vieran obligados a huir de su país, con el único propósito de buscar un futuro mejor.

No obstante, nótese que más allá del Régimen especial, la normativa migratoria autoriza la concesión de este tipo de residencia. Sin embargo, queda un margen de discrecionalidad de la Administración Pública que el establecimiento del régimen intentó cerrar, pese a que sólo dispuso su aplicación por dos años. Esto último es relevante si se toma en cuenta que las

personas que aplicaron al régimen especial, en principio, no podrían obtener a su amparo una residencia permanente (la que requiere tres años continuos de residencia temporaria). Más allá de ello, las diferentes situaciones planteadas ante la Defensoría fueron encauzadas a partir del criterio de razones humanitarias regulado en el art. 23 inc. m de la Ley 25.871 y su decreto reglamentario 616/10, considerando la situación en país de origen y la incidencia de ello en la vida de los consultantes.

Finalmente, en lo que respecta al eje de facilitación documentaria, merece destacarse el incremento de casos correspondientes a personas de nacionalidad venezolana. Se resalta en este punto, la Declaración sobre la situación en la República Bolivariana de Venezuela suscrita en Argentina, con fecha 21 de junio de 2017, por los Estados Partes del MERCOSUR y los Estados Asociados de Chile, Colombia y Guyana, que reiteraron su profunda preocupación por el agravamiento de la crisis política, social y humanitaria que padece el pueblo de Venezuela. En igual sentido, es dable remarcar el aumento de residencias conforme las estadísticas publicadas por la DNM, que señalan un total de 12.859 residencias otorgadas en 2016 y 31.167 en 2017, constituyendo el tercer país en el ranking de residencias por nacionalidad (precedida de Bolivia en el segundo puesto y Paraguay en el primero)¹⁶. Ello se replicó en el aumento de solicitudes de intervención formuladas por personas de esta nacionalidad en la Defensoría¹⁷. Particularmente, las consultas obedecían a las dificultades que atravesaba esta población para conseguir los antecedentes penales apostillados de país de origen, lo que redundaba en demoras en la obtención del DNI

¹⁶ Información disponible en www.migraciones.gov.ar/accesible/indexA.php?estadisticas.

¹⁷ Así, cabe destacar que si se comparan los tres últimos trimestres se verá que en los meses de julio/agosto/septiembre de 2017, de 120 consultas, 10 fueron de venezolanos (representando el 8,3%). En los meses de octubre/noviembre/diciembre de 2017, de 140 consultas, 24 fueron de venezolanos (representando el 17,1 %). Y, en los meses de enero/febrero/marzo de 2018 de 150 consultas, 38 fueron de venezolanos (representando el 25,3%). Todo ello, según elaboración propia a partir de los datos extraídos de los registros informáticos de la Defensoría.

que los habilitaba a su inserción laboral. Estas dificultades planteadas a través de oficios ante la DNM fueron reconocidas en el año 2018 a través de la Disposición 594/18 que dispuso:

Autorízase a la DIRECCIÓN GENERAL DE INMIGRACIÓN de esta Dirección Nacional a arbitrar medidas operativas y administrativas, previa evaluación y consideración de cada caso en particular, que permitan dar continuidad a los trámites migratorios de residencia iniciados por nacionales venezolanos cuando razones ajenas a su voluntad impidan o dificulten la obtención o el cumplimiento de presentación de recaudos documentales exigibles para la adquisición de la radicación, en la medida en que ello no redunde en un riesgo a la seguridad pública.

En lo atinente al segundo factor que entiendo pudo haber generado el incremento de denuncias, esto es, el dictado del DNU 70/17 junto a la instalación del migrante como culpable de los males económicos del país, una de las situaciones planteadas fue la dificultad para solicitar la excepción a un impedimento por reunificación familiar. En tal sentido, aumentaron las solicitudes de personas con antecedentes penales por causas concluidas pero cuyo delito había sido doloso y tenía una pena mayor a tres años, lo cual no resultaba eximible en el nuevo texto migratorio. En estos casos, se estuvo a los resultados del amparo colectivo contra el DNU, ya que plantear una excepción administrativa conllevaba exponer a la persona, con familia en el país, a una expulsión segura.

Por otra parte, el discurso mediático del migrante como chivo expiatorio generó en muchas personas de países que no pertenecían al MERCOSUR, un estado de alerta con respecto a su situación migratoria. Las consultas obedecían en estos casos al asesoramiento sobre el encuadre migratorio, en particular, por el criterio de trabajo.

A su vez, es notable el aumento de solicitudes de intervención de personas de Colombia, Ecuador y Venezuela. Muchas de éstas, motivadas en las demoras para la entrega de turnos para

personas de países del MERCOSUR por parte de la DNM, que van de seis a ocho meses. Téngase presente que desde la obtención del turno hasta su efectivización, la persona permanece en situación migratoria irregular -a menos que hubiera mantenido su condición de turista, lo que no sucede en la mayor parte de los casos- quedando expuesta a posibles situaciones de vulneración de derechos. Si bien la DNM prevé la posibilidad de obtener un turno exprés, esta opción no está disponible para todos, sino solo para quienes pueden pagarla ya que su costo asciende a dos mil pesos. Es dable remarcar que muchas de las intervenciones se han dado para pedir un adelantamiento de turno por cuestiones de salud, debiendo acompañar en estos casos el resumen de historia clínica firmado por el director del hospital. Es llamativo el retorno de un tema ocurrido en el año 2009 y superado con la era digital. Por tal motivo, se han realizado pedidos de informes a fin de conocer los fundamentos de estas demoras que redundan en perjuicio de las personas que deciden quedarse en el país.

Es dable destacar, a su vez, el sustancial incremento de pedidos de intervención frente a rechazos de solicitudes de ingreso al país formuladas por un familiar respecto de niños, niñas y adolescentes. También con relación a solicitudes de ingreso de un cónyuge proveniente de un país de Asia Occidental. La ausencia de motivación suficiente ha sido cuestionada en los distintos trámites iniciados. En sentido concordante, hubo un incremento de casos de rechazos en frontera por pseudo- turismo de personas de países del MERCOSUR que fueron cuestionados en virtud de la posibilidad que tienen las personas de estos países de obtener una residencia por nacionalidad¹⁸.

Por su parte, en el marco de una creciente securitización de la política migratoria, no deben perderse de vista las solicitudes

¹⁸ Puede verse al respecto el "Informe sobre rechazos en frontera. La aplicación de la categoría pseudo- turista en ciudadanos de países del MERCOSUR" (2016), publicado en www.defensoria.org.ar/biblioteca/.

formuladas por migrantes de nacionalidad senegalesa, víctimas de procedimientos de control de permanencia por parte de la DNM, en el marco de allanamientos dispuestos por la Justicia por infracción al art. 86 del Código Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires que sanciona el uso indebido del espacio público.

Para finalizar, un aspecto ligado a los discursos del migrante como un otro que viene a usurpar recursos públicos, se han vuelto a recepcionar denuncias sobre limitaciones en el acceso a la salud de personas migrantes que carecen de DNI. Se trata de personas que aún no realizaron el trámite de regularización migratoria o que, habiéndolo realizado, aún no recibieron su documento y solo poseen la residencia precaria. En este tema, la normativa da pie al reclamo, en tanto dispone el acceso igualitario al derecho a la salud de las personas en situación de irregularidad migratoria (art. 8 de la Ley 25.871).

IV. Algunas reflexiones

La ley de política migratoria argentina sancionada en el año 2003 fue producto de una lucha de distintos sectores de la sociedad civil, que motorizaron el cambio en el modo de entender y aplicar la política migratoria. Se trata de actores que durante los años de vigencia de la Ley Videla denunciaron y sistematizaron la violación a los derechos humanos de la población migrante. De esta manera, la Ley 25.871 contó desde su redacción con legitimación social, institucional y democrática. Su modificación a través del Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/17 no contó con el apoyo ni la legitimación democrática de los principales referentes de la política migratoria argentina.

Los aspectos más críticos del DNU 70/17 se vinculan a la regresividad en materia de garantías del debido proceso y acceso a la justicia, y sus implicancias en el acceso a la regularidad migratoria.

En este marco, las Defensorías del Pueblo como instituciones de garantía de derechos humanos ocupan una posición

estratégica para la incidencia en el desarrollo de las políticas públicas y, en particular, de la política migratoria.

Así, la Defensoría del Pueblo de CABA desde su creación ha desarrollado líneas de acción en lo que respecta al acceso a derechos de personas migrantes. En la actualidad el trabajo incluye distintas aristas que abarcan la atención de casos individuales, abordaje colectivo, incidencia en políticas públicas y articulación interinstitucional. En particular, y con el objeto de denunciar la gravedad institucional que implicó el cambio operado en la política migratoria, la Defensoría se ha presentado como parte en la causa contra el DNU 70/17.

En tal sentido, si bien en Argentina no hay muros visibles, las restricciones en el acceso a derechos a los habitantes en razón de su nacionalidad pueden transformarse en muros invisibles pero tangibles. El rol de los medios de comunicación en la construcción del migrante como amenaza, en consonancia con las modificaciones normativas, ha coadyuvado a restringir en la práctica el pleno respeto del derecho a migrar.

Se hace necesario entonces, reforzar la potencialidad de las Defensorías del Pueblo en lo que respecta a la construcción de puentes que contribuyan a una mayor justicia social y refuercen los valores de solidaridad entre todas las personas. Ello, teniendo en cuenta que el derecho humano a migrar debe constituir una guía en la interpretación sobre el alcance de los demás derechos de los que gozan las personas migrantes.

Bibliografía

Ceriani Cernadas, Pablo y Morales, Diego, *Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos*, Federación Internacional de Derechos Humanos (2011), disponible en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/INT_CMW_NGO_ARG_15_7940_S.pdf

Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, “Migrantes” (2003).

- Debandi, Natalia y Patallo, Marta F., *Diagnóstico regional sobre migración haitiana*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM) e Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos MERCOSUR (2017).
- Ferreya, Raúl Gustavo, *Discurso sobre el Derecho Constitucional. Colores Primarios*, en: Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional nro. 29, julio- diciembre de 2013. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales>
- García Lila, *Decreto 70/2017, ley de migraciones y Poder Judicial*, disponible en www.academia.edu/32398094/Decreto_70_2017_ley_de_migraciones_y_Poder_Judicial, 2017.
- González, Lorena, *The Institution of the Ombudsman. The Latin American Experience*, en: Revista IIDH No. 37, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2004.
- Informe anual 2014 de la Defensoría del Pueblo, disponible en www.defensoria.org.ar/biblioteca/.
- Monclús Masó, Marta, *La reforma de la Ley de migraciones mediante Decreto de Necesidad y Urgencia: un retroceso en la política de derechos humanos*, disponible en www.academia.edu/34621880/La_reforma_de_la_Ley_de_migraciones_mediante_Decreto_de_Necesidad_y_Urgencia_un_retroceso_en_la_pol%C3%ADtica_de_derechos_humanos, (2017).
- Pacceca, María Inés, Liguori, Gabriela y Carril, Camila, *La migración dominicana en Argentina. Trayectorias en el nuevo siglo (2000-2015)*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF), 2016.
- Pacceca, María Inés y Courtis, Corina, *Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas*, Centro Latinoamericano Caribeño de Demografía (CELADE)- División de Población de la CEPAL (2008), disponible en www.cepal.org/publicaciones/xml/9/34569/lcl2928-P.pdf.

Bullying en centros educativos: ¿impunidad o responsabilidad?

Bullying in educational centers: impunity
or responsibility?

Bullying em centros educativos: ¿impunidade
ou responsabilidade?

Bullying dans les centres éducatifs: impunité
ou responsabilité?

Ignacio Jorge Tasende Iturvide | Universidad de la
República (Uruguay)

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 234-257

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e180>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3728-6394>

Recibido: 17/06/2018

Recibido con modificaciones: 28/08/2018

Aprobado: 07/09/2018

Resumen: El trabajo aborda la problemática del Bullying en centros educativos sosteniendo que la praxis advierte que en la generalidad de los institutos de enseñanza acaecen tales desventuras sin distinción de edad ni sexo, y por móviles de toda índole que no se restringen a cuestiones físicas o raciales. Es difícil constatar institución educativa en la que no haya acoso. De hecho, son innumerables los casos donde el bullying no se limita a alterar la integridad psicofísica del estudiante, sino que lleva a la víctima incluso, a quitarse la vida. Resulta innegable la trágica realidad que amerita respuestas, y es posible una contribución desde el derecho como método para alentar la prevención y sanción del acoso. Así, resulta lógico que la ley no podrá impedir su eliminación, pero motivará el accionar conjunto de agentes sociales y, será útil en el camino tendiente a borrar del mapa su banalización e invisibilización.

Palabras claves: bullying - acoso - responsabilidad

Abstract: The work addresses the problem of bullying in schools, arguing that the praxis warns that in the generality of the educational institutes such misadventures occur without distinction of age or sex, and by motives of all kinds that are not restricted to physical or racial issues. It is difficult to find an educational institution where there is no harassment. In fact, there are innumerable cases where bullying is not limited to altering the psychophysical integrity of the student, but leads the victim even to take his own life. The tragic reality that deserves answers is undeniable, and a contribution from the law is possible as a method to encourage the prevention and punishment of harassment. Thus, it is logical that the law can not prevent its elimination, but will motivate the joint action of social agents and will be useful in the way tending to erase from the map its banalization and invisibility.

Keywords: bullying- harassment-responsibility.

Resumo: O artigo aborda o problema do bullying nas escolas, argumentando que a prática adverte que, na maioria das instituições de ensino acontecem tais desventuras, sem distinção de idade ou sexo, e por motivos de todos os tipos que não se restringem a questões físicas ou raciais. É difícil encontrar uma instituição educacional onde não haja assédio. De fato, há inúmeros casos em que o bullying não se limita a alterar a integridade psicofísica do estudante, senão que leva a vítima a tirar a própria vida. É inegável a realidade trágica que merece respostas, e uma contribuição da lei é possível como um método para encorajar a prevenção e a punição do assédio. Assim, é lógico que a lei não pode impedir a sua eliminação, mas incentivará a ação conjunta dos parceiros sociais e será útil no caminho que tende a apagar sua banalização e invisibilidade.

Palavras-chave: Bullying - assédio - responsabilidade.

Résumé: Cet article aborde la problématique du « Bullying » dans les centres éducatifs, soutenant que la praxis prévient que, dans la majorité des établissements d'enseignement, de telles mésaventures se produisent sans distinction d'âge ni de sexe, et pour des raisons diverses qui ne se limitent pas à des questions de physique ou de race. Il est difficile de rencontrer un établissement d'enseignement sans harcèlement. De fait, il existe d'innombrables cas où «le bullying» ne se limite pas à altérer l'intégrité psychophysique de l'étudiant, mais pousse même la victime

à se suicider. La réalité tragique qui mérite des réponses est indéniable, et une contribution à partir du droit comme méthode pour encourager la prévention et sanctionner le harcèlement est possible. Aussi, il semble logique que la loi ne pourra obtenir son élimination, mais elle motivera l'action conjointe des agents sociaux et, sera utile sur le chemin visant à rayer de la carte sa banalisation et son invisibilisation.

Mots-clés: Bullying - harcèlement - responsabilité.

I. Exordio

Proponer enaltecer el rol del derecho civil como herramienta apropiada a los efectos de tutelar los derechos de las personas, sobremanera tratándose de individuos que se encuentran en situación de inferioridad en cuanto al acceso a la justicia respecta, es, cuanto menos, una ambición necesaria.

En efecto, la concientización impulsada por organizaciones sociales, estimulada por distintos medios de comunicación, no ha satisfecho aún la urgencia de despojar a los sucesos de acoso escolar de su naturaleza convencional, en tanto comportamientos corrientes que afligen severamente a niños y adolescentes son contemplados por los propios compañeros como normales, ergo no alarmantes, pero sobre todo -lo que es aún más preocupante- por autoridades, docentes y padres. Los niños víctimas, por lógica ignorancia acerca de mecanismos de solución posibles y por la espontaneidad con la que acontecen semejantes episodios, usualmente culminan tolerando y sometiéndose a los malos tratos percibidos, mientras que a la vez merman los anhelos de cambio.

La praxis advierte que en la generalidad de los institutos de enseñanza acaecen tales desventuras sin distinción de edad ni sexo, y por móviles de toda índole que no se restringen a cuestiones físicas o raciales.

De hecho, es altamente preocupante la pasividad de los sujetos encargados de obstaculizar tales eventos ante circunstancias palmarias, cuyo carácter abusivo o inicuo es axiomático, a la vez

que es menester visibilizar situaciones que se acoplan al concepto de “bullying” pero, no obstante, no son observadas como tales, pues las víctimas de las mismas, sea por la resignación en la búsqueda de una reestructuración del status quo, o para sortear una eventual revictimización, acaban simulando no ser damnificados por dichos comportamientos, sin perjuicio de que en su fuero recóndito se trata de prácticas que los menoscaban gravemente, más aún tratándose de un estadio cardinal de sus vidas, donde cualquier conducta -reiterada o no- puede inferirle delicadas heridas, en ocasiones irreparables a corto plazo.

Es imperioso, también, delimitar qué tipo de medidas pueden catalogarse como ejemplares, pues es frecuente que la omisión no se constituya por la inacción, sino por un accionar infructuoso.

Mientras los agentes llamados a proporcionar soluciones deberán continuar trabajando en pos de aminorar lo máximo posible la continuación in perpetuum del acoso durante la estancia escolar de los estudiantes, entiendo amerita ser destacado el papel del derecho civil como mecanismo preventor y, por ende, concientizador, entendiendo que la responsabilidad civil a recaer, será una circunstancia favorable a conquistar la desnaturalización de tales prácticas, potenciando el accionar conjunto de docentes, autoridades y padres, en adición a la misión vital de estos últimos de educar en el hogar, que deberá afianzarse.

II. Bullying

a) Marco conceptual

El término bullying, acuñado por Olweus (1978), es moneda corriente modernamente si queremos definir al maltrato escolar, psíquico y/o físico, mediando en tal contexto una situación de desequilibrio de poder.

De acuerdo a la UNICEF, el bullying es: “una de las formas en que se manifiesta la violencia en las instituciones educativas”, caracterizada por la agresión de uno o varios estudiantes hacia otro/s reiteradamente, mediando desequilibrio de poder

entre ambas partes, en un contexto grupal. Respecto del último requisito, no obstante es cierto que la complicidad (que muchas veces deriva en una suerte de “coautoría” del acoso) coadyuva a que se susciten las agresiones, en hipótesis de mera inacción de los compañeros (quienes directamente no se ríen, no tienen intervención alguna en el acoso) considero que no podrá decirse estamos frente a una agresión en contexto grupal, sin perjuicio de que la misma no deja de adecuarse al concepto de acoso escolar.

b) Tipos y efectos

Las agresiones pueden ser físicas o psíquicas (toda agresión física tiene efectos en la psiquis de la víctima, pero puede existir un acoso mediante la palabra sin que medie daño físico), y se debe incluir entre ellas, a la violencia sobre las cosas de la víctima, así como a la acción tendiente a la exclusión del sujeto, aislándolo y privándolo de toda posibilidad de integración al grupo.

Es menester tener en cuenta rasgos personales de los sujetos, aspectos sociométricos y situacionales, así como la constancia, forma y espacios donde ocurre, y el nivel de seguridad que impera en el aula donde se suscita el acoso, a la luz de la valoración de los estudiantes.

La prolongación del acoso tiene como efecto cuasinecesario la percepción hostil de la víctima sobre el entorno que lo rodea en el centro de enseñanza (con consecuencias tales como el aislamiento, cambios en la personalidad, ansiedad, pérdida del interés por estudiar, mayor probabilidad de sufrir problemas de salud, dolores de cabeza o estómago, problemas para dormir, malhumor, depresión, baja autoestima, nerviosismo, poco apetito, etc.), y que el “bully” se afiance en sus comportamientos agresivos, junto a, también, consecuencias sobre el resto del aula, pues quienes no sufren el bullying pueden sentirse afectados por percibir la situación como altamente injusta, y además, por sentirse inseguros, pues podrían ser futuras víctimas de acoso.

Hay formas de bullying generalmente admitidas, tales como la competencia deportiva, académica y el éxito en la vida en términos amplios, fenómeno que tiende a generar un sentimiento de inferioridad sobre los estudiantes que no cumplan los parámetros socialmente aceptados.

En cuanto al sujeto activo del acoso, se afirma que no distribuye su violencia sobre todas las eventuales víctimas, sino que elige a la minoría cuyo status coincide con el de víctima, por su vulnerabilidad (Perry, D.; Williard, J. y Perry, L., 1990). De esa forma, la falta de respuesta del sujeto pasivo del bullying vendría a constituir una suerte de legitimación para que los demás lo traten así, o al menos consientan que los agresores lo hagan, en adición a la impunidad con la que ocurren tales agresiones.

Cabe destacar que en ocasiones, respecto de algunos sujetos coexiste un doble perfil: el de víctima y el de agresor. Pues bien, es común que la víctima del acoso decida utilizar a otro sujeto como chivo expiatorio, a los efectos de imponer una especie de “autoridad”, que no necesariamente impida la persistencia de las agresiones recibidas, pero al menos ocasione una mínima aceptación y una limitación al acoso percibido, aunque ello a costa del sufrimiento de otro.

Cabe destacar que la desinformación de los adultos, y la prolongación del acoso sobre las víctimas, que no denuncian los hechos (de forma entendible, sea por indefensión o miedo, y por sentirse absolutamente solos), junto al ocultamiento de los hechos por parte de agresores y cómplices, evidencia la urgencia que merece un accionar adecuado y conjunto frente al acoso. Las mencionadas afirmaciones se ven potenciadas por la banalización del acoso por parte de adultos, que no se preocupan por ello.

Por su parte, será menester prestar especial atención al interrelacionamiento entre estudiantes una vez se pase de la etapa primaria a la secundaria, pues allí suele aumentar el acoso (que, además, se aprecia cada vez en más chicos, sin distinción de sexo).

Según se constató en un informe realizado en Uruguay, al menos un 20% de los estudiantes sufrió algún tipo de bullying (Trajtenberg, N. y Eisner, M., 2014).

En suma, como surge de lo expuesto, la frecuencia y naturalidad con la que ocurre el bullying, sus características y consecuencias, evidencian que la toma de medidas al respecto es de carácter urgente, y que los comportamientos que se adecúen a la modalidad de “acoso escolar” son reprochables en tanto constituyen ilícitos y, por ende, ameritan un reparo civil a la víctima.

c) Cyberacoso

El “cyberbullying” constituye un fenómeno a través del que la víctima es agredida y humillada mediante redes sociales, lo que si bien no ocurre dentro del ámbito escolar, repercute en él (naturalmente que las burlas persistirán allí, y la víctima no querrá asistir, siendo cada día un tormento a tolerar).

Y bien, las formas de manifestarse no pueden ser enumeradas taxativamente en razón del constante surgimiento de redes sociales.

En efecto, desde las clásicas agresiones o burlas directas, así como las indirectas (comentarios en fotos, publicaciones, grupos de whatsapp), también cabrán otras, como la creación de cuentas falsas para atribuir a la víctima conductas humillantes, así como la difusión de imágenes editadas (o no) con fotos de la víctima que la humillan, etc.

El anonimato que garantiza internet torna difícil la tarea de abarcar tales comportamientos mediante el derecho, lo que a su vez constituye un desafío para el legislador.

Por otra parte, no obstante el acoso suele manifestarse verbalmente, en caso de presentarse junto a agresiones físicas habrá que estar a la naturaleza de las mismas para determinar si eso constituye, además, un delito de lesiones. En dicho caso, deberá evaluarse la gravedad de las mismas para determinar

qué tipo penal se cumple (pues algunos delitos de lesiones, generalmente las más leves, suelen requerir para ser perseguidos por la justicia, la instancia del ofendido, mientras que de ser graves basta con el procedimiento de oficio), así como las condiciones personales del agresor en mérito a las diversas consecuencias penales que podrán caber.

En ese orden, es pertinente que me refiera a lo que modernamente se ha denominado “sexting”, que implica, precisamente, envío de imágenes de contenido erótico a través de redes sociales. Y bien, abundan los casos (algunos incluso derivaron en suicidio) de mujeres que enviaron imágenes del estilo a sus parejas o a alguien en quien confiaron, y las mismas se divulgaron, llegando a los compañeros del colegio, lo que concluyó en un acoso descomunal, con las consecuencias fácilmente imaginables.

Probablemente por ello, en Uruguay se creó un tipo penal que merece referencia, sin perjuicio de la discusión acerca de la inflación penal, y de si es el derecho penal quien está llamado a resolver estas cuestiones (sobremanera teniendo en cuenta su naturaleza de “ultima ratio”). El mismo (artículo 92 de la ley N° 19.580) castiga con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría a quien “difunda, revele exhiba o ceda a terceros imágenes o grabaciones de una persona con contenido íntimo o sexual, sin su autorización”. Al respecto, establece la misma disposición normativa que no se entenderá válida en ningún caso la autorización prestada por una persona menor de dieciocho años de edad, y que el tipo penal se cumple aún cuando el sujeto activo haya participado de las imágenes o grabaciones en cuestión.

Se establece, por su parte, la misma pena a los administradores de sitios de internet que no den de baja inmediatamente las imágenes en cuestión, una vez notificados para ello. La disposición es hartamente cuestionable, pero es importante visibilizar el tema por la vía legislativa (y con ello no afirmo que el derecho penal sea la rama indicada para cumplir tal cometido).

III. Responsabilidad contractual del instituto de enseñanza

a) *Educación: más que un concepto abstracto*

Las acepciones atribuidas al vocablo “educación” no deben ceñirse a señalar la existencia de una mera prestación de un servicio intelectual. La educación no sólo es un derecho de los hijos, pues implica el correlativo deber de los padres de lograr el acceso de éstos a la misma. En efecto, la *lex fundamentalis* uruguayo erige en su artículo 41: *“El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso”*. Congénere solución adopta la Carta Magna Argentina, al preceptuar en su artículo 5: *“Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”*.

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 19 que: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

En consonancia con sus deberes, los representantes legales de los hijos suscriben un contrato con un centro educativo (gratuito u oneroso), en el que éste se compromete, entre otras obligaciones, a suministrar el servicio educativo en una atmósfera saludable, donde se garantice la observancia a la dignidad humana y a los derechos inherentes a la calidad de persona, mediante la prevención y efectiva sanción a los comportamientos

de naturaleza vil para con el estudiante, de lo que se desprende que en tal obligación está ínsita la de impedir, dentro de lo posible, el “bullying”. En buen romance, la Constitución uruguaya no hace depender de disposición expresa el respeto a la integridad psicofísica del estudiante, al enunciar en su artículo 72 que: *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*. Refuerza lo expuesto el artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que reza: *“Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”*. Ello sin perjuicio de variados instrumentos internacionales ratificados por el Uruguay que integran el bloque de constitucionalidad, ergo, nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, no es dable alegar que se cumple in totum con el contrato por el mero hecho de que un docente esté dentro del aula, concurriendo regularmente a enseñar asuntos preestablecidos en un programa académico. Por el contrario, atañe a la institución asegurar el cumplimiento de semejante derecho en un escenario para el educando, que le posibilite desarrollar plenamente sus capacidades sin experimentar daños físicos ni psicológicos que lo coarten.

b) Contrato: la obligación de seguridad

Refleja el maestro GAMARRA¹ que *“para que exista obligación de seguridad es necesario que la función misma del contrato imponga a una de las partes la misión de salvaguardar la vida y la integridad física del otro contratante. Y esta obligación, ya hemos visto, asume una particular coloración, puesto que asegura o garantiza un resultado: la incolumidad de la*

¹ GAMARRA, “Tratado de Derecho Civil uruguayo” T. 20, pág. 89.

persona física del acreedor". Pues bien, independientemente de que se concierte, semejante compromiso es connatural a la naturaleza del contrato, por lo que toda situación de acoso se traduce, en principio, en una transgresión a la misma.

En mérito a ello corresponde analizar si es oportuno atribuir el perjuicio ocasionado al estudiante, al instituto de enseñanza. Para ello es forzoso subrayar que la obligación no se circunscribe meramente a salvaguardar la integridad física del estudiante, sino también la moral, cuya vulneración en ocasiones supone un hecho generador de secuelas más graves, incluso, que las que puede engendrar una lesión física.

Su cumplimiento excede el ámbito espacial-temporal del colegio, abarcando aquéllos momentos donde, empero los estudiantes estén fuera del mismo, permanecen bajo custodia de los dependientes del instituto (salidas educativas y/o recreativas, tales como asistencias a museos, campamentos, etc.).

c) Diligencia: ¿del hombre medio?

Los daños erigidos al estudiante como consecuencia del acoso deberán ser evaluados caso a caso a la luz de la diligencia empleada, sea por el director, docente u otro dependiente. En efecto, allende que el Código Civil uruguayo apunta a una diligencia media, titulada "diligencia del buen padre de familia", la misma tendrá que ser cotejada en virtud de la naturaleza del contrato, tal como surge del artículo 1344, que ordena: *"Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código"*. De esa forma, naturalmente que la diligencia a esperar de un docente o director desborde la exigible a una persona media, pues los primeros están en contacto con los estudiantes día a día durante gran parte del año, y conocen o pueden conocer las formas en que se desenvuelven sus relaciones.

Advierte MARIÑO² que *“Pueden producirse daños al educando por una prestación del servicio educativo inadecuada, es decir, cuando la propia actividad de instrucción o enseñanza produce daños por ser realizada en forma indebida”*. Efectivamente, la negligencia se puede constatar, por una omisión per se (se verifica un conjunto de elementos que dan cuenta del acoso y, el docente, por estimarlo un hecho que no amerita intervención, no actúa ni notifica al Director u otras autoridades) o por un accionar baladí.

Suscitado el acoso, un simple llamado de atención u observación, no constituye una medida suficiente, pues será menester ocuparse del caso por un lapso de tiempo indeterminado, hasta comprobar que el acoso abdicó (será de conveniencia en la labor, el auxilio de psicólogos o asistentes sociales).

Es esencial, por su parte, que las autoridades del instituto otorguen confianza a los estudiantes. Y es sustancial brindar certeza a los estudiantes de que tales circunstancias serán reprochadas, y de acontecer se sancionarán debidamente, sin titubeos, de modo que en los estudiantes no se disipen las esperanzas de que se altere la realidad, resignándose a soportar malos tratos.

Ello sobreviene habitualmente no sólo porque los sujetos responsables de prevenir y reprender el acoso lo contemplan con naturalidad, como no merecedor de reproche (incluso no es extraño que lo potencien, por ejemplo, riéndose, legitimando y perpetuándolo). También ocurre en mérito a que el estudiante busca soslayar una revictimización. Ciertamente, no sólo podrá representarse en su fuero íntimo la posibilidad de volver a padecer daños psíquicos por el hecho de evocar el acoso al relatarlo; también sabrá que en virtud de la dinámica de relacionamiento, su denuncia podrá aparejar represalias tales como la exclusión del grupo. Por ello, será vital un accionar cauteloso y protector del interés del estudiante (sobremanera si es menor).

² MARIÑO, “Responsabilidad civil de los centros educativos por los daños sufridos o causados por sus alumnos”, pág. 722.

La diligencia de docentes y autoridades deberá apreciarse singularmente en cada caso concreto, pues no siempre está al alcance la posibilidad de detectar situaciones del estilo. Sobre todo mediando hipótesis de bullying consentido. Es decir, comúnmente ocurre que dentro de un grupo de estudiantes que se relacionan diariamente y comparten actividades o salidas, el acoso está invisibilizado por una aparente admisión de los tratos por la víctima. Ello pasa, por ejemplo, cuando en un grupo todos se hacen bromas, pero las recibidas por uno de los integrantes lo aquejan duramente, y a los efectos de evitar ser aislado y dada la normalidad con la que acontecen los sucesos, decide tolerar los malos tratos e inclusive fingir le son indiferentes (legitimando –a los ojos de los demás- que se perpetúen). El cuántum de daño devuelto por ese estudiante como réplica es ínfimo o nulo en comparación al recibido, pero el sólo hecho de responder le hace creer que pierde su derecho a reivindicar un cambio de la situación. En tales casos resultará arduo sostener la ausencia de diligencia del Director, docente u otros dependientes al constatar la situación, debiendo el magistrado ser cuidadoso en su apreciación, atendiendo a la presencia de vestigios que puedan haber evidenciado una potencial hipótesis de bullying.

d) Responsabilidad: sus razones

Por responsabilidad civil contractual debe entenderse el estado en el que se halla una persona, fruto del cual está llamada a resarcir a otra, el daño sufrido por ésta producto del incumplimiento de una obligación. Para que la misma se configure, es menester exista un contrato válido entre el autor del daño (en éste caso el daño lo causa un estudiante, pero dado que el bullying suele dilatarse en el tiempo, es factible sustentar el quebrantamiento de la obligación de seguridad a cargo de la institución, parte en el contrato) y la víctima. Si estimamos que el estudiante no es parte del contrato, de todas formas el vínculo de derecho existe, pues estaríamos ante la figura de la estipulación para otro o estipulación a favor de tercero,

ampliándose el ámbito de la responsabilidad contractual para propiciar el accionar de la víctima.

En definitiva, amerita reparación civil la inobservancia de una obligación contractual de seguridad, también denominada obligación de prudencia.

En relación al daño, expresa MAZEAUD³: *“Se entiende por ello el perjuicio que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona. Para dar lugar a reparación, el perjuicio debe ser cierto; no debe haber sido indemnizado ya; debe infligir un ataque a un interés legítimo jurídicamente protegido; debe ser directo; en principio, debe ser previsible cuando la responsabilidad sea contractual”*. En efecto, sin perjuicio de que eventuales daños físicos, la nota característica del hostigamiento es infundir secuelas psicológicas. Se trata de un daño moral susceptible de apreciación pecuniaria que lacera derechos consustanciales a la persona, amparados por legislaciones de todo el mundo, y particularmente tutelados -sobremedida tratándose de menores- por distintos instrumentos internacionales.

El bullying suele ser previsible, pues se prolonga en el tiempo, con lo cual es difícil no verificar una relación de dicha naturaleza. La omisión de los responsables en anticipar una situación de acoso se constituye, precisamente, por la falta de diligencia que el legislador conmina a prestar (superior en virtud de la naturaleza del contrato), es decir, por culpa de la institución, que incumple una obligación de seguridad preexistente, emergente de un contrato.

Resultará necesario que la víctima acredite la imprudencia del docente o de quienes tenían que estar al tanto de la situación y actuar en consecuencia, así como el nexo causal entre la culpa y el daño.

Cuando el acoso se desenvuelve por medio de redes sociales, la responsabilidad civil no podrá fundarse en la culpa de la

³ MAZEAUD, “Lecciones de derecho civil” Vol. 2 t. 2., pág. 55.

institución, por ser la misma, naturalmente ilusoria, no debiendo entonces compensar el daño.

Sin embargo, dicha aserción no debe ser tan tajante, en vista de que la institución pudo haber tomado conocimiento del cyberacoso y no haber actuado intramuros. De forma irrefutable lo que suceda fuera del ámbito de actuación del colegio jamás puede justificar la responsabilidad de éste. Incluso si el cyberacoso se produce como consecuencia de un suceso acaecido en el instituto (por ejemplo, un estudiante tiene un incidente de cualquier naturaleza en el recinto educativo y, a pesar de no ser molestado en el Colegio -pues los estudiantes temen ser sancionados por el mismo-, se lo hostiga por las redes sociales de forma prolongada) no habrá responsabilidad a su cargo. No obstante, si lo que inició como cyberacoso continúa en el centro educativo, o no se manifiesta de forma tan palpable pero se reflejan consecuencias tales como el aislamiento repentino del estudiante, podrá fundarse una responsabilidad en caso de que el Colegio no haya tomado ninguna medida al respecto.

Según hacen saber PLANIOL Y RIPERT⁴, *“Para que la simple abstención pueda estimarse culposa es necesario que el autor de ella estuviera obligado a actuar”, “habrá que tomar en cuenta la naturaleza del acto que haya que realizar y la gravedad del daño que haya de evitarse”*. Por su parte, en cuanto a los maestros, afirman que *“será difícil imputarle otra cosa que los actos debidos al defecto de vigilancia y no los que resulten de la mala educación”*

El artículo 1555 del Código Civil uruguayo expresa que: *“En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”*, tales como los docentes negligentes que se limitan a una mera prestación del servicio educativo, omisiva de toda situación de acoso (responsabilidad contractual por hecho ajeno).

La mencionada responsabilidad no se funda en la culpa in eligendo ni en la culpa in vigilando. En efecto, en la praxis es

⁴ PLANIOL & RIPERT, “Tratado práctico de derecho civil francés” T.6, pág. 709-710.

prácticamente inverosímil que el instituto haya contratado a un docente cuyo eventual incumplimiento de una obligación de seguridad hubiera sido previsible.

Asimismo, estimo inoportuno sostener la existencia de culpa in vigilando, pues vigilar que los docentes a su vez vigilen el comportamiento de los estudiantes sería materialmente inútil: en la tarea de vigilancia de las autoridades del instituto se agotaría el cumplimiento de la obligación de seguridad.

El contrato prevé otras obligaciones, empero, como expresa CAFFERA⁵: *“El deudor no se obligó a elegir y vigilar auxiliares que desarrollaran cierta prestación, sino (directamente) a realizar cierta prestación y será por su no desarrollo que responderá, sin importar si usa o no auxiliares ni el rol jugado por ellos”*. En ese orden, no se requiere acreditar la imprudencia del instituto a los efectos de que nazca la obligación de resarcir el daño y ello no supone consagrar una responsabilidad objetiva, pues los docentes no son parte en el contrato, lo que denota, ergo, que a la luz de los representantes legales de la víctima es irrelevante el nexo entre el instituto y sus docentes: importa tan sólo el cumplimiento de la obligación de seguridad. Es decir, la institución no podrá alegar que fueron prudentes en relación a la actividad laboral de, por ejemplo, los docentes, sino que basta el acaecimiento de la situación de acoso para que se justifique la responsabilidad.

Ello no se traduce en pretender quitar importancia a la culpa de los docentes, pues, no podrá decirse que se incumplió la obligación de seguridad por parte de éstos -y, por ende, del instituto- ante una situación prácticamente imposible de detectar. La imprevisibilidad, aunque en casos del estilo es de muy difícil configuración, amerita irresponsabilidad.

Por su parte, de accionarse contra el instituto, el mismo estará conferido de la potestad de accionar de regreso contra el docente al que entienda responsable de permitir que el acoso se configure y perdure en el tiempo.

⁵ CAFFERA, “Responsabilidad Civil Contractual”, pág. 66.

La responsabilidad contra la institución en mérito al hecho del dependiente, se justifica por la solvencia económica del responsable indirecto ante la insolvencia de quien no fue prudente, respondiendo el primero a modo de garantía frente a la víctima, en adición a la responsabilidad en la que incurre el dependiente. Servirá para reforzar el crédito indemnizatorio contra el estudiante.

IV. Responsabilidad extracontractual

a) Fundamento

Es posible sostener una responsabilidad aquiliana en mérito a la ausencia de contrato entre quien daña y la víctima. En consecuencia, ésta podrá por sí o mediante sus representantes legales recurrir a una de ambas acciones.

La misma podrá ejercerse contra el sujeto dañoso (artículo 1319 del Código Civil uruguayo), o ante el director del colegio en razón del bullying realizado por los estudiantes bajo su vigilancia (artículo 1324 inc. 4). Si el estudiante agresor es menor de 10 años, ergo incapaz de causar ilícitos, el Director del instituto responde por hecho propio, y de lo contrario por hecho ajeno (artículo 1320). Asimismo, se prohíbe la acción de regreso contra tales incapaces (artículo 1326).

También puede sostenerse la responsabilidad extracontractual de la Institución, por hecho del dependiente, en mérito a la omisión de prevenir el daño de un docente u otro empleado. Allí, responde directamente el docente, no obstante también puede ir contra el Colegio (quien de abonar la indemnización tendrá acción de regreso contra el docente), que viene a reforzar el crédito indemnizatorio, a título de garante.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual de los representantes del sujeto que comportó el bullying se basa en el artículo. 1324 inc. 2.

b) Elementos

Se exige para su configuración la realización de un hecho ilícito (actitudes tendientes a menoscabar la integridad psicofísica del estudiante, que encuadran en el concepto de bullying) que atente contra el derecho de un tercero cuyo respeto no se deba en virtud de un contrato. Dicho elemento puede cumplirse por acciones u omisiones (si bien el acto lo comete un estudiante, podrá responsabilizarse al docente omiso, amén de la responsabilidad del Director). Será omiso todo el que pudo impedir el ilícito y no lo hizo.

Por su parte, esa violación al derecho ajeno debe causar un daño, el cual es notorio en casos de bullying, que genera perjuicios morales a veces irremediables, pues terminan alterando la forma de ser del sujeto dañado.

Asimismo, deberá mediar culpabilidad del agresor (siempre que sea capaz de ella, es decir, mayor de 10 años, pues de lo contrario no podrá responder él sino sus representantes legales). Tratándose de bullying, la culpabilidad se infiere del accionar del sujeto, claramente doloso, aunque habrá que analizar caso a caso pues hay situaciones donde entre los estudiantes media una relación caracterizada por actitudes que pueden tener la nota de hostigamiento pero no son del todo manifiestas, y, además, son consentidas por el otro, quien no muestra indicios de ser afectado: allí la culpabilidad no es tan evidente.

Debe además haber un nexo causal entre el daño y el bullying, lo cuál también puede suscitar zonas grises, pues el comportamiento de un sujeto hacia otro puede definirse como acoso, y conductas similares efectuadas por parte de otros estudiantes podrán no serlo. Ello en virtud de la confianza que hay en esa relación: si un sujeto se realiza constantes bromas con otro, que es su amigo desde hace tiempo, y de allí no se desprende daño alguno, pero al recibir idénticos tratos por terceros con quienes no detenta semejante confianza sí resulta afectado, entiendo no podrá alegarse la existencia de un nexo causal en el primer caso, pero ello podrá ser posible en el segundo.

En cuanto a la culpabilidad por hecho ajeno, nuestro Código Civil la presume relativamente, admitiendo prueba en contrario. Así, por ejemplo, los representantes legales pueden no responder si justifican ausencia de culpa, en mérito a que hubo en ellos la diligencia de un buen padre de familia para evitar que sus representados se comporten de la manera en que lo hicieron. Señala AMÉZAGA⁶ que: *“Se enseña generalmente, que esta responsabilidad descansa sobre un doble motivo que se desprende de la naturaleza de la potestad paterna. La autoridad paterna, que encierra el poder de ordenar y de hacerse obedecer, implica igualmente deberes. Los padres tienen la obligación de educar a sus hijos no solamente asegurándoles la vida material por los alimentos, los vestidos, etc., sino también dándoles educación, y por consecuencia, vigilando sus acciones, sus costumbres y sus inclinaciones. El deber de guarda, que forma parte del deber de educación, les obliga a inculcarles principios de moral, a prohibirles hacer daño a los demás; los obliga igualmente a impedir, y aún a prever, todo acto perjudicial; y si algún daño se produce es porque los padres han faltado a su deber abandonando la vigilancia que de ellos puede exigirse”*.

c) Otras legislaciones

En el derecho español la responsabilidad de los representantes legales por los hechos de los representados es una responsabilidad por hecho ajeno, directa y objetiva, de acuerdo al artículo 1903 del Código Civil. Es directa, además, en mérito a que el sujeto dañado podrá demandar al obligado sin necesidad de hacerlo respecto del estudiante responsable del bullying. Y es objetiva, en tanto la imposibilidad del representante de probar que obró con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, lo hará responsable sin que el magistrado tome en cuenta su diligencia o negligencia al actuar. Es decir, no es menester que el actor pruebe la culpa del representante. El fundamento de esta responsabilidad, difiere con el

⁶ AMÉZAGA, “Culpa aquiliana: lecciones del curso de derecho civil”, pág. 191.

de AMÉZAGA según MÓNICA NAVARRO⁷: *“Aunque respecto a los niños muy pequeños la culpa in vigilando sí podría ser un criterio válido de imputación, respecto a los menores mayores, ni ése, ni el de la culpa in educando. Lo único que puede fundamentar la responsabilidad de los padres es la garantía que supone para el perjudicado sujetar el patrimonio de los padres al pago de la indemnización. Y son los padres, y no otros sujetos, los que deben responder porque entre ellos y el menor hay una relación de dependencia, basada en la patria potestad. Lo que ocurre es que como la patria potestad ha sufrido un vaciado de contenido, la responsabilidad de los padres no debería ser siempre objetiva. En infinidad de casos, el control y vigilancia de los menores son ilusorios, pues escapan a las posibilidades reales de sus cuidadores. Sólo en la medida en que el poder de los padres.*

En el Derecho italiano también cabe la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos y, como señala TOVANI⁸: *“Mientras que el desarrollo de la responsabilidad civil endofamiliar nació de una idea de la familia adecuada a la Constitución, en la que se subordina el interés del grupo en favor del desarrollo de la personalidad de sus miembros, modificando la visión monolítica de la familia, la responsabilidad de los padres frente a los terceros se basa precisamente en el principio opuesto: la idea es que el padre, gracias a la potestad, a su autoridad sobre los hijos, puede controlar su comportamiento”.*

V. Jurisprudencia

En España, el Juzgado de Primera Instancia 2 de Barcelona⁹, condenó a un Colegio a abonar 50.770 euros más intereses en razón del bullying sufrido por una alumna, y la falta de

⁷ NAVARRO, “La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos”, pág. 41.

⁸ TOVANI, “Familia y responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros, en Italia”, pág. 256.

⁹ Audiencia Provincial de Barcelona, España. (01 de marzo de 2017). Sentencia 68/2017 [MP María del Mar Alonso].

diligencia del centro educativo. En 2da instancia se desestimó la apelación y se dispuso: “La resolución apelada refiere de forma detallada, específica y acertada todas las actuaciones que desde el colegio se fueron realizando ante la situación en que estaba inmerso el menor, efectuando ahora expresa remisión, lo que *pone de manifiesto el conocimiento de una situación de conflicto y quejas, que sin duda se minimizó y que debió hacer pensar en la existencia de un acoso escolar y que si bien no existió una pasividad, procediendo reconocer que existía una preocupación por el asunto y la familia, no se actuó con toda la diligencia debida. (...) El centro escolar actúa, en general, como garante de la seguridad de los menores que asisten al mismo*, y la valoración de tal misión debe hacerse considerando el contenido del artículo 1903.5 del C.c ., conforme al cual, ‘Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus estudiantes menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias’. Sigue exponiendo el precepto que ‘La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño’. *En ésta responsabilidad existe una clara inversión de la carga de la prueba, siendo el centro escolar el que debe probar una actuación con toda la diligencia de un buen padre de familia conducente a evitar el daño*, pues de lo contrario se partirá de que hubo una falta de control, un defecto o ausencia de las medidas de vigilancia y protección en su caso precisas”.

VI. La prueba del acoso

El acoso es difícil de acreditar dado que la víctima por lo general no se representa mentalmente la posibilidad de denunciar la situación, con lo cual las situaciones transcurren con

normalidad sin recolección probatoria alguna. Pero además, en tanto ese trato se naturaliza, será una ardua tarea la de acreditar su carácter violento. Y bien, en ausencia de elementos probatorios de utilidad (filmaciones, grabaciones, capturas de pantalla de whatsapp), la prueba testimonial será sumamente valiosa. El primer testimonio a tener en cuenta debe ser el de la víctima, no obstante es vital cotejarlo con las declaraciones de otro cercanos a ella, como compañeros de clase, familiares y docentes, a los efectos de constatar eventuales alteraciones en su integridad psíquica o forma de relacionarse, que constituyan indicios de acoso. Para ello será útil contar con pericias psiquiátricas, en tanto no se produzcan daños fruto del recuerdo de los hechos. Es pertinente, también, indagar a los presuntos agresores, pues de sus declaraciones podrá surgir la existencia de comportamientos hostiles (es menester recordar que no siempre el agresor sabe lo grave de sus actos, con lo cual una declaración negadora del acoso podrá evidenciar lo contrario).

Respecto de la valoración de la prueba, no se podrá medir con suma rigurosidad la declaración de un menor víctima de acoso, pues su testimonio podrá no contar con la contundencia necesaria, en razón de evitar la prolongación del daño (debe atenderse al interés superior del niño).

Por su parte, los testimonios de los estudiantes deberán ser apreciados por el magistrado en razón de la autonomía progresiva de la voluntad de los mismos.

Y bien, será también relevante indagar en posibles motivos generadores del bullying (físicos, raciales, académicos, deportivos o por otras circunstancias), y apreciar actividades extracurriculares a los efectos de evaluar la integración o el aislamiento de la víctima.

VII. Colofón: ¿La vía legislativa como contribución?

Es difícil constatar institución educativa en la que no haya acoso. De hecho, son innumerables los casos donde el bullying

no se limita a alterar la integridad psicofísica del estudiante, sino que lleva a la víctima incluso, a quitarse la vida¹⁰

Un estudio destaca¹¹ que según la UE, se estiman 24 millones de niños y jóvenes al año como víctimas de bullying (7 de cada 10).

Resulta innegable la trágica realidad que amerita respuestas, y es posible una contribución desde el derecho como método para alentar la prevención y sanción del acoso. Así, resulta lógico que la ley no podrá impedir su eliminación, pero motivará el accionar conjunto de agentes sociales y, será útil en el camino tendiente a borrar del mapa su banalización e invisibilización.

En suma, es trascendental concientizar docentes, directores, padres y estudiantes sobre los efectos del hostigamiento, formas de practicarlo y sus consecuencias jurídicas, así como pautar formas de prevenirlo y actuar en consecuencia.

Por lo expuesto, es menester combatirlo, así como a su naturalización, debiendo el legislador, asimismo, prever los conflictos que pueden suscitarse en mérito al relacionamiento virtual, estimulando un ambiente escolar digno, convirtiendo el recreo en un espacio de inclusión, elaborando planes de actuación, siendo así la transformación educativa posible a través de estrategias de participación orientadas a la empatía y comprensión de las víctimas de acoso escolar.

Ello, a su vez, para dejar de otorgar impunidad a comportamientos hostiles, pues como dijo Roberto Fontanarrosa: “No juzgar a los hombres por sus actos. Condenarlos”.

Bibliografía

Amézaga, J. (1914). *Culpa aquiliana: lecciones del curso de derecho civil*. Montevideo: Escuela Nacional de Artes y Oficios.

¹⁰ <https://www.infobae.com/americas/america-latina/2018/05/25/katy-winter-la-nina-chilena-que-sonaba-ser-como-taylor-swift-y-atormentada-por-el-bullying-decidio-poner-fin-a-su-vida/>.

¹¹ CERESO, “Bullying: análisis de la situación en las aulas españolas”.

- Audiencia Provincial de Barcelona, España. (01 de marzo de 2017). Sentencia 68/2017 [MP María del Mar Alonso].
- Caffera, G. (2012). Responsabilidad Civil Contractual, introducción a su estudio en el derecho uruguayo. FCU.
- Cerezo, F. (2009). Bullying: análisis de la situación en las aulas españolas.
- Gamarra, J. (2011). Tratado de Derecho Civil Uruguayo T.20 Responsabilidad civil y penal. FCU.
- Mariño, A. (2005). Responsabilidad civil de los centros educativos por los daños sufridos o causados por sus alumnos. Anuario de Derecho Civil uruguayo Vol. 35.
- Mazeaud, H.; Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1978). Lecciones de derecho civil Vol. 2 t. 2. Buenos Aires : EJEA.
- Navarro, M. (1998). La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos. Barcelona: José María Bosch.
- Navarro, N. (2017). El suicidio en jóvenes en España: cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1130527416300573>.
- Olweus, D. (1978). Agression in the schools: Bullies and whipping boys. Washington, D.C. Hemisphere.
- Perry, D.; Williard, J. y Perry, L. (1990). Peers' Perceptions of the Consequences that Victimized Children Provide Aggressors. Child Development.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1936). Tratado práctico de derecho civil francés, T.6 Las obligaciones. La Habana: Cultural.
- Tovani, F. (2012). Familia y responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros, en Italia. Revista de Derecho 2a época, año 7 no. 7.
- Trajtenberg, N. y Eisner, M. (2014). Hacia una política de prevención de la violencia en Uruguay. Montevideo: Udelar.
- Ttofi, M.; Farrington, D. y Baldry, A. (2008). Effectiveness of Programmes to reduce School Bullying: A systematic review. Stockholm.

La enseñanza del Derecho constitucional en América Latina

The teaching of constitutional law in Latin America

O ensino do direito constitucional na América Latina

L'enseignement du droit constitutionnel
en Amérique latine

Ernesto Velázquez Baquerizo M Sc. | Universidad de
Guayaquil (Ecuador)

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 258-270

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e181>

Recibido: 07/07/2018

Aprobado: 03/09/2018

Resumen: El trabajo plantea que uno de los retos para la enseñanza del Derecho es el desafío a la formación de abogados tributarios de un sistema jurídico cuyo ordenamiento sustente el Estado Constitucional, proponiendo fijar como rol de las Universidades la enseñanza del Derecho pertinente a cubrir las necesidades de este reto. Esto nos plantea una pregunta: ¿Cómo calificamos la enseñanza del Derecho Constitucional en las Universidades Latinoamericanas?, la respuesta empírica surge a *prima facie* y es: deficiente. Lo que nos conduce a elaborar una hipótesis. No estamos formando abogados para el nuevo milenio y mantenemos una educación del Derecho en los parámetros tradicionales, sin responder a los nuevos paradigmas sociales. Así, la formación de abogados en el Siglo XXI presenta nuevos desafíos, está en nuestras manos responder a la razón y derruir los mitos.

Palabras claves: derecho - constitucional - enseñanza - Latinoamérica

Abstract: The work proposes that one of the challenges for the teaching of Law is the challenge to the formation of tax lawyers of a legal system whose order sustains the Constitutional State, proposing to establish as a role of the Universities the teaching of the pertinent Law to cover the

needs of this challenge. This raises a question: How do we qualify the teaching of Constitutional Law in Latin American Universities? The empirical response arises *prima facie* and is: deficient. What leads us to develop a hypothesis. We are not forming lawyers for the new millennium and we maintain a legal education in the traditional parameters, without responding to the new social paradigms. Thus, the formation of lawyers in the XXI Century presents new challenges, it is in our hands to respond to reason and demolish myths.

Keywords: right - constitutional - teaching - Latin America

Resumo: Este artigo propõe que um dos problemas para a educação jurídica é o desafio para a formação de advogados tributaristas em um sistema legal cujo sistema sustenta o Estado constitucional, propondo fixar como papel das universidades o ensino jurídico apropriado a cobrir necessidades deste desafio. Isso levanta uma questão: Como qualificar o ensino do Direito Constitucional nas Universidades Latino-Americanas? A resposta empírica surge *prima facie* e é: deficiente. O que nos conduz a desenvolver uma hipótese. Não estamos formando advogados para o novo milênio e mantemos uma educação jurídica nos parâmetros tradicionais, sem responder aos novos paradigmas sociais. Assim, a formação de advogados no século XXI apresenta novos desafios, está em nossas mãos responder à razão e demolir mitos.

Palavras-chave: Direito - constitucional - ensino - Latinoamérica

Résumé: Ce travail expose que l'un des défis de l'enseignement du droit est le défi posé à la formation des avocats tributaires d'un système juridique dont l'ordre soutient l'État Constitutionnel, proposant d'assigner comme mission à l'université l'enseignement du droit pertinent pour couvrir les nécessités de ce défi. Cela soulève une question: comment qualifier l'enseignement du Droit Constitutionnel dans les Universités Latino-américaines? La réponse empirique qui surgit *prima facie* est: déficiente. Ce qui nous amène à élaborer une hypothèse. Nous ne formons pas les avocats pour le nouveau millénaire et nous maintenons une formation juridique sur les bases traditionnelles, sans répondre aux nouveaux paradigmes sociaux. Ainsi, la formation des avocats au XXIème siècle présente de nouveaux défis, il est de notre ressort de répondre à la raison et de faire tomber les mythes.

Mots-clés: droit-constitutionnel-enseignement-Amérique latine

Cuando en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, entre el 22 y 24 de noviembre de 2012, se celebró la XIII reunión de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina, AFEIDAL, preparatoria del IV Congreso de AFEIDAL, partiendo de una conferencia mía en tal evento, estableció que uno de los retos para la enseñanza del Derecho era el desafío a la formación de abogados tributarios de un sistema jurídico cuyo ordenamiento sustente el Estado Constitucional, propuso fijar como rol de las Universidades la enseñanza del Derecho pertinente a cubrir las necesidades de este reto.

Esto nos plantea una pregunta: ¿Cómo calificamos la enseñanza del Derecho Constitucional en las Universidades Latinoamericanas?, la respuesta empírica surge a prima facie y es: deficiente.

Lo que nos conduce a elaborar una hipótesis. No estamos formando abogados para el nuevo milenio y mantenemos una educación del Derecho en los parámetros tradicionales, sin responder a los nuevos paradigmas sociales.

Qué el Derecho Constitucional hoy en día es la más simplemente compleja de las asignaturas de las Ciencias Jurídicas, nadie lo duda, vivimos en un mundo que proclama respetar la Constitución y hace de ella el paradigma por excelencia.

Una sociedad, que simplemente se declara constitucional por observar los principios de la democracia representativa, que vive una compleja estructura legal bajo un ordenamiento que nos reta a hacer aquello que no nos gusta; esto es, observar las normas, aplicarlas correctamente y desenvolver la vida social con base en la Norma de Normas, la Constitución.

No obstante lo anterior, todos los días enfrentamos violaciones continuadas a la Constitución, inobservamos los derechos que en ella se declaran y la universalidad de los derechos humanos nos ubica en una sociedad internacionalizada, aun cuando muchos de los países y sus naciones no sean fieles al cumplimiento primigenio de los derechos humanos.

Declaramos la participación ciudadana como fuente inagotable de la constitucionalidad, sin embargo lo que menos hacemos, tenemos u observamos es nuestra participación, porque es un proceso político y odiamos la política; justificando así nuestro posicionamiento de comodidad, cuando las sombras que ocultan la transparencia del obrar público nos llegan y cubren con los modernos medios de comunicación social, mensajeros diarios de nuevas formas y actos de corrupción del poder público, en obrar contrario a la delegación recibida por los dignatarios y funcionarios públicos.

El obrar social precisa de abogados, jueces y ciudadanos que conozcan sus derechos, ellos son formados por la Universidad, centro intelectual que se quedó rezagado en cuanto a las Ciencias Jurídicas al formar sólo abogados litigantes y no pensadores.

Profesionales que entiendan que en una sociedad organizada en sistemas, no puede haber ordenamiento si no hay normas y si esas normas no están sometidas a la norma de normas que es la Constitución, para una sociedad dispuesta a cumplirlas.

Las películas, series de TV o novelas con temas de la antigüedad, del medioevo o del renacimiento, tienen como personaje central a un líder, un jefe que sustenta su poder en la fuerza, quien en su obrar justifica sus actuaciones en interés del pueblo del cual es benefactor, sea un emperador, rey o guerrero militar, lo que hace del derecho la fuerza.

En este punto surge la necesidad de recordar el proceso histórico social que nos ha llevado al Estado Constitucional como persona jurídica, configurada por los derechos humanos y la participación ciudadana, que es lo que no estamos enseñando en las Facultades de Jurisprudencia.

En 1789 la Revolución Francesa rompió al “antiguo régimen” y construyó un nuevo modelo de Estado con igualdad de todos ante la ley, el iluminismo derrotó a los irracionales criterios de sometimiento, aplicando el uso de la razón sobre el de la fe, para entender y solucionar los problemas de la sociedad en el

desarrollo de procesos políticos que abrían una nueva doctrina en Derecho Público: el Derecho Constitucional. Las escuelas de pensamiento filosófico, social y político buscaron extender la crítica racional en todos los campos del saber humano, impactando precisamente en las Universidades.

La Revolución mantuvo la estructura del pueblo elector como soberano, el cambio de la Revolución fue construir un Estado de libertad, igualdad y fraternidad, donde el pueblo delegaba en representantes su soberanía, con procesos electorarios que construía un factor normativo desde la Asamblea Nacional, aplicando las ideas de Montesquieu de un poder dividido, con frenos y contrapesos que evitaban la confrontación de poderes.

El Estado liberal perdió su vigencia ante las necesidades de la sociedad y el crecimiento de la pobreza, mal que afecta a dos tercios de la población mundial. Las dos guerras mundiales del Siglo XX, así como sus secuelas, determinaron la necesidad de fortalecer los derechos humanos, y la comunidad jurídica internacional creada con la Organización de las Naciones Unidas, quien el 10 de diciembre de 1948 proclamó la vigente Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento declarativo adoptado por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en esta se recogen, en 30 artículos, los derechos humanos fundamentales.

La historia no se detiene y la sociedad la dinamiza: La enseñanza del Derecho no puede ser estática, ni mantenerse alejada del Estado sistémico y su ordenamiento jerarquizado de normas para la paz colectiva, orientadas al norte del Estado de Paz, que propone el Profesor Ferreyra.

Desde la creación de los Estados de nuestro Continente los Libertadores propusieron modelos constitucionales, sustentados en la luz de la Revolución Francesa y su Carta de Declaración de los derechos ciudadanos, fueron normas constitucionales que poco o ningún impacto tuvieron en la conducta de los gobernantes latinoamericanos, quienes construyeron sociedades de

inequidad, adecuando las mitas y obrajes del ayer a condiciones de predominio del terrateniente, en una sociedad agraria, conservadora y de prevalencias de unos pocos frente al interés de muchos, así nacieron y se desarrollaron nuestras repúblicas.

El nivel cultural de la sociedad, aún en ebullición contra las normas venidas de la metrópoli para imponerse a los colonos y chapetones, no asimiló la libertad como una declaración de derechos sino como un despojarse del patrón lejano para someterse al caudillo inmediato, modelo que elaboró las normas jurídicas legislando con dedicatoria, afectando así el espíritu fundacional de los nuevos Estados.

Durante el siglo XX las dictaduras asolaron nuestro continente con gobiernos de fuerza, donde el rol contestatario de la Universidad fue centro de resistencia y oposición al modelo político. Esa situación se aplicó a la profesión de abogados con una formación, cuyo eje central para enseñar Derecho se conjugó en dos grandes áreas: el Derecho Civil, para ordenar la sociedad en personas, familia, bienes, herencia y actos contractuales o de convención; y, el Derecho Penal, que tipificaba conductas sancionables por el irrespeto al ordenamiento civil y al Estado, así interactuaba la seguridad normativa y los profesionales que la servían y aplicaban.

Se estudiaban más los modelos que la realidad social y, como materia, el Derecho Constitucional cedió espacio al Derecho Político.

La formación de los abogados bajo ese marco doctrinal, los constituía en fieles servidores de un modelo de Estado que definía la conflictividad en litigios, aplicando como única fuente del Derecho la ley, en una justicia distributiva antes que equitativa.

He revisado el pensum académico de varias universidades latinoamericanas, todos sus pensa están ligados al romanismo y al criterio francés de la ley. Ninguno de ellos tiene un eje doctrinario constitucional, ni construye con materias de formación constitucional el eje de su malla curricular, viven lo que Duncan Kennedy, en su ensayo sobre “La enseñanza del Derecho como

forma de acción política” planteó, esto es una propuesta doctrinaria del carácter contradictorio de nuestro derecho: “...cómo una doctrina internamente contradictoria puede volver pasiva a la gente ofreciéndole justicia y, al mismo tiempo, negándosela...”.

La UNESCO con el título de “Un Mundo Nuevo”, preparado por su Secretario General, Federico Mayor Zaragoza y Jérôme Binde, demandaba que si bien “... no podemos prever el futuro,... podemos prepararlo”. Aquí pregunto ¿en el estudio del Derecho Constitucional lo estamos haciendo?

No podemos prever el futuro, pero en Derecho la órbita geoestacionaria, las basuras espaciales y la exploración del espacio nos pone ante requerimientos que demandaran normativas y abogados que las apliquen, no obstante el Derecho Aeronáutico y del Espacio registra falta en las asignaturas para estudio de abogacía.

Hemos fallado en la oportunidad de atender los requerimientos de abogados para el Estado Constitucional y su sociedad. Podremos decir lo mismo si seguimos pensando en la ley como derecho, antes que en el derecho como generador de las normas jurídicas de la sociedad, en un nuevo modelo de Estado: el Estado de Paz.

El Estado no sólo es un fenómeno social, es un fenómeno cultural y el Derecho como ciencia tiene por objetivo contribuir a una cultura de paz, como dijo nuestro guía y docente Ricardo Rabinovich “La historia de los derechos humanos es tan compleja, cuando los seres humanos, grandes monstruos, hicieron normas para activar en favor de los derechos humanos y simultáneamente ordenan genocidios”.

La cuestión de los derechos humanos y de la dignidad humana no tiene, en la formación de abogacía, un abordaje crítico que permita deconstruir la irracionalidad de derechos con visión parcial, unilateral y desviada del fin del derecho y la ciencia de su estudio.

La enseñanza del Derecho hoy, en nuestras Universidades, requiere considerar el manejo conductual en el campo de la

ética laica como un desafío de la enseñanza del Derecho Constitucional, en una Latinoamérica, unida del norte al sur en el cordón umbilical de la corrupción, en un contubernio audaz de públicos y privados que pretenden descalificar la democracia e implantar una dictadura constitucional.

El maestro Raúl Gustavo Ferreyra nos propuso el Estado de paz, como enfoque universal, expresando que “la norma constitucional es procesal que garantiza la paz..”; por tanto si el propósito fundamental del Derecho es la paz, esta es la ausencia de conflictos bélicos duraderos, no puede tener eficacia si formamos abogados litigantes, esto es profesionales en sustanciar procesos conflictivos ante la justicia, que crece en un mundo que quiere todo judicializarlo y no organizarlo ni estructurarlo.

La enseñanza del Derecho Constitucional, si bien ha logrado mejorar el discurso formativo, ha devenido en una técnica pura y simple de aplicar el texto legal a la conducta, en positivismo expresado en normas jurídicas rígidas, de irrefragable cumplimiento, sujetas a procedimientos que desnaturalizan la legitimidad del derecho ciudadano.

A finales del siglo XX la educación superior comenzó a despertar, cuando la UNESCO convocó la Asamblea Extraordinaria de Educación Superior Siglo XXI, hasta entonces las concepciones de los nuevos maestros de la psicopedagogía, sujetos a los adelantos instrumentales, Piaget, Vygotsky y Chace, se incorporaron a procesos de reformas para afrontar el cambio al modelo de enseñanza aprendizaje, lo que implicó reformas en la enseñanza del Derecho y la formación del abogado, procesos pedagógicos que siguieron las teorías socio cognitivas para incidir directamente en los procesos de planificación curricular de la carrera y el desarrollo de la clase y las lecciones que en ellas se impartían, construyendo el aprendizaje orientado a una mayor participación del estudiante, para propender a la creación de una conciencia social y crítica que lo relacionaba con el medio en las clínicas jurídicas.

El desafío de un derecho a la educación por parte de la sociedad se dimensionó en una masiva demanda de servicios de

educación superior, más de carácter técnico profesional que de carácter socio político, que en la formación profesional del abogado debió reconceptuar los sistemas de enseñanza aprendizaje, impulsando la investigación científica y extender a la comunidad sus beneficios para vincularla a la comunidad.

En el siglo XXI, el desarrollo científico tecnológico favoreció los medios de información y la mundialización de la sociedad, impulsando una sociedad desregularizada, donde el Derecho devino más en normas de comercio internacional antes que en valores y principios que regulan la vida social.

La geo economía y su referente, el comercio internacional, incidió directamente sobre el Estado, cuyo proceso modernizador utilizó al Derecho como norma positiva para afirmar las multi y trasnacionales, que llegaron a rebasar las limitaciones del Estado, permitiendo la voracidad utilitaria mercantil que desvistió el rol del Estado y despojó a la sociedad de sus riquezas naturales.

Las demandas de libertad y dignidad humana, centradas en los derechos humanos y su estricta observancia, forjaron nuevos modelos de Estado, imponiéndose el Estado Constitucional, para remplazar al Estado de Derecho.

Estos cambios determinaron la formación de nuevos ejes, abriendo brecha en la ciencia positivista para favorecer un derecho natural, donde prevalecen los derechos subjetivos, declarados en los derechos humanos. La nueva meta era un Estado democrático, que elimine el electoralismo y la partidocracia, franqueando el paso a una concepción socio política de participación ciudadana en la Constitución, materializada en garantías jurisdiccionales, cuya eficacia se expresa en el principio de tutela judicial, que asigna un nuevo rol tutelar a los jueces.

La justicia dejó de ser distributiva y devino en equitativa, aporte jurídico a la lucha contra las condiciones de pobreza, que afectan la existencia de la convivencia humana, al establecerse el estado de necesidad en que viven dos tercios de la población mundial.

Los modelos económicos dejaron de ser meramente agrarios o industriales, para afrontar la necesidad de preservar la naturaleza y dar impulso a una economía sustentable que no podía agotar los recursos naturales en una sola generación, proteger el ambiente y los ecosistemas construyó un Derecho Ambiental, que fue constitucionalizado, llegando en el caso de Ecuador a declarar a la naturaleza como sujeto de derechos.

El reto del Derecho, hoy, es la unidad en la diversidad, el respeto a los derechos de las minorías por las mayorías actantes en los niveles de potestades públicas; la garantía de los derechos fundamentales y el empoderamiento de los grupos socialmente segregados, porque el concepto de ley dejó de ser el civilista, como expresión individual, para declararse constitucionalmente en norma general de interés común.

El Derecho encontró un Estado sistémico, con un poder único que constituía la soberanía popular; el imperativo del servicio público, como fin único de un Estado sin derechos y sujeto a cumplir sus deberes, materializado en funciones delegadas sujetas a la Constitución y la ley.

La concepción del Estado Constitucional, como un Estado de derechos y justicia, ha confinado el poder público a una actuación de servicio, cuyo más alto deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos.

Estos cambios en el entorno social retan hoy al Derecho Constitucional, que dejó de ser mera elucubración de fundamentaciones teorizantes de los modelos de Estado, para devenir en una institucionalidad cuyo fin tutelar es alcanzar la plena realización de los derechos humanos, que dejen de ser utopía y alcancen materialidad en acciones de eficacia jurídica, que garantice una real igualdad ante la ley y brinde seguridad a los ciudadanos, realizando sus derechos en forma plena y atendiendo sus necesidades.

Personalmente pienso, que cuando ingresé en 1959 a la Universidad de Guayaquil y estudié en la Facultad de Jurisprudencia, aprobé exámenes en Derecho Constitucional y

Administrativo, que los maestros de entonces me reprobarían hoy, al dar respuestas a sus preguntas con las nuevas vivencias y los conceptos en plena aplicación.

Debemos entonces preguntarnos, ¿están nuestras facultades, escuelas e institutos, enseñando el Derecho como ciencia en las nuevas concepciones, en una enseñanza aprendizaje de los derechos humanos y del rol del abogado en los modelos constitucionales actuantes?, No.

La enseñanza del Derecho, su investigación y difusión, no pueden seguir hoy como ayer. Imposible continuar con programas prevalentes de modelos superados, es indispensable proponernos una reforma integral de la enseñanza y la investigación del Derecho; construir el nuevo perfil del abogado en el siglo XXI y conceptualizar la carrera de abogacía como una formación de racionalidad crítica, compromiso social y actuación ética.

El método sistémico nos obliga a repensar la construcción de mallas curriculares, sin cuadrículas de independencia, las asignaturas están todas imbricadas por el eje transversal de los derechos humanos, con un enlace integrador: la participación ciudadana, así se conseguirá el objetivo de educar en un modelo democrático que debe conjugar saberes, integrar experiencias y guiar fortalezas hacia el servicio de normas operativas, que regulen la convivencia social y sujeten el Estado y su gobierno a la Constitución.

La sociedad latinoamericana no ha valorado la Constitución en su rol preponderante de predominar en el sistema que constituye el ordenamiento jurídico. Las cartas constitucionales no fueron difundidas, menos aún leídas o conocidas por la sociedad, muchas de ellas murieron sin que los ciudadanos que estaban sometidas a su aplicación hubieran siquiera leído completos sus textos.

La filosofía educativa, al formar al abogado, perdió el norte y desorientada alienó la formación del profesional a la concepción litigiosa, antes que a las alternativas de solución de

conflictos. Profesionalizamos la norma y no hicimos al profesional para la norma.

El reto contemporáneo impone construir el perfil del profesional, un perfil del abogado latinoamericano, al cual deberíamos tributar los perfiles nacionales; para ello fijemos cuál es el objeto de la ciencia del Derecho, el objeto de la enseñanza del Derecho y el objeto de la profesión de abogado.

Cumplido lo anterior, tendremos definidos valores y principios que guíen los elementos científicos y su racionalidad, integrados en la formación profesional. Esta será nuestra respuesta a la demanda de la sociedad del conocimiento y el desafío cibernético, con profesionales que superan con creces el tradicional rol de litigar y patrocinar del abogado.

La nueva dimensión de la enseñanza del Derecho Constitucional es un reto, es base de difusión del conocimiento a profesionales, que en su actividad, son los agentes multiplicadores que lo difunden, haciendo viable y de fácil acceso para todos el entender la Constitución como norma prevalente y los derechos humanos como fin y principio del Estado.

Hoy el abogado, no aboga sólo por su cliente sino por los derechos humanos y el respeto a ellos, en toda actividad y por todas las personas. La enseñanza aprendizaje a través de la metodología de casos, debe complementarse con actuaciones de roles profesionales y pre profesionales, desarrollados en la práctica de clínicas jurídicas, que den la vivencia social de la abogacía.

Tenemos entonces un reto, enseñar Derecho Constitucional en el Siglo XXI con las nuevas concepciones de Estado; mantener su desarrollo a través de la investigación científica, elaborar una malla curricular y diseñar las competencias, permitirá identificar las aptitudes y actitudes, que hacen fundamento para investigar en los diferentes roles del abogado con relación al Derecho Constitucional, que deviene en el centro del conocimiento de la abogacía.

Hemos hecho del Derecho una mitología de ideas que arraigadas en nuestra alma no permiten el paso de la razón.

Concluiré expresando que la formación de abogados en el Siglo XXI presenta nuevos desafíos, está en nuestras manos responder a la razón y derruir los mitos.

Es indispensable completar lo anterior con un proceso sostenido, conjunto, que incorporen en sus procesos de desarrollo curricular, tanto a nivel de malla como de syllabus, todo lo que fortalece la enseñanza del Derecho Constitucional.

Se deberá favorecer esa decisión, enriqueciendo el proceso con el aporte de disciplinas y asignaturas, que posibiliten un profesional con habilidades, aptitudes y saberes de un nuevo abogado, con un Derecho Constitucional sólido y de servicio a los cambios que la sociedad produce.

Una cita de un pedagogo decía: “un maestro la eternidad, pues nadie sabe hasta dónde llega su influencia”, es el momento de decisiones para cambiar la enseñanza del Derecho Constitucional y actualizar la carrera de abogacía, que produzca la historia futura, por la influencia en los abogados que salgan de nuestras aulas en el Siglo XXI.

Identidad de género y dignidad. Derechos humanos, fallos y colectivo LGTTTBIQ

Gender Identity and dignity. Human Rights, court decisions and collective LGTTTBIQ

Identidade de gênero e dignidade. Direitos Humanos, Fracassos e LGTTTBIQ coletivo

L'identité de genre et dignité. Des Droits Humains, décisions judiciaires et collective LGTTTBIQ

*Ezequiel R. Galván*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 271-301

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e182>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0833-4366>

Recibido: 07/07/2018

Aprobado: 08/09/2018

Resumen: El trabajo se busca analizar la dicotomía que el caso presenta entre la aplicación del derecho y la perspectiva de género, a través del estudio de la sentencia “Jaime Luis Córdoba (alias Claudia) s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, dictada por el Tribunal en lo Criminal nº1 del Departamento Judicial de la Plata, debido a que la misma se presenta como un hito jurídico, tanto por las particularidades que presenta el caso: ser la imputación penal a una persona travesti por venta de estupefacientes en un contexto que pone de relieve la situación de vulnerabilidad que soporta esta comunidad, como por ser la sentencia en sí un producto cultural complejo donde tras la máscara de objetividad e imparcialidad del juez penal se esconden discursos y subjetividades que en este caso se manifiestan como transfobia, xenofobia y un paradigma de proteger al “buen vecino” y su barrio.

Palabras claves: identidad - género - dignidad - xenofobia

¹ Abogado (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UM). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Mail ezequielrgalvan@gmail.com

Abstract: The work seeks to analyze the dichotomy that the case presents between the application of legal standards and the gender perspective, through the study of the judgement “Jaime Luis Córdoba (aka Claudia) s/ possession of narcotics for marketing purposes”, issued by the Criminal Court No. 1 of the Judicial Department of La Plata. The case is presented as a legal milestone for some concerns, being the criminal imputation of a transvestite for the sale of narcotics in a context that highlights the situation of vulnerability that this community is enduring, as for being the sentence itself a complex cultural product wherein the mask of objectivity and impartiality of the criminal judge hides discourses and subjectivisms that in this case manifest as transphobia, xenophobia and a paradigm of protecting the “good neighbor” and his neighborhood.

Keywords: Gender Identity - dignity - xenophobia

Resumo: Este artigo busca analisar a dicotomia que o caso apresenta entre a aplicação da lei e da perspectiva de gênero, através do estudo da sentença “Jaime Luis Córdoba (aliás Claudia) s / posse de droga para fins de comercialização” emitido pelo Tribunal penal nº 1 do Departamento judicial de La Plata, devido a que a mesma se apresenta como um marco legal, tanto pelas peculiaridades do caso: ser a acusação criminal a uma pessoa travesti por venda de narcóticos no contexto que destaca a vulnerabilidade que comporta esta comunidade, como sendo a própria um produto cultural complexo onde por detrás da mascara de objetividade e imparcialidade do juiz penal se esconde, discursos e subjetividades que, neste caso, aparecem como transfobia e um paradigma de proteger ao “bom vizinho” e seu bairro.

Palavras-chave: identidade - gênero - dignidade - xenofobia

Résumé: Le travail tente d’analyser la dichotomie que présente le cas entre l’application du droit et la perspective du genre, à travers l’étude de l’arret «Jaime Luis Córdoba (alias Claudia) / possession de stupéfiants à des fins commerciales», dictée par Tribunal Criminel n° 1 du Département judiciaire de La Plata, car il est présenté comme une étape juridique, à la fois pour les particularités que présente l’affaire: l’imputation criminelle à un travesti pour la vente de stupéfiants dans un contexte qui souligne la situation de vulnérabilité que cette communauté soutient, car la peine elle-même est un produit culturel complexe où, derrière le masque de l’objectivité et de l’impartialité du juge pénal, se cachent des discours et

des subjectivités manifestant transphobie, xénophobie et un paradigme de protection du «bon voisin» et de son voisinage.

Mots-clés: Identité de genre - dignité - xénophobie

1. Introducción

En el presente trabajo se busca analizar la dicotomía que el caso presenta entre la aplicación del derecho y la perspectiva de género, a través del estudio de la sentencia “Jaime Luis Córdoba (alias Claudia) s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” dictada por el Tribunal en lo Criminal n°1 del Departamento Judicial de la Plata (10-III-2016) debido a que la misma se presenta como un hito jurídico, tanto por las particularidades que presenta el caso: ser la imputación penal a una persona travesti por venta de estupefacientes en un contexto que pone de relieve la situación de vulnerabilidad que soporta esta comunidad, como por ser la sentencia en sí un producto cultural complejo donde tras la máscara de objetividad e imparcialidad del juez penal se esconden discursos y subjetividades que en este caso se manifiestan como transfobia, xenofobia y un paradigma de proteger al “buen vecino” y su barrio.

El estudio de la sentencia requiere el abordaje de la identidad de género como dimensión de la persona cuyo respeto es inherente a su dignidad. La incorporación de una perspectiva de género en el derecho internacional de los derechos humanos ha permitido reconocer la identidad de género como una expresión de la subjetividad de la persona en su calidad de individuo, reconociendo un principio de auto-determinación o respeto de la verdad personal que construye una identidad desde la propia subjetividad que trasciende hacia la comunidad, la cual debe receptor y respetar esta elección. La singularidad de este aspecto de la vida privada es que se presenta como un elemento activo y dinámico que se manifiesta en las relaciones que esta persona establece, y que necesariamente requiere de una acción en correlato por parte de la sociedad aceptando esta

nueva realidad unilateralmente impuesta, pues esta identidad se conjuga necesariamente en la sociedad, que conlleva un trato, un nombre, un rol que esta persona va a asumir dentro de la misma (entre otros aspectos).

En este sentido, se revaloriza el concepto de “dignidad” de la persona en tanto que la misma significa la calidad inherente al ser humano de persona, reconociéndola como tal. En consonancia, en el presente no se receptan a los derechos humanos como un fin en sí mismo, sino como el medio instrumentado para el respeto y garantía de esa dignidad. Así mismo, este no es un posicionamiento arbitrario, sino que se sustenta en que desde los órganos de protección internacionales se desprende que al analizar los derechos humanos siempre se lo hace a través de este valor “dignidad”, o conceptualizándolos como *“la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado”* (Nikken, 1994:15).

Entrando en el análisis del fallo en cuestión, la finalidad es analizar como se conjugan estos elementos en el mismo y como el poder punitivo y la administración de justicia pueden articularse como un medio que suprime estas identidades disidentes y al otro/a menoscabando su dignidad. Con un paradigma retrógrado en la materia y sin ejercer un control de convencionalidad una perspectiva de género transversal que resulte respetuoso de los derechos humanos y del principio rector de la no discriminación, el ejercicio del poder punitivo estatal se convierte en una maquinaria represiva y normativizadora que suprime y castiga la diferencia.

Se recupera el concepto de colectivo LGTTTBIQ planteado por Sabsay (2011) en tanto que resalta “la complejidad y la multiplicidad de formas en las que pueden vivirse el género y la sexualidad” (pp.21), en contraposición a otras posturas con una perspectiva más restringida sobre los y las integrantes de este colectivo²

² Se lo conceptualiza como colectivo no por ser un grupo homogéneo sino porque aún recuperando las particularidades e intereses propios de cada uno subsiste una lucha común por el reconocimiento frente a un entorno heteronormativo, patriarcal y con roles de

(por ejemplo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana hacen referencia al colectivo LGBT o LGBTI) pues si bien el presente trabajo analiza puntualmente la situación del colectivo travesti se recupera al colectivo debido a que las violencias en análisis no se corresponden a un elemento propio travesti, sino a un carácter de “minoría sexual” o manifestación de género/sexualidad disidente.

Uno de los conflictos teóricos que presenta el caso es su estrecha vinculación con el debate trabajo sexual vs. prostitución (no voluntario), conceptos que implican una toma de posición al respecto (Sabsay, 2011) y que representan una discusión que excede al presente trabajo, pero que por su presencia y transversalidad tanto al caso en estudio como a los ejes de análisis no pueden desconocerse. Por un lado se reconoce y se pone de manifiesto la existencia del elemento “necesidad/vulnerabilidad/miseria” que llevan a la prostitución, circunstancia que no implica que todo trabajo sexual sea consecuencia de una situación de vulnerabilidad³. Sin embargo, tampoco se desconoce la existencia de luchas por el reconocimiento del trabajo sexual como trabajo, por asegurar condiciones dignas de trabajo, y la posibilidad de escogerlo libremente.

Teniendo presente el debate actual, por contexto fáctico del caso se parte de la posición que el contexto de vulnerabilidad y pobreza impiden hablar de “trabajo sexual” como una elección de la persona en tanto que es una elección forzada (una voluntad viciada por la necesidad) de aceptar ejercer una actividad no deseada, o de aceptar condiciones de precariedad en un trabajo sexual que la persona escogería libremente en condiciones dignas, sin profundizar más allá en este antagonismo debido a que el objeto de análisis no lo demanda.

género asignados (y cristalizados) con fundamento el sexo biológico, que dan lugar a un reconocimiento como un colectivo único y heterogéneo.

³ Sostener el carácter absoluto de “prostitución” implica desconocer cualquier posibilidad de elección, autonomía o personalidad en la persona que está tomando la (conceptualizada) “elección obligatoria” (Sabsay, 2011).

Por último, y como un adelanto de conclusiones necesario, el fallo exhibe un lenguaje que desconoce esta la identidad de género de la persona imputada con todo lo que ello implica, y que lejos de ser en pos de la seguridad jurídica se manifiesta como una conciente decisión de dar este trato. Entendiendo que las formas procesales son solo un medio por el cual asegurar la efectiva vigencia del derecho y el respeto por la dignidad de la persona, el juez puede y debe articular las medidas necesarias a este fin, respetando la identidad de género y, por ende, utilizando el pronombre a través del cual se manifiesta (CIDH, 2015) lo cual en este caso podría haberse resuelto con una aclaración en el inicio del fallo como “AUTOS Y VISTOS: Los de la presente causa N° 1961/5141 del registro de este Tribunal en lo Criminal n° 1 del Depto Judicial de La Plata, seguida a JAIME LUIS CORDOBA, *de ahora en adelante CLAUDIA en respeto de su identidad de género autopercebida, peruana...*” (la cursiva es incorporación propia), dispensando el consecuente trato femenino a lo largo de la sentencia.

2. Reseña del fallo

La sentencia en análisis pertenece al Tribunal en lo Criminal n°1 del Depto Judicial de La Plata, con una integración unipersonal, un juzgado de primera instancia perteneciente al sistema de administración de justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha del 10 de Mayo de 2016. La causa (condenatoria) es seguida contra “JAIME LUIS CORDOBA (alias Claudia)” (textual del fallo), una persona de nacionalidad peruana, travesti, sobre “tenencia de estupefacientes para la comercialización” (art. 5 inc. c ley 23.737).

2.1. Resumen del proceso

Desde inicio de la causa se encuentra controvertido el operativo por el cual se aprehende, requisa y detiene a Claudia con envoltorios con estupefacientes fraccionados, operativo de actuación prevencional en la zona roja de La Plata donde

“personas travestidas, simulando ejercer un servicio sexual a cambio de dinero, comercializando estupefacientes” (sic), así mismo, los policías intervinientes manifiestan una política por parte de fiscalía de identificación y procedimientos sistemáticos sobre las travestis, y realizan manifestaciones personales tales como “solo quiere que se haga justicia” (sic), “quiere decir que las drogas y la corrupción acá en la ciudad es terrible” (sic). También interviene un testigo civil que resultaba ser de profesión policía.

Los testigos aportados por la defensa, que conocen a la imputada, le dan a esta un ostensible trato femenino y de Claudia, manifestando un consumo habitual de drogas por esta. A su vez, la imputada al declarar manifiesta que se encontraba ejerciendo trabajo sexual, que consume regularmente cocaína para soportar el frío (junto con alcohol), que hace aproximadamente ya ocho años que trabaja en la calle con su cuerpo junto a la presencia de otras chicas que venden drogas en la zona, que los clientes pasan preguntando el precio y siguen dando vueltas, así como que al hombre que detienen con ella (cliente) le encuentran una bolsita (estupefacientes), ante lo que el policía le dijo al mismo que si no se tiraba en contra de ella iba a decirle a la familia que sale con travestis y que consume, agregando que “el policía que estaba acá es una persona que consume y también tiene un grupo de amigos que las obliga a las demás chicas a tomar y sino le hacen la denuncia, o nos roban” (sic), al cual le han realizado denuncias con anterioridad.

El juez tiene por configurado el hecho en los términos expuestos por la fiscalía, sostiene que no tiene consideraciones sobre el testimonio del personal policial interviniente, “como así también que cualquier deseo de perjudicar a alguien sólo sería imaginable respecto del verdadero autor y no de un tercero inocente” (sic), teniendo por acreditada la exteriorización material del hecho, así como su autoría por corroborarse su presencia (en otra actividad) en el hecho manifestado por la propia imputada.

2.2. Calificación

Una vez acreditada la autoría, se manifiesta que no median eximentes, considerando atenuante la falta de condenas anteriores y buen concepto sostenido por los testigos presentados por la defensa, y considerando como agravantes: 1) Condición de ser extranjero toda vez que menosprecio el país que le dio cobijo; 2) Mayor toxicidad de la sustancia, por tratarse de de cocaína de alta pureza; 3) Venta en la vía pública y los perjuicios que por dicha actividad son sometidos los vecinos; 4) nocturnidad; 5) Querer aparentar otro trabajo para disimular la venta de estupefacientes.

Así mismo, el juez desestima los planteos de la defensa expresando que “La defensa, por su parte, que desperdició un valioso tiempo -a mi criterio- en reseñar cuestiones de política criminal y de la labor y penurias de los travestis, que nunca fueron motivo de debate; nada cuestionó respecto de éstas” (sic), reconoce la agravante por mayor toxicidad por no ser lo mismo que ofrecer una droga de menor intensidad, y recepta la nocturnidad como agravante por facilitar y brindar seguridad en la realización del delito, citando doctrina y sin una construcción propia.

2.2.1. La condición de extranjero como agravante

El juez escoge iniciar, en primer lugar, por así solicitarlo la “vindicta pública” (sic), ponderando la agravante de la condición de extranjera de la imputada. Se analiza si agravar la pena por la condición de extranjera de la persona imputada es inconstitucional (vulnerando el principio de igualdad y no discriminación) lo que reconoce como doctrina mayoritaria. Sin embargo, sin compartir este criterio ante el interrogante “¿efectivamente existe entre los ciudadanos argentinos y los extranjeros, igualdad ante la ley, como ellos pregonan?” (sic) manifiesta que esto no es tan cierto ni absoluto, procediendo a justificar sus argumentos.

Sustenta sus conclusiones en que pues los argentinos (y argentinas) se encuentran obligados a armarse en defensa de la patria (art. 21 C.N.) “Es decir, mientras nuestros nietos, padres,

hijos, hermanos y amigos, morían en el conflicto de Malvinas en defensa de la Patria; los extranjeros, que gozaban de todos los derechos (más no de todas las obligaciones, como se ve) veían desde la comodidad de su hogar el conflicto, sin temor a ser convocados. Me pregunto entonces si en este punto ¿existe igualdad ante la ley?” (sic); aludiendo al servicio militar obligatorio “mientras muchos de nosotros debíamos postergar los estudios, en algunos casos, por más de dos años, sin contar con las penurias que se pasaban; nuestros compañeros extranjeros que compartían los pupitres con nosotros en la escuela pública y gratuita, se recibían antes ¿Y la igualdad ante la ley?” (sic), y tomando el sufragio “Durante años debíamos ir nosotros a emitir el sufragio y a ser presidentes de mesas, durante las elecciones –aún, en medio de un brote de gripe A, como en las elecciones del 28-06-09-; mientras que los extranjeros se quedaban descansando en la seguridad de sus casas” (sic).

Así mismo, el juez evoca la obra de Orwell “Rebelión en la granja”, tomando la idea de que todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros, y asimilando la condición de los extranjeros a los cerdos de la obra. Sigue el juez interpretando las disposiciones constitucionales, a contrario sensu, que el reconocimiento de igualdad con los nacionales ante situaciones lícitas (libertad de trabajar y otros) implica el no reconocimiento de esta igualdad ante situaciones ilícitas, y por ende, una manda constitucional a “restringir, limitar y gravar la entrada y permanencia de extranjeros” (sic), procediendo a “contar un cuento” ironizando la situación de una madre (CN), y sus dos hijos (nacional y extranjero), y manifestando que la agravante no es por su carácter de extranjero sino por su condición de “delincuente” que se burla de la confianza de la sociedad, por ingrato ante la gratitud y hospitalidad nacional.

Sigue el juez manifestando “Imagino a todos los amantes de las teorías zafaronianas, - y aunque no dudo de las buenas intenciones del autor al formularlas, buscando dar más derechos y garantías; pienso que hicieron más mal que bien, porque se garantizó mucho a algunos (delincuentes) en desmedro de

otros (víctimas) – alzar sus voces al grito de ¡Semejantes ideas violan todos los principios Constitucionales y Tratados Internacionales de los pueblos civilizados!” (sic), sosteniendo que dicho trato no es el dispensando en Europa a los extranjeros, donde se gestaron los Derechos Humanos, “¿Cómo tratarían a un Argentino que robe en otro país...?” (sic). Así mismo, refiere al “archi enarbolado principio de igualdad ante la ley y a la no discriminación” (sic), el cual interpreta las disposiciones de los tratados de derechos humanos vigentes interpretando que habilitan esta discriminación en el trato, reconociendo que aunque también se violaran el principio de culpabilidad, el non bis in ídem, y otros más “...todos ellos quedan fuera de forma “excepcional”. Es la Constitución Nacional, la que excepcionalmente hace ceder los derechos y garantías para ciertas y particulares circunstancias, un ejemplo bien claro dentro del mismo tema es ir a la guerra.” (sic), y manifestado “Los principios, derechos y garantías de nuestra Constitución, entonces no son absolutos e inquebrantables” (sic).

Finalmente, concluye que “puede y debe” aplicar un agravante a la pena por la condición de extranjero, sin que signifique una violación a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación por ser una medida de excepción avalada por la Constitución y Tratados de Derechos Humanos, sosteniendo la misma como indispensable para una sociedad democrática.

2.2.2. Los perjuicios a los vecinos como agravante

El juez toma la agravante “Venta en la vía pública y los perjuicios que, por esta actividad, se ven sometidos los vecinos” sosteniendo que “soportar, la venta de estupefacientes; los constantes desfiles indecorosos; el permanente ir y venir de compradores de dudosa reputación y gente de mal vivir; las reyertas que se provocan; los procedimientos policiales; escenas de sexo en el umbral de la casa; ruidos que provocan sobresaltos y gritos en horas reservadas al descanso; entre otras circunstancias, son a no dudar, molestias que ningún habitante de la Nación, ni de la Ciudad de La Plata, está obligado a tolerar,

ni privado de su derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres” (sic).

2.2.3. El simular el ilícito bajo simular prostitución y ser “mala compañera” como agravante

En este aspecto, el juez trata la agravante “querer aparentar otro trabajo, para disimular la venta de estupefacientes de forma singular debido a que el juez opta por dar un trato femenino y referirse a “Claudia” (incluyendo el encomillado), a la vez que pondera además de estar “aparentando ejercer la prostitución”, el resultar Claudia “mala compañera y una a repudiar por parte de las demás” (sic) pues, “realza” la lucha y sacrificios de este colectivo, y repudia la actitud de la imputada por extender un “halo de sospecha sobre las demás. Este delito, hace pensar a muchos que todos los travestis de la zona roja venden droga, cuando seguramente, son algunos pocos.” (sic).

2.3. La sentencia

Finalmente, el juez condena en calidad de autora por el delito imputado, manifestando a las oposiciones de la defensa que no tiene dudas de la autoría, refiriéndose a “Claudia”, a “ella” (con el encomillado) y “al travesti” (sic), valorando además la “actitud del sujeto activo mientras cometía el hecho delictivo” (sic). Al mismo tiempo, respecto a la inmediata detención pedida por la fiscalía manifiesta que “me cuesta entender ¿por qué llega a debate morigerada?” (sic), mandando a la detención de la ahora condenada a fin de que transite en este estado el resto del proceso (sentencia aún no firme), ponderando “que el cumplimiento de esta sentencia, si quedara sujeta a resueltas de etapas procesales posteriores, quedaría convertida lisa y llanamente en “letra muerta” y los fines perseguidos del proceso olímpicamente burlados” (sic).

Finalmente, el juez manda a librar oficio a la dirección nacional de migraciones una vez cumplida condena en los términos de la ley 25.871 y decreto reglamentario (impedimento de

permanencia de extranjeros en el Territorio Nacional), exhorta, además, a la Dirección Nacional de Migraciones que conste “bajo que circunstancias legales –de admisión y permanencia en el país- (...) se encuentran los ciudadanos extranjero que ofrecen servicios como travestis en la denominada Zona Roja de la Ciudad de La Plata; esto, ante la denuncia que hiciera en estos obrados, personal policial, en tanto y en cuanto resultaba difícil su identificación por no tener documentos que acrediten su identidad, y por camuflarse en una actividad no prohibida, la posible comisión de delitos graves como el aquí tratado.” (sic). Concluye exhortando al Intendente de la Ciudad de La Plata “a fin de que tome las medidas que considere necesarias; ante la multiplicidad de delitos que, como en la presente, se vienen suscitando de la denominada Zona Roja de la Ciudad de la Plata; y de respuesta a los constantes reclamos de los vecinos, por las molestias que se les causan” (sic).

2.4. Lenguaje de la sentencia

Por último, en el texto de la sentencia puede verse constantes referencias al “imputado”, “persona travestida”, “el autor”, “los travestis”, “condenado”, “el travesti”, con una representación masculina de la persona, así como referencia a “Claudia” y “ella” con un encomillado (y una representación femenina) principalmente cuando le asigna el reproche de “mala compañera” frente a sus pares.

3. Identidad de género

La perspectiva de género⁴ se ha introducido en el ordenamiento jurídico a través de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos mediante su proyección

⁴ Entendiendo “perspectiva/enfoque de género” como una herramienta analítica comprendida por un trabajo consciente por deconstruir el rasgo patriarcal (originario) presente en la lógica de los derechos humanos, que tiene presente la existencia de desigualdades (de género) estructurales e históricas del modelo patriarcal hegemónico (Lagarde, 2012) y

desde estos espacios sobre el derecho local (Sabsay, 2011) a través de los tribunales internos y su recepción legislativa. Sin embargo, muchas veces se presenta como elemento extraño o ajeno en el discurso jurídico y por ende excluido como una dimensión de análisis, especialmente en una rama de neto corte disciplinario y normativizador como lo es en esencia el derecho penal, cuya consecuencia directa es que en el accionar de los operadores de justicia se ignoren cuestiones como (en el presente caso) la identidad de género de la imputada.

Como se adelantó, la identidad de género es una dimensión de la persona que la significa como persona a partir de su vivencia interna, de lo que deriva un principio de auto-determinación o respeto de la verdad personal que ha sido reconocido por los organismos internacionales, la cual podemos entender como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”* (Principios de Yogyakarta; 2006)⁵.

Como se observa, la identidad de género es un aspecto identitario de la persona en tanto que constituye el “género” de esa identidad, lo que no es intrascendente si consideramos el principio de auto-determinación como principio rector (CIDH, 2015), pues ese género auto-determinado no solo tiene impacto

cuestionando su legitimidad ante un contexto de discriminación (de género) y jerarquías sociales sistemática (Rodríguez, 2004).

⁵ Los principios de Yogyakarta además de poder considerarlos parte del Corpus Iuris del derecho internacional de los derechos humanos son recuperados por el sistema interamericano en el Informe 2015 de la Comisión, la cual es un antecedente directo de la OC-24/17 de la Corte Interamericana, sin embargo, en el presente trabajo no se incorpora la opinión consultiva para analizar el contenido de la sentencia debido a que la misma es posterior a la sentencia.

en el aspecto interno de la persona (como se percibe) sino que como se expuso, también se proyecta en el aspecto externo de la persona, lo que implica la manifestación de esa identidad a través de los terceros (del Estado en el presente caso).

Debe tenerse presente que el reconocimiento de la identidad de género como verdad auto-determinada confronta una lógica (hegemónica) de género binaria hombre/mujer en función de un sexo biológico que excluye otras identidades o manifestaciones de género (Sabsay, 2011). Esto significa la adopción de un nuevo posicionamiento ideológico dentro del derecho internacional de los derechos humanos a favor de erradicar estos modelos estáticos, entendiendo “*erradicar como de-construcción de estos elementos culturales*” (Lagarde, 2012:200), que implica la incorporación necesaria de una perspectiva de género en todo accionar.

En este sentido, en el ámbito interno se observa la recepción reciente pero progresiva de esta concepción en el ámbito local (representando la presente sentencia una regresión), en un proceso en el que se destaca el reconocimiento de nueva concepción de la familia a través de la sanción de la ley de matrimonio igualitario (ley 26.618 – 2010), de la identidad de género como verdad auto-percibida con tutela legal (ley “de identidad de género” 26.743 – 2012), y su incorporación sistemática a través del Código Civil y Comercial (ley 26.994 - 2014), así como un avance hacia la introducción de las personas trans en el mercado de trabajo –en el empleo público- (ley 14.783 Prov. de Buenos Aires - 2015).

De igual modo, la jurisdicción comienza a desarrollarse un reconocimiento de la identidad de género como una dimensión de la persona digna de tutela, con escasas sentencias entre las que se destaca: a) “*Asociación Lucha por la Identidad Travesti c/ Inspección General de Justicia s/ recurso de hecho*” por la cual se reconoce la legitimidad y finalidad de bien común de la asociación, y consecuente amparo legal de esta minoría revirtiendo el criterio jurisprudencial existente (que

desconocía la finalidad de bien común y protección de las leyes de minorías sexuales)⁶; b) “*PLAZA, Carlos – DEL VALLE, Juan José s/ homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o mas personas; criminis causa y por violencia de género en perjuicio de ALVAREZ, Gimena*” (causa JUI 120634/15, Tribunal de Juicio sala III de Salta, 16-VIII-2016) en la cual se aplica la figura de femicidio (Código penal, art. 80 inc. 11) a una mujer de identidad autopercebida en los términos de la ley 26.743; c) “*S. M. c/ Asociación Amateur de Hockey sobre Césped y Pista del Valle de Chubut s/medida preventiva urgente*” (Juzgado de Familia n°3 de Rawson, 05-IX-2016) en la cual ordena cesar por discriminatoria la prohibición de ser fichada por un club a una mujer de identidad autopercebida en los términos de la ley 26.743; d) “*PEREYRA, Valentina Bella C/ Municipalidad de la Plata s/ medida cautelar autónoma o anticipada – empleo público*” (Juzgado Contencioso Administrativo n°4 La Plata, 17-V-2016) sobre despido de trabajadora trans e incumplimiento de cupo trans –ley 14.783 (sentencia revocada por la Cámara)⁷; e) “*PAULET, Moreno y otros s/habeas corpus - comercialización de estupefacientes*” (Cámara de apelación de garantías de La Plata sala IV, 01-IX-2016) sobre abuso policial en los procedimientos efectuados sobre personas travestis, en circunstancias similares a los del caso en análisis. Todos los fallos mencionados presentan

⁶ “Asociación Lucha por la Identidad Travesti c/ Inspección General de Justicia s/ recurso de hecho”, CSJN (22-XI-2006). Debe destacarse que el fallo explicita este cambio de paradigma a favor de una limitación estatal en la materia: “*Que debe destacarse que la presente decisión conlleva el abandono de la doctrina que sentó la mayoría en Fallos: 314:1531 citada por el tribunal a quo. La diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate (art. 30 de la citada convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso.*” (considerando 24).

⁷ “PEREYRA, Valentina Bella C/ Municipalidad de la Plata s/ pretensión de rest. O rec. dchos” (Cámara Contencioso Administrativo de La Plata, 15-IX-2016). La Cámara revoca considerando cuestiones formales de derecho administrativo-procesal sin consideración de la cuestión de fondo o derechos en juego.

una fundamentación sustentada en la aplicación de los tratados de derechos humanos ratificados y una interpretación dinámica de los mismos en lo que representa un cambio de paradigma.

4. Travestis y sociedad

Sin desconocerse la existencia de un avance legislativo, académico, cultural (así como en otros espacios de la sociedad) en el reconocimiento del colectivo trans (en un sentido amplio), no puede ignorarse que también subsisten dificultades en el reconocimiento y legitimación del mismo dentro de la sociedad (Sabsay, 2011), por lo que esta comunidad aún se encuentra sometida a una violencia que castiga la disidencia con una finalidad de mensaje como impronta de esa violencia⁸ (CIDH, 2015).

En este contexto, dentro del espacio que representa la sociedad, donde se conjugan las relaciones entre los distintos actores, se configuran roles y status, y se establecen interacciones de poder y violencia, el colectivo se ha visto asimilado a la prostitución, en un contexto de vulnerabilidad y discriminación, que termina conformando parte de la identidad que los discursos hegemónicos le determinan (ver punto 4.2), al mismo tiempo que se los excluye del espacio público (como ejemplifica la sentencia)⁹ en defensa de los buenos vecinos y de la moral pública.

4.1. El “buen vecino”

Es importante exponer este dualismo que se presenta tanto en la sentencia como en la sociedad del “buen vecino” en

⁸ En este sentido la Comisión Interamericana concluye que “Muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el deseo del perpetrador de “castigar” dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer” (CIDH, Informe Violencia contra personas LGBTI, 2015, p.37).

⁹ “Recuperando la idea de Maffia (2003), “Una sociedad disciplinadora que sólo acepta como ciudadan@s a quienes cumplen con el estereotipo prefijado por un grupo hegemónico dominante, deja fuera de la ciudadanía de modo arbitrario e injusto a enormes porciones de la población” (pp.8).

contradicción con “el travesti”: hombre travestido, que ejerce la prostitución, vende droga, genera la presencia de gente de “dudosa reputación” o “de mal vivir”. Así es como en el presente caso se culmina con una condena (manifestada como una agravante) por haberle generado estas molestias al “buen vecino”: persona de “buena reputación”, de “buen vivir”, que tiene el derecho a no presenciar “desfiles indecorosos”¹⁰,

No es nuevo este antagonismo “vecino – Zona Roja” que se manifiesta la construcción de fronteras que separan el espacio público y sus vecinos ideales (“buen vecino”) de la Zona Roja, las travestis y la prostitución, que queda semi-invisibilizada (Sabsay, 2011). En este caso, condenando a Claudia por las escenas de sexo¹¹, ruidos, y problemas que atentan contra la pureza de lo público, se manda un mensaje sobre la ausencia de lugar para otras identidades en ese espacio público.

De este modo, entra de facto en la sentencia (a través de agravar la pena por la molestia a los vecinos) encubierto bajo “el derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres” (sic), el castigo a la disidencia en defensa de la moral pública (CIDH, 2015), la criminalización de uso de ropas de otro sexo (CIDH, 2015), la alteración de la “paz visual” que implica la persona travesti y/o el trabajo sexual en el espacio público (Sabsay, 2011), y un fuerte contenido discriminador, criminalizador y estigmatizante sobre el colectivo travesti, que de por sí ya cuenta con el repudio de órganos internacionales, y muestra de forma explícita el ejercicio del control social a través

¹⁰ Destacando que estos son tomados por el juez como una molestia que el buen vecino no debe tolerar por su carácter inmoral (“indecorosos”), y no como una manifestación de la identidad sexual de estas personas, en cuyo caso se encontraría dentro de su derecho a la libertad de expresión (CIDH, 2015), derecho humano fundamental e inherente a una sociedad democrática que goza de uno de los más altos grados de protección (CIDH, O.C. 5/85, párrafos 50, 67, 70 y 79).

¹¹ Poniendo de resalto que en la sentencia existe un reproche autónomo por “estar simulando prostitución para vender drogas” y concluyendo que no estaba ejerciendo la misma, por lo que cabe concluir que estas escenas que ella no integra le son reprochadas en su carácter de travesti, y por ende, como representante de un colectivo cuya existencia/presencia molesta al “buen vecino”.

del derecho penal por parte de una lógica heteronormativa hegemónica, para la cual esta violencia (poder punitivo) tiene una naturaleza de reparatoria (Femenías, 2011) ante el desafío que le implica la existencia de una identidad disidente¹².

4.2. La prostitución travesti

En el presente caso la presencia de la prostitución se manifiesta como un elemento transversal, por un lado, por la presencia de un “trabajo sexual” simulado (según la sentencia) por la imputada, y ejercido por sus compañeras. Sin embargo, también es transversal porque “travesti” y “prostitución” son dos conceptos que han sido asociados (Sabsay, 2011), lo cual no es hecho carente de significado debido a que esta asociación pone de manifiesto la existente propensión al trabajo sexual por parte de este colectivo como consecuencia de discriminación laboral (CIDH, 2015), como por la vulnerabilidad que experimenta en su condición de travesti (en este caso de “migrante travesti”), prostitución (especialmente en condiciones tan precarias) que tiene un rasgo inherente de pobreza, necesidad económica y miseria (MacKinnon, 2011).

Por otro lado, no puede dejarse de ponerse el acento en que la sentencia objeto de análisis manifiesta una (hipócrita) doble óptica: una óptica externa, marcada por “los” travestis que molestan a los buenos vecinos, cuya situación de vulnerabilidad no es objeto de debate, que son vigilados sistemáticamente de forma prevensional y a los que el juez manda (a través de migraciones y del intendente) a verificar y tomar medidas para que los travestis “no molesten”; y una óptica interna, donde se realza la lucha del colectivo y se repudia a “Claudia” (que por un instante

¹² Entendiendo que modelo de género hegemónico subsiste por la presencia implícita de una violencia sostén en toda relación/institución de este modelo patriarcal (Segato, 2003) sin la cual no se podrían mantener estas desigualdades estructurales entre hombres y mujeres (Lagarde, 2012). Esta violencia es sistemática y estructural por ser un mecanismo de control social (Rodríguez, 2004) que busca generar miedo a partir de ella como medio de control patriarcal (Lagarde, 1996), cuya violencia (adhiriendo a Femenías) tiene un rol restaurativo ante la represión del estatus quo amenazado por la disidencia.

deja de ser “el travesti” para manifestarse como una entidad femenina) por traer la sospecha al grupo de que vende droga (el cual solo ejerce el trabajo sexual pacíficamente) y por ser “mala compañera y un ejemplo a repudiar por los demás” (sic).

Así puede observarse la construcción maquiavélica en este punto: el poder punitivo recupera por un instante el ideal del grupo (“los travestis” que acaba de mandar a verificar y tomar medidas para que no causen más molestias) para apropiarse de esas identidades que el mismo ha excluido con el solo fin de poder justificar profundizar en el castigo (reproche penal) e invitar (fragmentando) al grupo a compartir el repudio.

4.3. Travestis y policía

Es interesante recuperar en la sentencia los testimonios (funcionarios de las fuerzas de seguridad y un testigo civil, también de esta profesión) pues si bien no la profesión no es un elemento descalificante en sí debe tenerse en cuenta la existencia de “discursos institucionales” que se proyectan sobre las personas que integran la institución, especialmente cuando es una institución cuya relación con el colectivo trans (en un concepto amplio) se encuentra atravesado por procesos sistemáticos de abuso y extorsión, y de resistencia en correlato, marcados por el desarrollo de sistemas defensa y de negociado de su posición frente a la institución por parte del colectivo (Sabsay, 2011).

En el caso particular surge explícitamente una política de control basada en una vigilancia sistemática “prevencional” sobre el colectivo travesti, al cual se lo encuentra asociado al comercio de estupefacientes (además de al trabajo sexual), con seguimiento de la cantidad de procedimientos realizados sobre cada una, lo que implica tareas de inteligencia de la fuerza de seguridad focalizadas sobre el colectivo. En este sentido, puede observarse la criminalización primaria que existe sobre este grupo con una consecuente vigilancia constante, registro de procedimientos realizados (aunque fuera de una forma no

escrita se pone de resalto a través del elemento de “habitualidad” que se registra la cantidad de procedimientos recaídos sobre cada una), que excede el caso particular y pasa a convertirse en una política de estado (a cargo de la fiscalía que es el órgano que ostenta la competencia en la materia).

Debe tenerse presente que, aún en materia de seguridad ciudadana¹³, los derechos humanos de estas personas se erigen como un límite infranqueable ante el ejercicio arbitrario u avasallador de los medios legales (CIDH, 2009), lo que conlleva la ilegitimidad de estas políticas de vigilancia masiva sustentadas en una criminalización al colectivo, y cuyas situaciones ilícitas muchas veces se encuentran asociadas a una vulnerabilidad que pone de manifiesto la ausencia del Estado. Se suma en el caso particular que las expresiones de la imputada dan cuenta de un contexto de violencia institucionalizada por parte de agentes de la policía y “amigos” sobre el colectivo travesti, en donde converge el abuso de autoridad, el consumo de droga, y prostitución, en un contexto coactivo (denuncia o robo en el caso en cuestión), circunstancias que, fuera del caso concreto, también se muestra como una realidad recurrente para este colectivo (CIDH, 2015).

A pesar del concepto idealizado que presenta el juez sobre la institución (encontrando que estas sospechas solo pueden provenir de alguien culpable) y sin emitir juicio sobre la veracidad de las posiciones confrontadas en la causa, no pueden desconocerse la presencia (o propensión) de discursos de odio y prácticas institucionales vejatorias que no resultan ajenas a la realidad¹⁴, circunstancia que necesariamente obligan al Estado

¹³ En este caso una seguridad “ante” el colectivo travesti, que no se contempla la seguridad “del” colectivo travesti, lo que manifiesta una noción de “seguridad” de claro control social (y estabilidad del orden social/sexual) ante la existencia de identidades de género disidentes (Sabsay, 2011).

¹⁴ El citado fallo “Paulet s/ habeas corpus” (cit.) se expone la existencia de prácticas policiales vejatorias sobre este mismo grupo (el fallo también es el marco de una causa sobre tenencia de estupefacientes para la venta por personas travestis en ciudad de La Plata) que

a replantearse la función de las fuerzas de seguridad, su conformación y su formación, a fin de erradicar toda práctica o situación de violencia sobre este colectivo.

5. La condición migrante

Si bien no es el fin del trabajo analizar la discriminación sobre el elemento extranjero en sí, tampoco puede ignorarse esta dimensión de análisis debido a que en el presente caso discriminación/vulnerabilidad originada en la condición migratoria resulta inseparable de la sustentado en la identidad de género (ver nota al pie n°15).

Ingresando en el análisis del fallo, el juez reconoce un reproche a un reproche penal autónomo por su condición de migrante, el cual prioriza su tratamiento por así reclamarlo la “vindicta pública”¹⁵, sin que pueda dejarse de tener en cuenta la gravedad y la fuerza del término utilizado. Teniendo presente el significado de vindicta pública, el agente estatal reconoce que procede a la apertura del reproche penal con la condición migratoria para dar el ejemplo porque así lo demanda el ideal de justicia (equidad), no porque exista un bien jurídico objeto de tutela jerarquizado. Es así como, tras descalificar posturas más garantistas por su mayor recepción de estándares internacionales de los sistemas de protección de derechos humanos (así como de origen constitucional) el juez mediante un recurso de infantilización (un cuento) y expresiones como “el archi enarbolado principio de igualdad” (sic) se entiende una obligación constitucional de castigar de forma independiente el hecho de ser extranjera de la imputada.

son aportadas por la misma fuerza: “se advierte que el personal policial en su marco funcional, ha actuado de modo abusivo e ilegal violentando las pautas mínimas de trato respetuoso con la dignidad humana, así como las reglas mas elementales de respeto a la privacidad de las personas, al momento de llevar adelante las requisas corporales que efectuara en la vía pública” (“Paulet” cit., pp.4, voto Juez Argüero).

¹⁵ Vindicta pública: “Satisfacción de los delitos, que se debe dar por la sola razón de justicia, para ejemplo del público” (definición de la Real Academia Española).

Al respecto, el principio de igualdad y no discriminación receptado por nuestra Constitución a través de la incorporación de tratados de derechos humanos a nuestro bloque constitucional (art.75 inc.22) consagra la prohibición expresa de cualquier forma de discriminación, el cual constituye un principio transversal a cualquier ordenamiento jurídico en tanto que se ha reconocido por norma integrante del Ius Cogen (CoIDH, OC-18/03), el conjunto de normas imperativas de la comunidad internacional que exceden a cualquier noción de soberanía, especialmente cuando el Estado en el ejercicio de su soberanía decidió contraer dichas obligaciones internacionales y las incorporó como derecho constitucional.

En este sentido, no solo existe una obligación emanada de la Constitución y de los tratados de derechos humanos a los que la Argentina adhirió de erradicar toda discriminación, sino que la diferencia de trato motivada en condición migratoria expresamente está contemplada como discriminación (arts. 1 y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial), comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, sino que existen pronunciamientos internacionales expresando que *“los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”* (CoIDH, OC-18/03, párrafo 172).

Considerar la condición migratoria como factor de restricción a posibles distinciones de trato por constituir una discriminación (vedada convencionalmente) no se restringe al ejercicio de actividades lícitas (ej. trabajo), pues el principio de igualdad y no discriminación no cede ante la comisión de actividades ilícitas (ej. el delito imputado en la presente causa) debido a que los instrumentos internacionales en su texto no reconocen una habilitación para distinguir entre ambos supuestos. En consonancia, la sentencia sostiene una interpretación contraria al principio pro persona que rige en la materia (art. 29

Convención Americana sobre Derechos Humanos) fundada en cláusulas que constituyen una salvaguarda para que no se recurra al derecho de asilo o tránsito para evadirse del reproche penal por un delito efectivamente cometido por la persona migrante, lo que no es equiparable a entender una habilitación para ejercer una discriminación de trato, derechos y garantías sobre la persona migrante ante la persecución penal, y menos como una habitación a la pena de la condición migrante en sí.

Así mismo, la sentencia también entiende esta manda constitucional en una reciprocidad punitiva debido a que otros países también la manifiestan, desconociendo que la lógica del derecho internacional de los derechos humanos rompe con el concepto clásico de reciprocidad en materia de obligaciones internacionales (ahora con una obligación internacional frente a las personas bajo la jurisdicción del propio Estado), sin que el incumplimiento (ilícito internacional) pueda justificarse en la reciprocidad (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014).

Finalmente, el aspecto más lesivo que presenta la sentencia es que reconoce que el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, el principio de culpabilidad, el *non bis in ídem*, y “otros más” no rigen respecto de la persona migrante porque la Constitución “excepcionalmente” está haciendo ceder estos derechos y garantías en ciertas y particulares circunstancias, en este caso la condición de extranjera de la imputada (equiparándolo a “ir a la guerra”). La gravedad de esta sucinta frase radica en que a través de ella se despojó a la persona extranjera de cualquier derecho y/o garantía que pudiera tener frente al avance del Estado sobre su persona en el uso del poder punitivo, es decir, garantías constitucionales y convencionales que son inherentes al estado de derecho son cercenadas de la persona extranjera, convirtiéndola en una cosa frente al derecho penal y borrando cualquier rasgo de personalidad.

Como se expone, la sentencia postula un avance irrestricto sobre la persona migrante debido a que reconoce un derecho de excepción sobre los derechos y garantías mencionados, con un carácter extensivo a través de un sistema de catálogo abierto:

“y otros más” (sic) que se constituye en una habilitación para un ejercicio irrestricto y arbitrario del poder represor, circunstancia que choca frontalmente con un control de convencionalidad y compromete la responsabilidad internacional del Estado.

5.1. *Travesti y migrante: doblemente vulnerable*

La intersección entre una identidad de género no normativa y el carácter de migrante genera que la persona se encuentre más expuesta a situaciones de violencia (en muchas ocasiones por agentes estatales) y una asociación a la prostitución (CIDH, 2015) como consecuencia de la situación de vulnerabilidad de la persona. En este sentido, las circunstancias que expone la sentencia refleja la existencia de una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad múltiple¹⁶ debido a que se encuentra expuesta a la violencia propia del sistema patriarcal con motivo de su identidad de género, al mismo tiempo que se genera una mayor vulnerabilidad por la condición migrante, en un contexto de de prostitución y pobreza.

Es importante recuperar el contexto de vulnerabilidad (agravado) que no resulta relevante a los ojos de la jurisdicción debido a que el relato de la acusada da cuenta de una realidad

¹⁶ La concurrencia de factores de vulnerabilidad (identidad de género, migrante, pobreza, otros) genera que una discriminación “intersectorial”, lo que implica que la discriminación sufrida por la persona no encuentra su origen en un factor autónomo (por migrante, por travesti, por situación de pobreza), sino que encuentra origen y se agrava en la concurrencia de estos factores (ColDH, “González Lluy y otros c/ Ecuador”, 01-IX-2015, párrafo 290). El concepto de “discriminación intersectorial” a la vez es recuperado por la Corte del TEDH “B.S. vs. España” (“González” cit. Nota al pie n°342), fallo relevante debido a que reconoce por primera vez esta discriminación “multisectorial” (en los términos de los terceros intervinientes ante el Tribunal) respecto del trato que fuerzas de seguridad sostienen ante una mujer de origen africano en situación de prostitución (contexto de gran similitud fáctica al presente) concluyendo: “*el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos.*” (4-VII-2012, párrafo 71).

en la cual el colectivo se encuentra sometido a una violencia sistemática por parte de la fuerza policial, que se encuentra sometido a sistemas de control, ante el cual la respuesta estatal (sentencia) no solo invisibiliza esta situación, sino que responde de modo represivo oficiando a migraciones para que controle al colectivo, desconociendo una situación e historia de vida que el Estado entiende irrelevante a los fines del reproche penal, pero que culmina en una revictimización de personas que de por sí se encuentran expuestas a menoscabos múltiples como consecuencia de su situación de vulnerabilidad.

6. El poder punitivo como represor de la disidencia

En este punto es relevante reflexionar ¿Cual es el fin del proceso? es decir, toda la maquinaria del Estado se puso en marcha con el fin de ejercer su poder punitivo (en su condición de detentar el monopolio de la fuerza), invirtió recursos económicos y humanos, recurrió a toda una estructura (conformada por leyes, procedimientos, instituciones) para llevar adelante un proceso contra Claudia, la encuentran culpable, la condenan a una pena de privación de la libertad, y se sabe el “porqué” la condenan (por vender estupefacientes), pero en todo este proceso no surge una explicación clara de cual es el fin de la condena, la cual tiene en la presente sentencia una finalidad de castigo y ejemplo.

En primer lugar, en el fallo de modo recurrente se manifiesta la finalidad de castigo (ej. “vindicta pública”) sin referencia al fin perseguido, circunstancia que se puede observar en las alusiones al “valioso tiempo perdido” (sic) por la introducción de la defensa sobre cuestiones de vulnerabilidad del colectivo travesti y de política criminal, que entiende “no eran el objeto del debate”. Del mismo modo, la sentencia ordena el cumplir condena para cumplida oficiar a migraciones a los fines de una eventual expulsión del estado, así como para un control de la población travesti, que confronta una concepción de resocialización de la pena.

Desde un enfoque de género podemos observar que el propio poder punitivo se muestra como un elemento transversal (violencia sostén) que alimenta y sostiene la discriminación y sometimiento de la mujer al patriarcado, así como también mantiene las jerarquizaciones existentes al asegurar que tampoco los otros no dejen de ejercer su rol dominante. Es decir, no actúa (ni puede actuar) de forma antidiscriminatoria, sino que adopta dichos discursos, actuando de forma selectiva sobre la vulnerabilidad y respondiendo a estereotipos, no aisladamente en cada ámbito, sino de una forma orgánica (es machista, xenófobo, clasista, homofóbico, transfóbico, en el mismo acto) en tanto que es la herramienta que apuntala la discriminación y su medio más violento de ejercicio (Zaffaroni, 2000). Es decir, la función de la pena es primordialmente evitar que la situación presente grandes desequilibrios, con valor simbólico y sin contemplaciones por si el ejemplo (el ejercicio sobre el particular) destroza y/o se sustenta en prejuicios (Zaffaroni, 2000) pues la pena sigue cumpliendo su finalidad en tanto mantenga estable una situación de status quo.

En conclusión, la sentencia presenta una condena por un delito (vender estupefacientes) pero a su vez coexiste una condena por “travesti”, por las molestias que su existencia provoca en los “buenos vecinos”, el ruido, lo indecoroso, la gente de mal vivir que atrae, y por representar a todo el colectivo travesti que molesta (por ejemplo, en la sentencia Claudia encarna cada escena de sexo que soportan los vecinos), es decir, *“la represión de ciertos sujetos definidos por esas prácticas no tanto por lo que hacen como por lo que son”* (Sabsay, 2011:88), con un valor simbólico en tanto que la condena de Claudia disciplina como ejemplo hacia el colectivo (circunstancia aún más palpable en el caso del elemento extranjero y la “vindicta pública”)¹⁷.

¹⁷ Puede observarse en la sentencia que plantea una reciprocidad punitiva contra el elemento migrante fundado en que un nacional no recibiría un diferente trato en Europa, cuando la presente causa es un encuentro Perú-Argentina (la imputada es peruana) pero se le aplica un trato fundado en una relación Argentina-Europa (una persona nacional en

7. El juez y el lenguaje

Es importante recuperar el lenguaje utilizado en la sentencia (los términos utilizados, el nombre por el que se llama a la imputada, el género que a través del lenguaje el juez le asigna), pues el lenguaje es una práctica significativa que carga con un discurso pues *“Las palabras tienen sexo, efectivamente, y ese sexo a veces es violento (...) en el uso de todo lenguaje hay un sujeto enunciado, y ese sujeto tiene género”* (Maffia, 2011:68-69), un género que puede ser auto-determinado en la construcción de su identidad, y que a través del lenguaje puede suprimirse.

El lenguaje se nos presenta cómo un elemento de poder y de dominio sobre el otro/a, en tanto que puede suprimir la identidad de ese otro e imponerle la identidad que le asigno a través de conceptualizarlo (ej. “hombre travestido”), de imponerle un género (ej. “el” travesti), incluso de imponerle un nombre (ej. “Jaime Luis Córdoba”). El uso del lenguaje manifiesta una estructura de poder en tanto que marca jerarquías, otorga identidad, suprime la disidencia, expropia a la persona de cualquier poder de decisión sobre sí y posibilidad de auto-definirse, lo que en definitiva implica apropiarse de uno mismo.

Si consideramos esta dimensión, adquiere relevancia el lenguaje que utiliza el juez siendo significativo el uso de género masculino y el encomillado en las expresiones femeninas con un resalto innecesario que se le está dando un trato femenino: porque en el discurso de la sentencia no le corresponde. De este modo, Claudia es despojada de su identidad a través de la sentencia porque el control del lenguaje implica un acto de poder, y en esa instancia el poder radica en el tribunal que la juzga y le impone una identidad: es Jaime, es peruano, es imputado, es condenado, es el travestido y el travesti.

El lenguaje se presenta como el dominio del amo (Maffia, 2011), lo que presenta el perverso juego de que para salirse

iguales circunstancias en Europa) y la posible experiencia de la persona en ese encuentro, lo que expone la falacia del razonamiento de la “reciprocidad”.

de esta lógica de dominio y poder recuperar la identidad se necesita dominar el lenguaje a través de otro acto de poder que reconozca a Claudia: una ella que recibe el trato de tal acorde a como dignidad lo demanda. Sin embargo, en el presente caso es un agravante que es el propio Estado (que se manifiesta a través del juez) el cual le suprime y le niega esta identidad través de un lenguaje cuyo discurso contenido no posee un mayor poder de reconocimiento que el de la “*dicotomía entre mujer/hombre del imaginario heterosexual*”¹⁸ (Sabsay, 2011:46), exponiendo la mora estatal en su obligación de capacitar a sus funcionarios en la materia a fin de que los mismos dispensen en su actuar el trato adecuado con la dignidad de estas personas¹⁹ (CIDH, 2015).

8. Consideraciones Finales

El paradigma que introduce el derecho internacional de los derechos humanos sostiene una lógica que construye sentido a partir del reconocimiento de una dignidad inherente a la persona por su condición de tal. En consecuencia, el reconocimiento de la dignidad implica un respeto al desarrollo pleno del proyecto de vida de la persona (en un sentido amplio) así como la construcción de un límite infranqueable al avance del estado como reafirmación de la condición humana.

Dentro del desarrollo del proyecto de vida se encuentra la identidad, en la cual el género (auto-percibido) de esa identidad

¹⁸ Es relevante considerando que la ley 26.743 reconoce la “identidad de género” en términos similares a los expuestos en el presente trabajo, contemplando como derecho el reconocimiento de esta identidad, el trato digno, uso del pronombre y género auto-determinado, y el libre desarrollo de la misma. En este sentido, la ley le reconoce el carácter de “derecho humano”, por lo que el imperativo que esta ley trae a nuestro ordenamiento jurídico, así como todo lo ya expresado al respecto, obliga al juez a adecuar sus prácticas a fin de respetar las mismas pues está en juego nada menos que derecho a un “trato digno”.

¹⁹ La Comisión Interamericana (2015) ha puesto de resalto en sus recomendaciones la importancia de capacitar en cuestiones de género y no discriminación a jueces, otros operadores de la justicia y fuerzas de seguridad, así como el uso de la identidad de género autopercibida y el pronombre de elección de la persona en el trato dispensado a la persona, preguntándole a la misma el trato que solicita que le sea dispensado en el caso de dudas.

es una dimensión de la persona, por lo que esa verdad personal dinámica y activa se presenta como un elemento de respeto y tutela, bajo un principio rector de no discriminación. Cómo se expone, la violencia de género (siendo la una de sus modalidades) tiene una finalidad de suprimir y castigar la diferencia, siendo el lenguaje un medio por el cual se puede ejercer y suprimir identidades. En este sentido, el momento de acción del poder punitivo es una instancia de oportunidad para los intentos de legitimar esa violencia a través de la recepción de lógicas retrógradas e incompatibles con los estándares de derechos humanos vigentes.

El Estado tiene una obligación de respeto y garantía hacia esa dignidad de las personas bajo su jurisdicción, lo que requiere una perspectiva de género en el accionar estatal y capacitación de sus agentes. Así mismo, ante un colectivo travesti o migrante travesti que se encuentra expuesto a distintas modalidades de violencia por una vulnerabilidad interfactorial el Estado está llamado a adoptar medidas necesarias para corregir la situación.

9. La sentencia de Casación

La sentencia de del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires no es trascendente para el presente trabajo, sin embargo, siendo que tras la sentencia en análisis hay una conculcación de derechos por parte de la administración de justicia, para quien desee abordar en mayor profundidad el presente caso o su desarrollo, la sala quinta (17-XI-2016) modifica la sentencia en los siguientes aspectos: a) reconoce la necesidad de compatibilizar la gestión administrativa judicial y el trato digno respecto de la identidad de género desarrollando pautas a tal fin respecto del trato; b) se modifica la calificación penal por tenencia simple (art.14 primer párrafo de la misma ley) sin calificarlo de consumo personal; c) reconoce que el carácter de extranjero/a no puede agravar la pena; d) censura la valoración de la venta en la vía pública y el perjuicio a los vecinos por no ser cuestiones debatidas en el proceso o atribuidas y

acreditadas a la imputada, así como por exceder la finalidad de la norma; e) condena agravar la pena por “simular” trabajo sexual y ser mala compañera debido a que lo entiende arbitrario y un reproche moral sin sustento jurídico. La sentencia confirma la legitimidad de los procedimientos que dan lugar a la causa, casa en el sentido expuesto modificando el monto de la pena y dejando la ejecución en suspenso ante la existencia de una medida morigeratoria de arresto domiciliario en curso.

Bibliografía

- CIDH (2009) *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CIDH (2015) *Violencia contra personas LGBTI*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- FEMENÍAS, M. L. (2011). *Reivindicación cultural y violencia contra las mujeres*. En Discriminación y Género (pp.111-116). Ciudad de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- FERRER MAC-GREGOR, E. Y PELAYO MÖLLER, C. M. (2014). *Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*. En Convención sobre Derechos Humanos Comentario (pp.42-68). Bolivia: Plural Editores.
- LAGARDE, Marcela (1996), “*Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas*”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, n°4, pp. 86-125.
- LAGARDE, Marcela (2012), *El Feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*, México D.F.: Coordinación de Relaciones Públicas.
- MACKINNON, C. A. (2011). *Trata, Prostitución y Desigualdad*. En Discriminación y Género (pp.15-30). Ciudad de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- MAFFIA, D. (2003). *Introducción*. En Sexualidades Migrantes – Género y Transgénero (pp.5-8). Buenos Aires: Editorial Feminaria.
- MAFFIA, D. (2011). *Violencia y lenguaje: de la palabra del amo a la toma de la palabra*. En Discriminación y Género (pp. 67-101). Ciudad de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

- NIKKEN, P. (1994). *El concepto de Derechos Humanos*. Estudios de Derechos Humanos - IIDH, 1, 15-37.
- RODRÍGUEZ, M. V. (2004), “*Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 579-619), Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SABSAY, L. (2011). *Fronteras sexuales: espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Buenos Aires: Paidós.
- SEGATO, R. L. (2003), *La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho*, Brasilia: Departamento de Antropología de la Universidad de Brasilia.
- ZAFFARONI, E. R. (2000). *El discurso feminista y el poder punitivo*. En *El género del Derecho penal: las trampas del poder punitivo*. (pp.19-37). Buenos Aires: Biblos.

La verdad como derecho humano

The human right to the truth

A verdade como um direito humano

La vérité comme droit humain

*Pablo Gastón González*¹ | Universidad Nacional
de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 302-309

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e183>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3582-5814>

Recibido: 15/05/2018

Aprobado: 03/09/2018

Resumen: El presente es un tema apenas abordado, pero en auge actualmente. Sus inicios o génesis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ocurrió como consecuencia de los varios eventos de violaciones sistemáticas de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en Latinoamérica, luego de varios regímenes de facto, que llevaron a la Comunidad Internacional a cuestionar y profundizar su estudio y aplicabilidad, para avanzar en ese Sistema hacia la consagración del Derecho a la Verdad. Tal vez debería darse un mayor desarrollo de este derecho humano para ponerlo en funcionamiento, ya que hacerlo no generaría efectos contraproducentes para los destinatarios de esa protección, y otorgaría una mayor esfera de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras claves: Verdad-Justicia- Memoria- Derechos Humanos

Abstract: The present is a barely approached topic, but currently booming. Its beginning or genesis in the Inter-American Human Rights System

¹ Abogado, Auxiliar Letrado de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, con posgrado de Especialización en Derecho Penal en la UBA y Maestría en Derechos Humanos en la UNLP (ambos con cursadas finalizadas).

occurred as a consequence of several events of systematic violations of International Human Rights Instruments in Latin America, after various de facto re-gimes, which led the International Community to question and deepen its study and applicability, to advance in that System towards the consecration of the Right to the Truth. Perhaps it should be given greater development of this human right to turn it operational, since doing so would not generate counterproductive effects for the recipients of that protection, and it will give a greater sphere of protection in the field of International Human Rights Law.

Keywords: Truth-Justice-Memory-Human Rights.

Resumo: O presente é um tópico pouco abordado, mas que está em auge atualmente. Seu início ou gênese no Sistema Interamericano de Direitos Humanos ocorreu como consequência dos vários eventos de violações sistêmicas dos Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos na América Latina, depois de vários regimes de fato, que levaram a comunidade internacional a questionar e aprofundar seus estudos e aplicabilidade, para avançar nesse Sistema para a consagração do Direito à Verdade. Talvez esse direito humano deva ser mais desenvolvido para colocá-lo em operação, uma vez que isso não geraria efeitos desfavoráveis para os beneficiários dessa proteção, e concederia uma maior esfera de proteção no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: verdade - justiça - memória -direitos humanos

Résumé: Le droit à la vérité est un sujet qui a été à peine abordé, mais qui est actuellement en plein essor. Sa genèse dans le système interaméricain des droits de la personne a eu lieu conséquence de violations systématiques des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en Amérique Latine. Après plusieurs régimes de facto, la communauté internationale s'est tournée vers interroger et approfondir son étude et son applicabilité, pour progresser vers la consécration de ce droit. On peut se demander si ce droit de l'homme devrait être encore développé pour le mettre en œuvre, car cela ne produira pas d'effets contre-productifs pour les bénéficiaires de cette protection et accorderait une plus grande protection dans le domaine du droit international des droits de l'homme.

Mots-clés: Vérité - Justice - Mémoire - Droits de l'homme

I. Introducción

El dinamismo de la concepción de “verdad”, expandiéndose hasta comprenderla como un derecho, ha logrado alcanzar una relevancia tal que se ha transformado concretamente en un derecho humano. Este trabajo tiene como objeto introducirnos en la actual concepción de *verdad*, y entenderla como un término dinámico que avanza a grandes pasos, transformándola en un derecho humano de todos, que aún sigue desarrollándose.

Se abordarán los diversos sucesos acaecidos en todo el mundo, con mayor énfasis en Latinoamérica y los sucesos desarrollados en los últimos tiempos a causa de gobiernos dictatoriales -de facto-.

El objeto es considerar si se le puede dar al Derecho a la Verdad, una protección tal, que a pesar de no encontrarse regulado en ningún Instrumento Internacional, deba continuar desarrollándose con el fin y la imperiosa necesidad de combatir violaciones sistemáticas a diversos Derechos Humanos que permitan concluir en la impunidad de sus autores.

En este contexto, existe un compromiso de diversos organismos para dar fuerza, autonomía e independencia a este derecho “extraconvencional”.

II. Desarrollo

La puesta en marcha del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, trajo consigo la protección de diversos derechos elementales para la Comunidad Internacional, estos fueron desarrollados a lo largo de las diversas Declaraciones, como lo fue en el Sistema Universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en nuestro Sistema regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Luego surgieron sus respectivos Pactos y/o Convenciones que operativizaron la voluntad de los Estados Partes para con sus comunidades.

Allí se identificaron como en un “catálogo” diversos derechos vinculados estrechamente a toda persona, pero de todas formas, hay que reconocer que el espectro de Derechos Humanos que hoy conocemos, fue a consecuencia de un desarrollo continuo y constante en los diversos Sistemas -tanto Universal como regionales-.

Con ello, surgió la protección o tutela de muchos otros nuevos derechos, que encontraron su autonomía con los diversos Instrumentos que fueron naciendo y aún siguen apareciendo.

La “verdad” comenzó a analizarse como una forma de reparación para con la víctima de una violación por parte de los Órganos de Derechos Humanos, como lo manifestó la misma Corte Interamericana en su primer pronunciamiento -contencioso- que fue el Caso Velasquez Rodriguez vs. Honduras (de fecha 29 de julio de 1988, párrafo 181).

En dicho fallo se interpreta -entre otras cuestiones- que quien resulte ser concretamente víctima de una violación a los Derechos Humanos, es quien debe conocer la realidad o tener una certeza de lo ocurrido en ese momento, como así también su familia directa.

Ahora bien, ¿qué es la verdad?, Fernando Peláez Arango concluye en su trabajo que “LA VERDAD, no es un derecho, al no ser posible que genere facultades a los sujetos, la verdad es una virtud, una condición que determina el obrar de los hombres. Que genera el derecho a saber o a conocer los hechos a partir de juicios que pueden tener un contenido de verdad” (Peláez Arango, 1997: 242).

Superada esa discusión, debemos enfocarnos en la génesis de tal concepción dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que al no estar plasmado en ningún Instrumento de esa rama del derecho, debe buscarse la forma para darle fuerza convencional.

Es por ello que se procedió a analizar si dicho término surge del derecho consuetudinario -ius cogens- o de los principios rectores del Derecho Internacional.

Lejos de ese debate, la realidad demuestra que el derecho a la verdad nace como consecuencia de la imperiosa necesidad de dar respuesta y combatir la impunidad en diversos sucesos en el marco de Conflictos Armados Internacionales o No Internacionales que se dieron en el mundo, como lo fue el Genocidio nazi en Europa, y en especial en Sudamérica, con los regímenes de facto que sucedieron, acompañados de sistemáticas violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial con las desapariciones forzadas como un reiterado modus operandi para con quienes pensarán diferente o fueran un “obstáculo” para los fines del “gobierno”.

Allí se presentó la necesidad de dar tutela y protección a los familiares de quienes resultaban ser víctimas de desaparición forzada, ya que las consecuencias de esta, correspondía extenderse a ellos, debido a que la incertidumbre de lo que había ocurrido los afectaba en igual medida que a sus seres queridos desaparecidos. Recordemos el tormento que representa no tener conocimientos del paradero de una hija/o, madre/padre, nieta/o, o abuela/o. Asimismo, consideremos que en gran parte de los casos, quien ha desaparecido, resultaba ser el sustento económico de la familia.

Este reiterado accionar por parte de los gobiernos de facto que se dieron en los países Sudamericanos, como una política sistemática de sus fuerzas de seguridad, generaban un clima muy propenso a la eventual impunidad de los responsables, que actuaban bajo el mando de las “autoridades”, y con ello, protegidos por todo el aparato estatal, como sucedió en Argentina, con la aparición de las denominadas “leyes de perdón y olvido o de punto final”.

Pero quienes resultaban aquí víctimas, debiendo considerar tanto a las víctimas directas como indirectas -sus familiares-, querían -y en muchos casos siguen queriendo conocer la verdad de lo ocurrido, lo que logró, luego de ello, extender el abanico de protección y tutela de este nuevo derecho en crecimiento, a la sociedad en su totalidad.

Resulta que toda la sociedad ostenta la facultad de peticionar que se les informe y ponga en conocimiento de lo ocurrido en su comunidad, como por ejemplo la sociedad colombiana, de conocer lo que realmente ocurrió en el conflicto armado entre su gobierno y las FARC, y su posterior acuerdo de Paz, o en Argentina durante la última dictadura cívico militar, donde aún siguen desaparecidas más de 30.000 personas.

Existe una necesidad de toda la comunidad de calmar la intranquilidad que le genera no saber qué pasó, y ello es lo que da fundamento y origen a contemplar a la verdad como un Derecho Humano, y no solo como derecho de la víctima y sus familiares.

Por ello, los diversos organismos de Derechos Humanos han avanzado en plasmar y reforzar la idea del Derecho a la Verdad, en el Sistema Interamericano fueron la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión I.D.H. las que le dieron el resguardo Convencional y Extraconvencional a su génesis, ya que comienza vinculado estrechamente a los demás Derechos Humanos.

Estos diversos derechos a los cuales se encuentra vinculado el derecho a la verdad, tienen una relación directa con las violaciones que se aleguen, como por ejemplo, en un contexto de desapariciones forzadas, que al ser una situación por demás compleja, se registran una diversidad de violaciones, como pueden ser a la integridad personal, a la prohibición de torturas u otros tratos crueles inhumanos o degradantes, a la libertad, a la vida, e/o., y paralelamente a conocer la verdad de lo sucedido, a saber si ocurrieron o no todas las posibles violaciones, como así también a determinar el real paradero del desaparecido, o en el caso menos querido, si no se encuentra con vida, a saber dónde se encuentran sus restos para lograr dar la sepultura y despedirlo de la forma que se considere más adecuada para su familia y allegados.

Desde la búsqueda de la verdad, hasta lograr tener la mayor certeza de lo sucedido, se encuentran los fundamentos que llevan a considerar que el Derecho Humano a la Verdad debe

tener un lugar más relevante en la lucha dentro de los Sistemas de Derechos Humanos.

Su continuo dinamismo y desarrollo, logró darle a la verdad su autonomía e independencia de todos los demás derechos, y hoy se la puede percibir como un Derecho Humano que tuvo una larga construcción jurisprudencial y doctrinaria, que le da la fuerza e importancia dentro del abanico de derechos que hoy en día nos dan su protección.

El Derecho a la Verdad está actualmente en auge gracias al trabajo que se encuentran desarrollando diversas ONG's y Comisiones por la Verdad creadas a tal fin.

En Argentina las organizaciones de Madres y Abuelas de Plaza de Mayo han impulsado incansablemente la concepción de "Verdad, Justicia y Memoria" como sus pilares en la lucha contra la impunidad de los hechos ocurridos entre los años 1976 y 1983, durante el último gobierno de facto.

Con ese norte se ha utilizado a la verdad como bandera en la búsqueda de resarcir o reparar en algún nivel, las violaciones a un sinnúmero de otros Derechos Humanos protegidos por los diversos Instrumentos Internacionales en esa materia, y por allí debemos continuar el camino.

III. Conclusión

Es la verdad el norte que tenemos en su gran medida los operadores judiciales, con el fin de dilucidar lo que realmente ocurrió, y tener la mayor certeza de los sucesos en cuestión.

Con mayor énfasis cuando nos encontramos en un contexto de sistemáticas violaciones en las cuales se traspasa a la sola víctima directa, y es cuando surgen nuevos actores como "víctimas" de estos actuares.

Por ello, es que lograr la verdad se convierte en un objetivo tan importante, porque se logra determinar cómo se desarrollaron las violaciones a otros derechos elementales, en pos de la lucha contra la impunidad de los autores.

Se recorrió un camino largo en el cual se debió dar un respaldo sólido a un derecho que surgió de una construcción social, de diversos Organismos No Gubernamentales, y el compromiso de relevantes Organismos de Derechos Humanos como la misma Corte Interamericana y la C.I.D.H..

El Derecho a la Verdad logró convertirse en un pilar dentro de todo Sistema de Derechos Humanos, con el fin de dar un resguardo, a todos los demás derechos en esas situaciones que se concretan una violación.

Sin más, hoy en día en la Argentina nos encontramos transitando por una situación que se encuentra rodeada de muchas dudas e interrogantes, como lo es la desaparición forzada seguida de muerte de Santiago Maldonado, y no sólo la familia tiene el derecho de saber qué paso, sino que toda la sociedad debe conocer qué ocurrió ese 1 de agosto, y los 79 días siguientes en los cuales estuvo desaparecido.

La verdad es un pilar en todo Sistema de Derechos Humanos y colabora con el Estado Democrático de Derecho, por ello se transforma en el Derecho Humano a la Verdad, ya que debe ostentarlo toda persona por el solo hecho de serlo.

IV. Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Derecho a la verdad en América*. New York: OEA.
- Fajardo Arturo, L. (2012). *Elementos estructurales del derecho a la verdad*. Bogotá: Civilizar Universidad Sergio Arboleda.
- González, E. y Varney, H. (2013). *El derecho a la verdad*. New York: ICTJ.
- Naqvi, Y. (2006). *El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?*. La Haya: International Review of the Red Cross.
- Peláez Arango, F. (2017). *La verdad como Derecho Humano*. Medellín: Universidad de Medellín.



COMENTARIO A LEGISLACIÓN

CONTRASTE

Una voz marinera de gaviota
Parir urdiendo el aire de sal enamorada
Un camino de pies sobre la arena
para dejar mi huella, fugaz como la espuma

Andar en la rompiente la eternidad del Dios
sobrenadar el azulverde globo
aunar agua y estrella
porque así es el tiempo

Para el oleaje eterno, el cielo encadenado
y para el pie la bruma voluble del instante

Autora: *Claudia Marcela López*

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Juan Facundo Quiroga*
Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.
De la serie "Patriotas", 2018.

Importancia del trabajo en la etapa de post-encierro como herramienta de reinserción social de los liberados. La Ley Provincial 14.301 y sus proyecciones al ámbito municipal

Importance of work in the post-confinement phase as a tool for the social reintegration of the liberated. Provincial Law 14,301 and its projections to the municipal sphere

Importância do trabalho na fase pós-confinamento como ferramenta para a reinserção social dos libertos. Lei provincial 14.301 e suas projeções para a esfera municipal

L' Importance du travail en phase de post-confinement comme outil de réinsertion sociale des personnes libérées. Loi provinciale 14.301 et ses projections à la sphère municipale

Leandro Kumusch | Universidad Nacional del Sur

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 313-334

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e185>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9404-110X>

Recibido: 04/05/2018

Recibido con modificaciones: 19/06/2018

Aprobado: 11/07/2018

Resumen: En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la resocialización y reinserción del condenado es la finalidad inherente que debe perseguirse en la etapa de ejecución de las penas privativas de la libertad. Existe una vasta legislación que permite aseverar la conclusión precedente. El Estado se encuentra convencionalmente obligado a poner en práctica mecanismos eficaces que tiendan a la obtención del

objetivo mencionado. Lo expuesto importa que el deber del Estado y de la sociedad en su conjunto no culmina en el momento en que el recluso es puesto en libertad. Se vuelve menester la implementación de mecanismos y servicios que tiendan a prestar al liberado una asistencia post-encierro que le permita afrontar el difícil período que constituye aquel en el cual recupera su libertad, contribuyendo a minimizar los prejuicios que sobre él puedan recaer y, por supuesto, disminuir las causas que puedan eventualmente conducirlo a una recaída delictual.

Palabras claves: cárcel-trabajo-derechos humanos

Abstract: According to the International Law of Human Rights, the re-socialization and reinsertion of the convicted person is the inherent purpose to be pursued in the execution stage of imposition of a custodial sentence or measure involving deprivation of liberty. There is a vast legislation that allows to assert the previous conclusion. The State is conventionally bound to implement effective mechanisms aimed at achieving the aforementioned objective. This means that the duty of the State and society as a whole does not culminate in the moment in which the prisoner is released. It become necessary to implement of mechanisms and services that tend to provide the released a post-confinement assistance that allows him to face the difficult period in which he regains his freedom, helping to minimize the prejudices that may fall on him and reduce the causes that may eventually lead to recidivism.

Keywords: prison-work-human rights

Resumo: No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a re-socialização internacional e reinserção dos condenados é o propósito inerente a ser perseguido em fase de implementação da privação de liberdade. Existe uma vasta legislação que permite afirmar a conclusão anterior. O Estado é obrigado, convencionalmente, a implementar mecanismos eficazes para alcançar o objetivo acima mencionado. O precedente abarca que o dever do Estado e da sociedade como um todo não culmine no momento em que o prisioneiro é liberto. É necessária a implementação de mecanismos e serviços que tendem a prestar ao liberto uma assistência pós-detenção que lhe permita enfrentar o período difícil que é aquele em que recupera sua liberdade, contribuindo a minimizar os preconceitos que podem recair sobre ele e ajudando a minimizar as causas que podem levar a uma recaída delitiva.

Palavras-chave: prisão - trabalho -direitos humanos.

Résumé: Selon le droit international des droits de l'Homme, la resocialisation et la réinsertion des condamnés constituent l'objet inhérent à poursuivre au stade de l'exécution des peines privatives de liberté. Il existe une vaste législation qui permet d'affirmer la conclusion précédente. L'État est conventionnellement obligé de mettre en place des mécanismes efficaces visant à atteindre l'objectif susmentionné. Ce qui précède tient au fait que le devoir de l'État et de la société dans son ensemble n'aboutit pas au moment où le détenu est libéré. Il devient nécessaire de mettre en place des mécanismes et des services tendant à fournir à la personne libérée une assistance post-accouchement qui lui permette de faire face à la période difficile dans laquelle il recouvre sa liberté, contribuant ainsi à minimiser les préjugés et bien sûr, diminuer les causes qui peuvent éventuellement conduire à une rechute criminelle.

Mots-clés: Prison-Travail-Droits de L'homme

I. La resocialización y reinserción del condenado como horizonte de la etapa de ejecución de las penas privativas de la libertad

Transitada la instancia investigativa seguida en contra del encartado, y acaecidos en juicio oral veredicto condenatorio y sentencia posterior de condena –la cual, revisada, adquiere firmeza–, nos adentramos en la última etapa del proceso penal que involucra todo lo concerniente a la ejecución de la pena. Afirma Gorsd (2015) que en este estadio, en especial en lo que refiere a la ejecución de penas privativas de la libertad –sanción que predomina en nuestro sistema–, deben observarse ciertas reglas y principios de jerarquía constitucional.

Tanto nuestra Constitución Nacional como numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos¹ –y legislaciones nacionales diseñadas en consecuencia– prevén que

¹ Que por imperio del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional poseen jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

la ejecución de las penas privativas de la libertad tiene como finalidad la resocialización –durante el período de encierro– y reinserción social –durante el período de post encierro– de los condenados. Así, entienden por *resocialización* al proceso en el cual, en la búsqueda de que una persona pueda reintegrarse con éxito a la sociedad, se hace hincapié en las circunstancias que llevaron a la persona a delinquir, coadyuvando a su desaparición, no concibiendo a la pena como una herramienta tendiente a separar al condenado por la separación misma sino como un mecanismo que busca operar directamente en las causas que provocaron el desenlace delictivo. A su vez, entienden por *reinserción* a la acción efectiva del condenado de volver a formar parte del conjunto social del cual, si bien sigue perteneciendo durante su estadía en el penal, fue temporalmente privado de libre e independiente contacto, habiéndose producido en el durante una pertenencia dirigida y controlada.

Es amplio el bagaje normativo del cual se infieren las denotaciones precedentes. Así, el artículo 18 de nuestra Carta Magna prevé que “...*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...*”, señalando Vitale (2007) que aquella ‘seguridad’ a que hace referencia importa el objetivo de brindar al condenado un trato que le permita disminuir sus cuotas de vulnerabilidad social, en línea con el fin de reinserción social de la ejecución penal derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el ámbito internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante, CADH–, prevé en su artículo 5.6 que “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados....*”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, PIDCyP–, dispone en su artículo 10.3 que “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...*”.

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas² también contienen previsiones sobre la cuestión: en su Preámbulo se declara que “...*las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad...*”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos –Reglas Mandela– prevén numerosas disposiciones en esta línea: la Regla 4, que establece que “...[debe aprovecharse] *el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo*”; Regla 88, que reza: “*En el tratamiento de los reclusos no se recalcará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad*”; Regla 90, que establece que “*El deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso. Por consiguiente, se habrá de disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al ex recluso una ayuda pospenitenciaria eficaz que contribuya a disminuir los prejuicios contra él y le permita reinsertarse en la sociedad*”; y Regla 91, que dispone que “*El tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo...*”.

² Aprobados el 13 de Marzo de 2008 por Resolución N° 01/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Cabe tener en consideración, con relación a este último apartado, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo Verbitsky, dijo que “...*las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad...*” y que “...*la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario...*”³.

De las Reglas Mandela interpretadas a la luz del decisorio de la Corte se infiere con claridad que resulta un imperativo constitucional no solo procurar la resocialización del condenado durante el proceso ejecutivo de la pena, sino también lograr su reinserción en la sociedad por medio de un acompañamiento posterior a su puesta en libertad, siendo obligación del Estado poner en marcha mecanismos que tiendan eficazmente a la consecución de la meta precedente.

Estos mecanismos que el Estado tiene la obligación de implementar, deben traducirse en políticas públicas, planes y programas que tengan por objeto dar a las personas criminalizadas la asistencia, herramientas y oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad con opciones a un proyecto de vida digno.

En virtud de lo expuesto, la resocialización y reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de la libertad involucra una obligación para el Estado Argentino, desde el marco normativo conformado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Constituye la finalidad y meta esencial

³ “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”; CSJN, 03/05/2005, Fallos: 328:1146

de la imposición de una pena, siendo responsabilidad del Estado –quien la impone y controla su cumplimiento– procurar se alcance tal cometido constitucional y convencional⁴.

II. El trabajo como Derecho Humano: su tutela en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Señala Bidart Campos (2006) que el trabajo es una actividad humana en la que el hombre empeña y compromete su dignidad; su valor proviene del valor del hombre que lo realiza, no siendo una mercancía sino una conducta humana. Por tales consideraciones, en el trabajo se vuelca la vida, la salud, la energía, la subsistencia y la seguridad del hombre.

En el plano constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el trabajo es erigido como un verdadero Derecho.

La Constitución Nacional dispone en su artículo 14 que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...”*, a la vez que su artículo 14bis consagra un catálogo de derechos y garantías sociales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prevé en su artículo 23 que *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual (...)”*.

⁴ En esta línea se enmarcan tanto la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad como la Ley Provincial 12256 de Ejecución Penal Bonaerense. Ello en tanto el artículo 1 de aquella dispone que *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”*, en tanto el artículo 4 de la segunda establece que *“El fin último de la presente ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control”*.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, dispone en su artículo 6 que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”* y que *“Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”*.

La Observación General N° 18, titulada “El derecho al trabajo”, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵ en el año 2005, dispone en el Párrafo 1 que *“(…) El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad...”*; a su vez, los Párrafos 43 y 44 agregan que *“Para crear condiciones favorables al disfrute del derecho al trabajo, es menester que los Estados Partes adopten medidas apropiadas para hacer que tanto el sector privado como el sector público tengan conciencia del derecho al trabajo en el ejercicio de sus actividades...”* y que *“La estrategia nacional en materia de empleo debe tener especialmente en cuenta la necesidad de eliminar la discriminación en el acceso al empleo. Debe garantizar un acceso*

⁵ Dependiente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

equitativo a los recursos económicos y a la formación técnica y profesional, especialmente para las mujeres, y las personas y grupos desfavorecidos y marginados...”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, de 1988, establece en su artículo 6 -referido al Derecho al Trabajo- que *“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo (...)”*.

El Convenio N° 111 de la OIT, a todo evento, es concluyente en su artículo 2 al disponer que *“Los Estados Partes deben formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

En definitiva, el trabajo hace a la dignidad del hombre, es un medio para relacionarse con sus pares, una oportunidad para practicar la cooperación, y además es un medio de subsistencia mediante el cual no sólo conseguirá los recursos necesarios para cubrir sus necesidades de subsistencia y ocio, sino que también le permitirá tener el orgullo de sustentar a su familia. Por esas razones, es concebido en el plano internacional como un indiscutible Derecho Humano que el Estado debe procurar garantizar. Es que como afirma Garzón Valdés (2006), los Derechos Humanos forman parte esencial de un diseño constitucional adecuado para lograr la concreción de las exigencias del respeto a la dignidad humana, no siendo su otorgamiento un acto de benevolencia de aquellos que detentan el poder, sino una exigencia básica en toda sociedad que pretenda ser decente.

III. El rol del trabajo en el proceso de resocialización y reinserción

III.A. La capacitación durante la etapa de encierro

III.A.1. Protagonismo en el plano normativo

El trabajo ha sido siempre considerado fundamental en el proceso de transformación del sujeto privado de la libertad, tanto para ocupar su tiempo de encierro como para lograr una formación que le permita un mejor y más fácil desarrollo social al momento de recuperar su libertad, dado que desempeña una función como actividad estructuradora de la vida cotidiana de los internos, así como en el aprendizaje a través del trabajo de pautas y hábitos de conducta, autodisciplina, puntualidad, responsabilidad, valoración del esfuerzo, autoestima, respeto al resultado del trabajo propio y de los demás, constancia, y demás virtudes.

Es a todas luces la herramienta más valiosa con la que cuenta el hombre para sentirse útil y fortalecer su dignidad, y es trascendental para el desarrollo del ser humano en sociedad: el trabajador, mientras realiza su labor, comparte jornadas de trabajo junto con otras personas, que le permiten afianzar lazos de compañerismo.

Esta innegable función educativa y terapéutica del trabajo resulta fundamental en la adquisición de valores ligados al proceso de resocialización y, por consiguiente, para una posterior reinserción social

Es en esta línea que el preámbulo del Convenio N° 168 de la O.I.T. remarca “...la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no solo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden...”.

Se infiere de Perogrullo que son tales bondades las que motivaron que, entre las Reglas Mandela, figure aquella que manda

a los Estados a organizar el tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad con un especial objetivo: “...*inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.*”⁶. A su vez, a los fines de reforzar lo antedicho es que dispone que “...*Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo. En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación. Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes.*...”⁷, y a todo evento manda a los Estados a organizar en las penitenciarías métodos de trabajo que se asemejen lo más posible a aquellos que se aplican fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre ⁸.

El objetivo es claro: preparar a los reclusos para el ejercicio de actividades laborales futuras y lograr que incorporen las virtudes y valores inherentes al trabajo. Y diversas normativas de carácter nacional y provincial se aunaron al cumplimiento de los principios precedentes.

En este entendimiento, por ejemplo, la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad dispone en su artículo 106 que “*El trabajo constituye un derecho y un deber del interno. Es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación*”, agregando en los artículos 114 y 115 que “*La capacitación laboral del interno, particularmente la de los jóvenes adultos, será objeto de especial cuidado. El régimen*

⁶ Regla n° 65.

⁷ Regla n° 71

⁸ Regla n° 72

de aprendizaje de oficios a implementar, será concordante con las condiciones personales del interno y con sus posibles actividades futuras en el medio libre” y que “Se promoverá la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral, las que podrán realizarse con la participación concertada de las autoridades laborales, agrupaciones sindicales, empresarias y otras entidades sociales vinculadas al trabajo y a la producción”, e incluyendo en los artículos 121 y ss. diversas disposiciones regulatorias del trabajo de los internos.

La Ley Provincial 12.256 de Ejecución Penal también sigue estos lineamientos, dedicándole varios artículos a la cuestión del trabajo en las cárceles. Así, los Arts. 34 y ss., 142 y 143, definen al trabajo como un derecho-deber para los internos, y contienen disposiciones que hacen a su organización. A su vez, el Art. 123 Bis introduce la valiosa posibilidad del juez competente de “...sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada....”.

III.A.2. La realidad en las cárceles

Este derecho y obligatoriedad de trabajar, juntamente con los programas educativos, intenta en consecuencia minimizar el ocio dentro del ámbito carcelario, ya que es visto como desfavorable al tratamiento. Sin embargo, pese a ello, los últimos indicadores oficiales⁹ informan que de las 76.261 personas que se encuentran privadas de la libertad en el país, el 60% no posee trabajo remunerado alguno —43.306 personas— y solo un 40% cuenta con la posibilidad de acceder a un trabajo remunerado, con la particularidad de que solo el 9% de ellos cuenta con la posibilidad de acceder a cuarenta horas semanales, en tanto el 31% restante trabaja menor cantidad de horas. A su vez, dichos

⁹ Informe Anual de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, SNEEP, año 2016, Ministerio de Justicia de la Nación. Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2016/InformeSNEEPARGENTINA2016.pdf>

indicadores demuestran también que el 79% de los internos no participó de programa de capacitación laboral alguno durante su estadía en el penal.

En consecuencia, la estadística expuesta sumada al conocido mal estado de los establecimientos penitenciarios demuestra que la realidad carcelaria se presenta en la actualidad lejos de los requisitos necesarios para poder cumplir las funciones de resocialización exigidas en el plano Internacional de los Derechos Humanos y receptadas por nuestra legislación nacional.

III.B. Revalorización del trabajo como herramienta de reinserción social

III.B.1. Los actuales mecanismos de reinserción y su insuficiencia a la luz de los estándares convencionales exigidos en la materia

Dijimos que es obligación estatal –por imperativo constitucional y convencional– no solo procurar la resocialización del condenado durante el proceso ejecutivo de la pena, sino también lograr su reinserción en la sociedad por medio de un acompañamiento posterior a su puesta en libertad, debiendo el Estado poner en marcha mecanismos que tiendan su logro.

También hicimos mención a que los mecanismos deben traducirse en políticas públicas, planes y programas que tengan por objeto dar a las personas criminalizadas la asistencia, herramientas y oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad con opciones a un proyecto de vida digno.

En base a lo expuesto, es evidente que los Estados cuentan con un margen de discrecionalidad en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas estas obligaciones, mas ello –creemos– no habilita al establecimiento de proyectos estériles e infructuosos, debiendo las medidas adoptadas ser deliberadas, adecuadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia el objetivo perseguido.

Uno de los mecanismos adoptados en el plano nacional es sin dudas el previsto en los artículos 121 y ss. de la ley 24.660

en cuanto establecen que, durante el tiempo que el interno esté privado de la libertad, debe formarse un fondo de reserva propio que con posterioridad le permita sostenerse en los primeros tiempos de la vida en libertad. Sin embargo, la práctica muestra acabada evidencia de que este fondo resulta insuficiente y no erradica la situación de desamparo, vulnerabilidad y estigmatización en que se encuentra el interno una vez obtenida su libertad, situación que constituye un campo propicio para la recaída en el delito.

Una persona que salió de la cárcel, sin duda, es una persona vulnerable, motivo por el cual es necesario asistirle en la reinserción, dado que cuando ella fracasa el liberado está mucho más expuesto a volver al sistema carcelario que cualquier otra persona. Es por ello que no resulta suficiente brindar durante el encierro capacitación laboral y demás herramientas que tiendan a lograr la resocialización del sujeto que se encuentra privado de la libertad, sino que –de mínima, y por imperio constitucional según lo expuesto en el fallo Verbitsky– es necesario acompañar ese proceso en la etapa posterior de búsqueda de empleo, a fin de lograr su reinserción laboral, considerando al trabajo como la herramienta por excelencia para el logro de una adecuada y progresiva reinserción social. Es que exactamente los mismos atributos que se le asignan al trabajo como herramienta de excelencia en el logro de la resocialización del sujeto, son atribuibles al trabajo como modo de procurar su óptima y exitosa reinserción social una vez obtenida la libertad.

Sin dudas, es en consideración a lo precedentemente expuesto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas¹⁰, destacó que los Estados deben adoptar políticas públicas orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados, y que el logro de estos objetivos depende en gran medida del establecimiento por

¹⁰ Aprobado el 31 de Diciembre de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

parte de los Estados de planes y programas de trabajo orientados a brindar a los reclusos las herramientas necesarias para su eventual retorno a la sociedad, procurando una ayuda postpenitenciaria que deberá lograrse con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones públicas y privadas.¹¹

Como enseña Carnevale (2016), si bien el Estado argentino, a través de sus políticas carcelarias, puede haber hecho algún esfuerzo para lograr tanto la adopción de hábitos laborales como la necesaria capacitación en la etapa de encierro, lo cierto es que a partir de que las personas recuperan la libertad se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desamparo que les obstaculiza sus posibilidades de reinserción laboral y progresiva –en consecuencia– reinserción social. Ello deja en evidencia que el Estado no cumple un verdadero rol tuitivo y asistencial con respecto a los liberados, desatendiéndose de la etapa en que los internos deben reinsertarse en la sociedad,

¹¹ Concretamente, manifestó que “...el mandato contenido en el artículo 5.6 de la Convención está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad, así como la prohibición de entorpecer este desarrollo. (...) Así, los Estados deben adoptar políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados. El logro de estos objetivos, depende necesariamente del establecimiento de un sistema integral en el que los Estados establezcan planes y programas de trabajo, educación y otros, orientados a brindar a los reclusos las herramientas necesarias para su eventual retorno a la sociedad (...) La CIDH observa que uno de los problemas más graves y extendidos en la región es precisamente la falta de políticas públicas orientadas a promover la rehabilitación y la readaptación social de las personas condenadas a penas privativas de la libertad. En este sentido, el hecho de que la población carcelaria del Estado sea significativamente joven, hace aún más imprescindible el que se desarrollen políticas efectivas de rehabilitación, que incluyan oportunidades de estudio y trabajo; toda vez que se trata de una población que puede tener una vida productiva por delante, y que de no ser así dicha población corre el riesgo de permanecer en un ciclo de exclusión social y reincidencia criminal (...) la CIDH considera que es esencial que toda política penitenciaria orientada a lograr la rehabilitación personal y la readaptación social de los condenados, deberá prever planes y proyectos capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post-penitenciaria eficaz que le permita readaptarse a la comunidad y que tienda a disminuir los prejuicios hacia él. Esta ayuda postpenitenciaria deberá lograrse con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones públicas y privadas, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas. A este respecto, juegan un papel importante los incentivos, incluso fiscales, que el Estado pueda ofrecer a las empresas privadas que participen activamente de estos planes...”

dejándolos librados a su suerte y con escasas posibilidades de reinserción laboral.

Lo expuesto resulta paradójico. Justamente es en este proceso de reincorporación al medio libre que resulta crucial la presencia del Estado a los efectos de confirmar el camino hacia la resocialización y evitar, por el contrario, acentuar las condiciones que definen la reincidencia o la exclusión social. En esta última instancia el Estado debe jugar un papel fundamental, no solo evitando que la persona sea estigmatizada por su pasado con la consecuente discriminación que pueda sufrir, sino también brindando –según palabras textuales del Informe sobre los Derechos Humanos citado precedentemente– una “...ayuda pospenitenciaria eficaz que le permita reinsertarse exitosamente en la sociedad...”. Si así no se hiciera, el encierro del condenado no cumpliría el fin para el cual fue dispuesto, esto es, su readaptación, resocialización y reinserción, operando el aparato carcelario solo como un mecanismo tendiente a la separación del interno por la separación misma, abrazando este funcionamiento –creemos– las teorías retributivas de la pena.

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración lo visto en el acápite precedente, no debe perderse de vista que la propia Constitución Nacional reconoce el derecho a trabajar, debiéndose destacar también que por imperio del Art. 75 inc. 22 de dicho Texto Supremo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuentan con jerarquía constitucional, razón por la cual el trabajo –con todos sus atributos inherentes a su goce– constituye un verdadero Derecho Humano que el Estado debe progresivamente asegurar.

III.B.2. La Ley Provincial 14.301: un primer paso hacia la implementación de mecanismos eficaces de reinserción

Lo expuesto permite aseverar que es necesaria la generación de mecanismos desde el Estado que, en línea con las

disposiciones de jerarquía constitucional mencionadas, le permitan al liberado superar la situación crítica en que se encuentra una vez recuperada su libertad. También permite concluir que la reinserción laboral –por las bondades inherentes al trabajo– es la herramienta por excelencia a los efectos del logro de tal fin.

Es claro que los programas que implemente el Estado en materia de reinserción laboral pueden, lógicamente, abarcar un doble ámbito público-privado. Y justamente la Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense contiene disposiciones en ambos sentidos.

Con respecto al ámbito privado faculta al Patronato de Liberados Bonaerense a solicitar a empresas privadas, organizaciones gremiales, sindicales, cámaras empresariales, entidades profesionales, instituciones educativas, y a cualquier otra entidad, la ocupación y/o capacitación laboral de sus tutelados, pero sin establecer mecanismos que coadyuven al logro de respuestas positivas de su parte¹². También establece que el Patronato “...*procurará capacitar al tutelado para el ejercicio de una profesión u oficio, por medio de subsidios o aportes directos en dinero o en especies, con o sin reintegro...*” debiendo en tal sentido “...*articular los mecanismos pertinentes con el Servicio Penitenciario para lograr la necesaria continuidad de la capacitación laboral adquirida por el tutelado en el medio penitenciario...*”¹³.

A su vez, con respecto al ámbito público, obliga a adaptar la legislación de la provincia de Buenos Aires que establezca y regule la actividad laboral para el empleado público provincial, en forma tal que prevea que un tres (3) por ciento del total de los puestos de trabajo se reserve para los liberados, a fin de promover su ocupación laboral; a la vez que invita a las Municipalidades a adoptar idéntico criterio al seguido en la disposición en cuestión¹⁴.

¹² Artículo 179 de la ley 12.256

¹³ Artículo 177 de la ley 12.256

¹⁴ Artículo 178 de la ley 12.256. Es por ello que, en el ámbito municipal, queda facultada cada comuna a seguir los lineamientos establecidos en la disposición precedente, obligándose así

Sin dudas estas disposiciones constituyen el germen de la Ley Provincial 14.301¹⁵. Ésta regula con mayor detalle lo relativo a la obligación estatal de incorporar liberados a su planta permanente, pero en forma cuestionable reduce la proporción destinada a tal fin al dos (2) por ciento¹⁶. A todo evento, invita a los municipios a adherirse al régimen que prevé¹⁷. Y a su vez, prevé un régimen de incentivos económicos con relación a aquellas empresas del ámbito privado que incorporen liberados a su personal, lo cual constituye un apartado valioso que incorpora un sesgo novedoso a la regulación heredada de la Ley Provincial de Ejecución Penal antes citada¹⁸. Por último, prevé la creación de un sistema de cooperativas locales de producción, dirigidas a la integración laboral de los liberados en cada comunidad.¹⁹

a procurar la adaptación de la legislación de empleo público local a los efectos de cumplimiento mentado el cupo del tres (3) por ciento de la planta laboral de que dispone

¹⁵ B.O. 08/09/2011.

¹⁶ Artículo 1: “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados y las empresas del Estado, con las salvedades que establezca la reglamentación, están obligados a ocupar a los liberados con domicilio o residencia en territorio provincial que hayan cumplido más de cinco (5) años de privación de libertad y reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y de ingreso en los términos del artículo 3º inciso b) de la Ley 10.430, en una proporción no inferior al dos por ciento (2 %) de la totalidad de su personal; y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellos, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación. Se dará prioridad de ingreso a aquellos liberados que hayan resultado sobreesidos o absueltos.”.

¹⁷ Artículo 7: “Invítase a los Municipios a adherir al régimen instituido por la presente Ley”.

¹⁸ Artículo 6: “Modifícase el Artículo 208, CAPÍTULO IV EXENCIONES, de la Ley N° 10.397 (T.O. Resolución 39/11 del Ministerio de Economía) y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 208: Los empleadores de personas con capacidades diferentes y/o de quienes revisten en la categoría de tutelados o liberados según artículo 161 de la Ley N° 12.256 podrán imputar, en la forma y condiciones que establezca la Autoridad de Aplicación, el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las remuneraciones nominales que éstas perciban, como pago a cuenta del impuesto sobre los Ingresos Brutos. Dicha deducción se efectuará en oportunidad de practicarse las liquidaciones de acuerdo a lo establecido en el capítulo asignado a la Determinación, Liquidación y Pago. En ningún caso, el monto a deducir sobrepasará el impuesto determinado para el período que se liquida, ni tampoco originará saldos a favor del contribuyente. Este artículo no resulta aplicable cuando la persona empleada realice trabajos a domicilio”.

¹⁹ Artículo 4: “La Autoridad de Aplicación promoverá la creación de cooperativas de producción, dirigidas a la integración laboral de los liberados en cada comunidad local.”

Fruto de esta invitación a los municipios, un grupo de concejales presentó en el mes de Marzo ante el Concejo Deliberante del Municipio de Bahía Blanca un proyecto de ordenanza municipal que crea un programa titulado “Bahía Integra”, el cual prevé una serie de disposiciones destinadas no solo a adherir a la reglamentación provincial citada, sino también a profundizar la regulación sobre la materia, ello en el ámbito estrictamente municipal órbita de su competencia²⁰.

El proyecto en cuestión fue elaborado a partir de las conclusiones que oportunamente fueran expuestas a los ediles en el marco de una investigación realizada en el Área de Intervenciones Especiales, Querellas y Recursos de la Defensoría General Departamental de Bahía Blanca, en conjunto con la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional del Sur, equipos de los cuales formamos parte.

En línea con la ley provincial, el proyecto prevé como objetivos inmediatos –entre otros– el de promover una revalorización del trabajo como herramienta de reinserción social –reconociendo los valores inherentes a su ejercicio como Derecho Humano y sus virtudes como instrumento de desarrollo personal y familiar–, promover la adopción de mecanismos tendientes a facilitar la reinserción laboral de las personas que estén y/o hayan estado bajo proceso penal, y desarrollar una progresiva toma de conciencia en la población respecto de la importancia del trabajo como herramienta de reinserción social y de prevención de la recaída en el delito.

A su vez, crea el Registro Municipal ‘Bahía Integra’ en el ámbito de la Dirección de Empleo de la Municipalidad de Bahía Blanca, y dispone que en él deberán inscribirse todas las personas que puedan quedar incluidas en el programa a implementarse. Exige además la presentación, por parte de las personas que

²⁰ “Bahía Integra. Proyecto de ordenanza municipal para contribuir a la reinserción social de los libertados”, en *Revista Pensamiento Penal* [en línea], ISSN 1853- 4554, Mar. 2018, disponible en web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46307-bahia-integra-proyecto-ordenanza-municipal-contribuir-reinsercion-social-liberados>

deseen inscribirse –cada seis meses–, de certificados de Buena Conducta emitidos por el Patronato de Liberados, a fin de acreditar la ausencia de causas contravencionales y/o penales pendientes de resolución judicial. Por otro lado, dispone que deberán acreditar la imposibilidad de procurarse recursos para su subsistencia y eventualmente para la de su familia, por otros medios, agregando que a tales fines bastará con un informe multidisciplinario socioambiental y psicológico efectuado por el área de Asistencia Social de la Municipalidad de Bahía Blanca con apoyo de psicólogos de la planta municipal, que constate la falta de empleo y sus dificultades para obtenerlo.

IV. Colofón

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la resocialización y reinserción del condenado es la finalidad inherente que debe perseguirse en la etapa de ejecución de las penas privativas de la libertad. Existe una vasta legislación que permite aseverar la conclusión precedente. El Estado se encuentra convencionalmente obligado a poner en práctica mecanismos eficaces que tiendan a la obtención del objetivo mencionado.

Lo expuesto importa que el deber del Estado y de la sociedad en su conjunto no culmina en el momento en que el recluso es puesto en libertad. Se vuelve menester la implementación de mecanismos y servicios que tiendan a prestar al liberado una asistencia post-encierro que le permita afrontar el difícil período que constituye aquel en el cual recupera su libertad, contribuyendo a minimizar los prejuicios que sobre él puedan recaer y, por supuesto, disminuir las causas que puedan eventualmente conducirlo a una recaída delictual.

En el marco del cometido en examen, el trabajo, además de ser un verdadero Derecho Humano, es visto –a raíz de las virtudes que le son inherentes– como la herramienta por excelencia a la hora de procurar su alcance.

Creemos que el mecanismo de inserción laboral previsto por la ley provincial 14.301 –con sus posibles proyecciones al

ámbito municipal– importa un primer paso hacia la implementación de políticas eficaces de reinserción social, contribuyendo a disminuir los prejuicios sufridos por los liberados y a generar un marco de contención en derredor de aquellos, aunando esfuerzos en aras de combatir la situación de vulnerabilidad y desamparo en la que se encuentran al recuperar su libertad.

V. Referencias

- ALVARADO LLANO, Lilian Carolina (2015), “Los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Inobservancia de ellos por parte de los Gobiernos de algunos países miembros como atentado al respeto a los Derechos Humanos”, *Revista Pensamiento Penal*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina> (consultado el 10/04/2018).
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2006), *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Tercera Reimpresión, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 145.
- BINDER, Alberto M. (2009), *Introducción al derecho procesal penal*, 2º Edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- BOMBINI, Gabriel. (2000) *Poder judicial y cárceles en la Argentina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio (2011), *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Del Puerto.
- CARNEVALE, Carlos A. (2016) “Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina”, *Indret 3/2016*, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1232.pdf> (consultado el 12/04/2018).
- GARZÓN VALDES, Ernesto (2006), “¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?”, en AA.VV., *Derechos fundamentales y derecho penal*, BINDER, Alberto M. [et. al.], 1º edición, Córdoba, Ed. Advocatus, 2006, p. 34.
- GORSO, Paula (2015), “La Ejecución”, en AA.VV., *Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires*, BERTOLINO, Pedro J. y SILVESTRINI, Alberto J. (directores),

- 2º edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2015, pp. 723-724.
- JAUCHEN, Eduardo (2012), *Tratado de derecho procesal penal*, t. 3, 1º edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni,
- MAIER, Julio B. J. (2004), *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 2da edición, Ed. Del Puerto S.R.L., Buenos Aires.
- SECO, Ricardo Francisco (2014), “Una visión positiva de algunos institutos previstos en la LCT. El “trabajo” y la “dignidad” desde el derecho del trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia”, *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. Infojus, Año III, N° 9.
- VITALE, Gustavo L. (2007), *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 118.

Procedimiento para el pago y cobro de la cuota sindical, en la ley 24.642. Su inconstitucionalidad

Procedure for the payment and collection of the union
dues in Law 24.642. Unconstitutionality

Procedimento para pagamento e cobrança
da contribuição sindical na Lei 24.642. Sua
inconstitucionalidade

Le procédure pour le paiement et la perception
des cotisations syndicales en vertu de la loi 24.642.
Son inconstitutionnalité

Martiniano Greco y Lucia Hernández | Universidad
Nacional del Sur

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 335-340

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e186>

Recibido: 16/03/2018

Recibido con modificaciones: 22/04/2018

Aprobado: 27/06/2018

Resumen: La ley 24.642 establece el denominado procedimiento de ejecución o apremio, a los efectos de percibir, por parte de la Asociación Sindical, la denominada cuota de contribución gremial que efectúa el afiliado, y que retiene el empleador.

Este sistema establece que en caso de adeudarse la o las cuotas, el sindicato puede ejecutar al empleador si omitió retenerlas. Este título ejecutivo por el cual el sindicato inicia la ejecución, pide embargo y cobra las cuotas de afiliación impagas, con defensas muy limitadas del deudor. La norma en cuestión al margen de equiparar los efectos procesales al juicio de apremio (art. 5º), fija competencia distintas y optativas, a criterio claro está del ejecutante (Asociación Sindical) en la que expresamente en los ámbitos provinciales, se ha excluido a la Justicia del Trabajo.

Resulta inconstitucional la ley en cuestión, porque con su enunciado se arroga una facultad no delegada por los gobiernos provinciales al gobierno Federal¹

Palabras clave: Cuota sindical - Título ejecutivo - Juicio de apremio - Procedimiento - Inconstitucional.

Abstract: Law 24.642 establishes the enforcement procedure for the purpose of collecting, by the Trade Union, the union contribution fee that the affiliate performs, and which the employer retains. This system establishes that in the event of owing these installments, the Union can execute the employer if it failed to retain them. This executive title, by which the Union starts this procedure, asks for seizure and collects unpaid membership fees, has very limited defenses of the debtor. The law in question establishes different and optional competences, at the discretion of the performer in which, specifically in the provincial areas, Labor Justice has been excluded. This law is unconstitutional, because with its enunciation a power is entrusted and not delegated by the provincial governments to the Federal government.

Keywords: Union fee - Execution judgment - procedure - Unconstitutional

Resumo: A Lei 24.642 estabelece o chamado procedimento de execução ou urgência, a fim de perceber, pela Associação Sindical, a denominada cota de contribuição gremial que o associado efetua, e que o empregador retém. Este sistema estabelece que no caso de endividar-se a ou as cotas, o sindicato pode embargar ao empregador se este omitiu as retenções. Este título executivo pelo qual o sindicato inicia a execução, pede confisco e cobra as cotas de afiliação não pagas, com defesas muito limitadas por parte do devedor. A norma em questão estabelece competências diferentes e opcionais, de acordo com o claro critério do executante em que, especificamente nas áreas provinciais, a Justiça do Trabalho foi excluída. A lei em questão é inconstitucional, porque com a sua enunciação é confiado um poder não delegado pelos governos provinciais ao governo federal.

Palavras-chave: Cota sindical - Julgamento de Urgência - Procedimento - Inconstitucional

¹ *Constitución de la Nación Argentina* [Const.] (1994) Artículo 121 [Título segundo]. 2da Ed. Legis.

Résumé: La loi 24.642 établit la procédure dite d'exécution, aux fins de la collecte, par association syndicale, de ce que l'on appelle la cotisation syndicale que la société affiliée effectue et que l'employeur conserve. Ce système établit qu'en cas de versement des acomptes, le syndicat peut exécuter l'employeur s'il ne les retient pas. Ce titre exécutif, par lequel le syndicat entame l'exécution, demande la saisie et perçoit les cotisations non acquittées, avec des moyens de défense très limités du débiteur. La norme en question établit des compétences différentes et facultatives, selon le critère clair de l'exécutant dans lequel, en particulier dans les domaines provinciaux, la justice du travail a été exclue. La loi en question est inconstitutionnelle parce qu'avec son énoncé, il s'arroe un pouvoir n'est pas délégué par les gouvernements provinciaux au gouvernement fédéral.

Mots-clés: Cotisations syndicales-juge de l'exécution - procédure-Inconstitutionnel

I. Desarrollo

Con fecha 30 de mayo de 1996, se publicó en el Boletín Oficial la ley 24.642, que establece el procedimiento de cobro para los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores, cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a las mismas.

Llama la atención el art. 5º, que impone en su primer parte la vía del apremio o de ejecución fiscal, prescripto, como dice la norma, en los códigos procesales. En el caso, basta para incoar el procedimiento ejecutivo el "Certificado de deuda expedido por la asociación sindical respectiva". Así pues, el mencionado instrumento adquiere el carácter de título suficiente, arrogándose las características ejecutivas propias de los títulos de créditos, a los que la norma equipara en sus efectos procesales, o en el caso, a los títulos emanados de las deudas por contribuciones públicas (apremio). Va de suyo que la obligación patronal como efectivo agente de retención de la cuota sindical, representa una carga equiparable a la obligación fiscal.

La cuestión en análisis, se verifica cuando en exceso ritualista, la tercera parte del art. 5° expone que en la Capital Federal las asociaciones sindicales podrán optar, a los efectos ejecutivos, claro está, por la justicia nacional con competencia laboral o por los juzgados con competencia en lo civil y comercial. En tanto que en las provincias la opción, y ello de manera categórica, será entre la justicia federal o la civil y comercial excluyéndose por tanto expresamente la competencia natural, que es por supuesto la laboral.

Resulta evidente que el legislador, no solo ha alterado los elementos constitutivos del procedimiento, al otorgar título ejecutivo a una obligación legal que per se no la posee, sino que además ha dispuesto una jurisdicción y competencia distinta a la que constitucionalmente se encuentra obligado.

A la primera cuestión, solo diremos que parece excesivo que el simple certificado de deuda expedido por la Asociación Sindical (la ley no especifica de que grado se trata), servirá como título suficiente a los efectos legales, para articular la vía de apremio o ejecución. Esta concesión, legitima una actividad que no siempre se cumple con todos los recaudos legales, esto es la necesaria confección e intimación de los depósitos a los que el empleador se encuentra obligado, y por ello es que se debió incluir un mecanismo previo de verificación en el depósito, no sin dejar de señalar la previa intimación, a los efectos de la constitución en mora, y no como lo prescribe el art. 3° que estatuye la denominada mora automática, ante la sola verificación de la falta de pago o depósito.

Entendemos que la asociación sindical, si bien es cierto, representa los intereses gremiales de los dependientes, no es menos cierto que no embiste el carácter público necesario como para que su simple actividad verificadora se transforme en una ultra actividad legal, que acredite ante la falta de depósito, sin más, el título ejecutivo que impulse un proceso abreviado y sumarisimo como es precisamente el procedimiento de apremio.

II. La cuestión de la competencia y la jurisdicción

Resulta evidente, que las competencias en cuanto al entendimiento de la aplicación de las normas en cuestión, son facultad exclusiva de las provincias, por consecuencia directa del poder no delegado a la nación, establece: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación²; y asimismo el art. 75 del mismo cuerpo expone: Corresponde al congreso: 12) Dictar los Códigos Civiles, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones.

En el caso puntualmente nos ocupa: La provincia de Buenos Aires, como parte integrante de la República Argentina, constituida bajo la forma representativa republicana federal, tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que por la Constitución Nacional no hayan sido delegados al Gobierno de la Nación³. Como puede observarse, en el simple cotejo de las normas apuntadas y en el caso particular de la aplicabilidad de la ley 24.642 en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, la misma resulta inconstitucional, ello por cuanto atribuye al cobro del depósito de cuota sindical un carácter procedimental no contemplado en los códigos de forma o leyes procesales provinciales; además, indica como ya se señalará (art. 5°), una competencia distinta de la natural y reglada en el ámbito provincial, por caso el Sindicato de Empleados Municipales, o de Trabajadores de Obras Sanitarias Provincial, etc. De manera

² *Constitución de la Nación Argentina* [Const.] (1994) Artículo 75 [Capítulo cuarto]. 2da Ed. Legis.

³ *Constitución de la Provincia de Buenos Aires* [Const.] (1994) Artículo 1 [Sección I]. 2da Ed. Legis.

alguna la ley en cuestión podría categóricamente indicar, ya no tan solo la vía procesal para perseguir judicialmente el cobro de la cuota sindical, sino que tampoco podría fijar la competencia, tal como discriminatoriamente lo realiza al ordenar que en el ámbito de las provincias la competencia será “La federal o la civil y comercial de cada jurisdicción” importando ello una diferenciación antojadiza (ya que en la Capital Federal la competencia es a opción del ejecutante en lo laboral o civil y comercial), sino además una manifiesta inconstitucionalidad.

Pareciera una inveterada costumbre del Gobierno nacional, ignorar las potestades no delegadas al Gobierno Federal, que las provincias se arrojan, y ello se observa de manera reiterada.

III. Conclusiones

En razón de lo expuesto, debe entenderse que la norma en cuestión, no puede imponer una competencia para su aplicación distinta a la que corresponde, ello por la facultad reservada de las provincias, tal como se explicara; al respecto tal ordenamiento viola elementales cuestiones de convivencia jurídica regladas por el Derecho Constitucional, que se agravan aún más en razón de existir en la república un estado de derecho. La temeridad legislativa del gobierno de los años ‘90 resulta llamativa, sobre todo si se observa que la mayoría de los legisladores poseían formación universitaria vinculada a las ciencias jurídicas. A modo de conclusión final, sería importante que, previamente a la promulgación de tan importantes leyes para la vida institucional de la Nación, las mismas fuesen previamente confrontadas, para evitar con ello la manifiesta colisión con normas superiores o en el caso expuesto, por franca violación de derechos y facultades no delegadas al ámbito federal.

Novedades Legislativas

Eduardo Baldi

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 341-348

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e187>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3933-2611>

Nación

Ley Nº 27.447. De trasplante de Órganos, Tejidos y Células. “Ley Justina”

Dispone que todas las personas mayores de 18 años sean donantes de órganos o tejidos, otorgando la facultad de manifestar su voluntad negativa a la donación de los órganos y tejidos de su propio cuerpo, restringir voluntad afirmativa de donación a determinados órganos y tejidos o condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa a alguno de los fines previstos en la ley. Asimismo consagra el derecho a la intimidad, privacidad y confidencialidad de los intervinientes; integridad; información clara; trato equitativo e igualitario; traslado prioritario; y, cobertura integral del tratamiento.

Ley nº 27.448. Aprobación del Convenio Aduanero denominado “TIR” (Transport International Routier) de Naciones Unidas de 1975

Este convenio internacional regula el transponte internacional de mercancías en vehículos o conjunto de vehículos o contenedores, siempre que una parte del trayecto se realice por carretera.

Ley Nº 27.449. De Arbitraje de Comercio Internacional

Regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina,

y entre otras cosas define cuando un arbitraje es internacional, cuando se está ante un acuerdo arbitral, como se compone un Tribunal Arbitral y cuáles son sus competencias.

Ley N° 27.450. Acuerdo con la Federación Rusa para el uso pacífico de energía nuclear

Aprueba el Acuerdo entre la República Argentina y la Federación de Rusia para la cooperación en los usos pacíficos de la energía nuclear, celebrado el 12 de julio de 2014 en nuestro país.

Ley N° 27.451. Creación del Parque Nacional Aconquija en Tucumán

A través de la misma, la provincia de Tucumán cede la jurisdicción de las tierras al Estado para la creación del Parque Nacional Aconquija. De esta manera, unas 77 mil hectáreas de sierras del sudoeste tucumano pasaron a conformar el único parque del país que tiene en un mismo espacio cumbres con nieve y selva subtropical.

Ley N° 27.452. Indemnización para hijas e hijos menores de víctimas de femicidio. “Ley Brisa”

Dispone una reparación económica, para los menores de 21 años y personas con discapacidad que son hijas y/o hijos de una mujer víctima de femicidio.

La reparación económica debe ser abonada por el Estado Nacional mensualmente, por un valor equivalente a un haber jubilatorio mínimo, y resulta inembargable y retroactiva al momento de cometerse el delito, aunque el mismo se hubiera cometido con anterioridad a la sanción de la norma.

Decreto N° 613/2018. Modificación del plazo para optar por el revalúo en el Impuesto a las Ganancias

La norma sustituye el artículo 12 de su similar n°353/18, en el que se establece el plazo para el ejercicio de la opción

de revalúo establecida en el art. 281 de la Ley n° 27.430 de Impuesto a las Ganancias.

A partir de esta modificación, los sujetos alcanzados por el impuesto, podrán ejercer la opción de revaluar, sus bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país, hasta el último día hábil del décimo segundo mes calendario inmediato posterior al período de la opción.

Decreto N° 625/2018. Traslado del Dr. Carlos Mahiques de su cargo de juez de Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal a la Vocalía VII de la Cámara Federal de Casación Penal

A través de esta norma, se dispone el traslado del doctor Carlos Alberto Mahiques, quien pasará de ser juez de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal a ser juez (federal) en la Vocalía VII de la Cámara Federal de Casación Penal.

Cabe destacar que, el traslado mencionado se realiza pese a lo advertido por la Corte Suprema en las Acordadas 4 y 7 de este año. El Poder Ejecutivo realizó el traslado con simple acuerdo del Senado.

Decreto N° 632/2018. Congelamiento de designaciones y contrataciones por parte de la Administración Pública Nacional

La norma establece que no podrán efectuar nuevas designaciones ni contrataciones de personal de cualquier naturaleza o fuente de financiamiento presupuestarias o no presupuestarias, hasta el 31 de diciembre de 2019.

El decreto forma parte de los anuncios oficiales sobre recorte en el gasto público estableciendo el congelamiento de los ingresos a la planta estatal, las bonificaciones y premios, como también prohibiendo la implementación de convenios de asistencia técnica y reduciendo los gastos de movilidad y viáticos entre otras medidas.

Decreto N° 633/2018. Prohibición de homologar acuerdos paritarios que establezcan conceptos no remunerativos

Establece que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social no dará curso, ni homologará en el marco del procedimiento de negociación colectiva aquellos convenios colectivos de trabajo y/o acuerdos con similares efectos que contengan sumas o conceptos de naturaleza salarial sobre los que las partes acuerden otorgarle carácter no remunerativo.

Decreto N° 683/2018. Asignación de nuevas tareas para las Fuerzas Armadas

Se reestructuran las funciones de las Fuerzas Armadas y se las habilitó a “funciones de apoyo logístico con las fuerzas de seguridad”. Con esta norma, se habilita la intervención de las fuerzas militares en tareas de seguridad interior, se modifica el Decreto 727/06 emitido durante el gobierno de Néstor Kirchner, y se deroga el Decreto 1691/2006.

Decreto N° 702/2018. Modificación del Régimen de Asignaciones Familiares

La norma establece los límites mínimo y máximo de ingresos aplicables a los beneficiarios de asignaciones familiares elevando el ingreso mínimo de \$200 a \$2816 y reduciendo el tope de \$94.786 a \$83.917. Además unificó el valor de las asignaciones en todo el país con máximos de \$1500 viéndose reflejados estos cambios a partir del mes de Septiembre.

Decreto N° 703/18. Oficializa el programa de reestructuración de las funciones de las Fuerzas Armadas

El Poder Ejecutivo Nacional, a través del mencionado Decreto, determinó una nueva “Directiva de Política de Defensa Nacional”. De esta forma, se prevé la conformación de una unidad de despliegue rápido; el refuerzo militar en las fronteras; la vigilancia y control de los espacios soberanos; la protección de Objetivos Estratégicos de parte de las Fuerzas Armadas; el

apoyo a la política exterior; el apoyo al sistema de seguridad interior; la creación de la ciberdefensa para la vigilancia y control de los espacios soberanos, entre otros objetivos.

Decreto N° 723/18. Suspende el recorte de asignaciones familiares oportunamente dispuesto

El Poder Ejecutivo Nacional, a través de este Decreto, oficializó la suspensión por 30 días de la aplicación de las modificaciones sobre las zonas diferenciales que regulan el pago de montos especiales de asignaciones familiares.

Decreto N° 730/18. Régimen de Asistencia Financiera para las Provincias

La norma establece un Régimen de Asistencia Financiera para las provincias cuyos regímenes previsionales no fueron transferidos al Estado Nacional y que hayan ratificado en sus respectivas legislaturas el Consenso Fiscal. Según indicaron desde el oficialismo, buscan lineamientos para armonizar las estructuras tributarias de las distintas jurisdicciones, de forma tal de promover el empleo, la inversión, el crecimiento económico y políticas uniformes.

Decreto N° 732/18. Revoca privilegios para el ingreso a la Administración Pública Nacional a familiares de funcionarios y empleados públicos

Mediante la norma, se instruye a las autoridades de órganos y entes que integran el sector público para que se no establezcan “privilegios o preferencias” para el acceso a los cargos públicos y empleos que estén basadas en vínculos de parentesco. Además, no podrán incurrir en prácticas que permitan, faciliten, promuevan o fomenten privilegios o preferencias.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 756/18. Derogación del Fondo Federal Solidario

Este Fondo transfería a las provincias y municipios el 30% de la recaudación de los derechos de exportación al poroto,

aceite y harinas de soja, para realizar obras de infraestructura. El Gobierno nacional argumenta que el objetivo de la decisión es evitar la generación de mayores desbalances, no obstante la sanción de la norma, se da en el marco del ajuste fiscal que forma parte del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional.

Decreto N° 793/18. Fijación de nuevas retenciones hasta diciembre de 2020

La norma fija hasta el 31 de diciembre de 2020 un derecho de exportación del 12% a la exportación para consumo de todas las mercaderías comprendidas en las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM).

Dicho derecho de exportación no podrá exceder de \$4 por cada Dólar Estadounidense. Para las mercaderías comprendidas en las posiciones arancelarias de la NCM que forma parte de este decreto, ese límite será de \$3 por cada dólar estadounidense.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 801/18. Modificación a la Ley de Ministerios

En una publicación tardía del Boletín Oficial del día 05 de Septiembre, se dio a conocer el mencionado Decreto de Necesidad y Urgencia, mediante el cual se realiza la modificación de la Ley de Ministerios estableciendo el nuevo organigrama nacional.

Así se efectiviza el anuncio del Presidente Mauricio Macri del pasado lunes donde afirmó que: “Decidió compactar su equipo de trabajo”. La modificación dispone el achicamiento de 22 a 10 ministerios nacionales y Jefatura de Gabinete de Ministros. Los Ministerios que quedaron son; Del Interior, Obras Públicas y Vivienda; De Relaciones Exteriores y Culto; De Defensa; De Hacienda; De Producción y Trabajo, De Transporte; De Justicia y Derechos Humanos; De Seguridad; De Salud y Desarrollo Social; y De Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología”.

Resolución AFIP N° 4286/2018. Establece que sólo uno de los padres podrá descontar a sus hija/os en el Impuesto a las Ganancias

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a través de la Resolución indicada, estableció que los padres que trabajan ya no podrán deducir al 100% en ambos sueldos a sus hijos menores o con discapacidad. Desde ahora, se deberá optar por declararlo a cargo de uno de los dos, sino también se tendrá la opción de hacerlo ambos, pero solo al 50% cada uno. La medida es retroactiva a enero, lo que implicará un fuerte incremento en lo que el grupo familiar desembolsa por Ganancias.

Resolución de la Agencia de Acceso a la Información Pública N° 14/2018. Unifica los criterios para la aplicación de la Ley de Acceso a la Información Pública

Mediante la mentada resolución se establecen, los indicadores de mejores prácticas de aplicación de la Ley N°27.275 de Acceso a la Información Pública. El objetivo es unificar los criterios para el trámite de las solicitudes y garantizar la celeridad del proceso.

Resolución N° 3/18 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad, y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. Establece el aumento del Salario Mínimo, Vital y Móvil

Mediante la mentada resolución se establece un aumento del 25% anual en cuatro cuotas.

Para las y los trabajadora/es mensualizada/os que cumplen la jornada legal completa el salario mínimo vital y móvil de acuerdo a las etapas establecidas, es el siguiente: a partir del 1° de septiembre de 2018, en \$ 10.700,00; del 1° de diciembre de 2018, en \$ 11.300,00; del 1° de marzo de 2019, en \$ 11.900,00; y a partir del 1° de junio de 2019, en \$ 12.500,00.

Provincia de Buenos Aires

Decreto N° 647/2018. Fijación de nuevos montos de asignaciones familiares

Esta norma, adecua la cuantía del régimen de asignaciones familiares, así como los topes y rangos de ingresos que habilitan la percepción de las mismas.

Decreto N° 699/2018 Designación de María Fernanda Inza como Contadora General de la Provincia

La Gobernadora María Eugenia Vidal, designó a María Fernanda Inza, que venía de ocupar la Secretaría Legal y Técnica bonaerense, como flamante Contadora General de la Provincia de Buenos Aires. La funcionaria, contadora de profesión, fue tesorera del PRO en los comicios bonaerense de 2017 y está investigada por la Justicia Federal en la causa por los aportes irregulares de campaña.

Una semana más tarde, mediante Decreto N° 753/2018, se aceptó la renuncia de la funcionaria.

Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:

www.palabrasdelderecho.com.ar

www.facebook.com/palabrasdelderecho/

Twitter: @palabrasdelderecho



COMENTARIO A JURISPRUDENCIA

FINAL

El final no es el vacío,
No es la nada,
No el cuenco hueco
No el óntico desfonde,
Ni el apocalipsis
Ni el no ser
El final es tu mano musgosa,
El bacteriano líquido,
El trago elemental,
Entrando al día

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *María Remedios del Valle*

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

Réquiem para la dogmática penal. Una visión retrospectiva a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de Colombia

Réquiem for the criminal Dogmatics.
A retrospective view of the application of the theory
of Objective imputation in Colombian jurisprudence

Réquiem para a dogmatica criminal. Uma visão
retrospectiva da aplicação da teoria do Objetivo
de imputação na jurisprudência colombiana

Requiem pour dogmatique criminelle. Une vue
rétrospective de l'application de la théorie de
l'imputation objective dans la jurisprudence
colombienne

*Ana Carolina Molina Villar*¹ | Universidad Externado
de Colombia

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 351-409

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e189>.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6615-1942>

Recibido: 11/05/2018

Recibido con modificaciones: 26/06/2018

Aprobado: 23/08/2018

¹ Cursante del programa intensivo del Doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Magister en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia); Especializada en Derecho Procesal Penal (Universidad Externado de Colombia); ex-Auxiliar de Magistrado do Tribunal Superior de Bogotá (enero de 2009 – febrero de 2011), actual Profesional grado 033 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (agosto de 2012 – actualidad). Abogada (Universidad Externado de Colombia).

Resumen: ¿Por qué los Colombianos fuimos/somos receptivos a la teoría de la imputación objetiva? ¿El sistema acusatorio y la justicia transicional han logrado poner en jaque a la dogmática penal? El presente escrito tiene como propósito indagar las posibles causas o razones por la que fuimos/somos receptivos a la teoría de la imputación objetiva en Colombia; así como, reseñar unas cuantas heridas de muerte causadas por la jurisprudencia a la dogmática jurídico- penal, mismas que motivan este réquiem.

Palabras claves: dogmática-derecho penal-imputación objetiva

Abstract: Why Colombians were / are receptive to the theory of objective imputation? The accusatory system and the transitional justice have been able to put in check the criminal dogmatic? This essay is intended to investigate possible causes or reasons for which we were / are receptive to the theory of objective imputation in Colombia; as well as review some wounds of death caused by jurisprudence to the criminal and legal dogmatic, the same wich motivates this requiem.

Keywords: dogmatics-criminal law-objective imputation

Resumo: Por que nós colombianos fomos / somos receptivos à teoria da imputação objetiva? O sistema acusatório e a justiça transicional têm conseguido colocar em xeque a dogmática penal? O presente estudo tem por propósito indagar as possíveis causas ou razões pelas quais fomos / somos receptivos à teoria da imputação objetiva na Colômbia; bem como revisar algumas feridas de morte causadas pela jurisprudência à dogmática jurídico - penal, as mesmas que motivam este réquiem

Palavras-chave: dogmática- direito penal- imputação objetiva

Résumé: Pourquoi les Colombiens ont adhéré à la théorie de l'imputation objective? Le système accusatoire et la justice transitionnelle ont-ils réussi à mettre en échec la dogmatique pénale? Le but de cet article est d'étudier les causes possibles ou les raisons pour lesquelles nous étions,et nous sommes encore, réceptifs à la théorie de l'imputation objective en Colombie; ainsi que de signaler quelques graves dommages causés par la jurisprudence aux dogmatiques de droit pénal, qui motivent ce requiem.

Mots-clés: dogmatique-droit pénal-imputation objective

Preámbulo

Debo confesar que al culminar la lectura de la brillante obra “*El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de Derecho*” de la autoría del maestro Daniel Rafecas, releí más de una docena de veces el siguiente párrafo:

«Como consecuencia derivada de la conclusiones precedentes, puede afirmarse entonces que, en materia de tortura y demás tratos crueles, inhumanos o degradantes... actualmente no existen impedimentos de orden jurídico-penal ni de orden constitucional para la imputación penal de supuestos de hecho recurrentes que son presentados ante la agencia judicial... No obstante lo afirmado... quedó demostrado las dificultades que evidencia el Estado argentino cuando se trata de criminalizar este tipo de comportamientos».²

Y pensé ese mismo número de veces (doce) que *mutatis mutandis* ese diagnóstico a la realidad judicial argentina guardaba estrecha identidad con el de mi país, incluso por la ironía que encierra esa frase precitada, en cuanto a que todo esfuerzo teórico (léase, de la doctrina) para que se lleve a cabo una reforma normativa que nos aproxime a materializar la imparcialidad e igualdad en los fallos judiciales se puede ver frustrada por la irreflexiva dinámica judicial en la que se prefiere causar heridas mortales a la dogmática jurídico-penal antes que morigerar el criterio visceral o atemperar los pre-juiciosos morales.

Todo esfuerzo teórico (léase, de la doctrina) para que se lleve a cabo una reforma normativa que nos aproxime a materializar la imparcialidad e igualdad en los fallos judiciales se puede ver frustrada por la irreflexiva dinámica judicial en la que se prefiere causar heridas mortales a la dogmática jurídico-penal antes que morigerar el criterio visceral o atemperar los pre-juiciosos morales.

² RAFECAS, D. “El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de Derecho.” Editorial Didot, páginas 408 y 409.

Respecto a este tópico el maestro ROXIN al citar a GIMBERNAT ORDEIG, señala:

«**Ventajas del pensamiento sistemático.** El penalista español Gimbernat Ordeig ha descrito así, con una impresionante referencia a la situación en países con un sistema jurídico menos desarrollado, de modo sintético las ventajas del pensamiento dogmático: “la dogmática jurídico- penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisible serán las decisiones de los Tribunales” E invoca el peligro de que la decisión jurídica se convierta “en una lotería”: “Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un derecho penal”. A ese respecto invoca también una afirmación mía, que ex negativo pretende por contraste presentar bajo una luz favorable las ventajas del pensamiento sistemático conceptual: “*Donde están en juego pasiones humanas- y en qué proceso penal no ocurre así-, la fuente más turbia del conocimiento es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente*”³.

La evolución de la dogmática jurídico -penal en Colombia puede explicarse desde las diferentes estructuras políticas que el Estado ha adoptado en el curso de los siglos XIX, XX y XXI. Empero, como quiera que es un tema que desbordaría el tópico que me he propuesto esbozar en el presente análisis, me limito a enunciar las distintas nominaciones que recibió la nación en 1860, 1870 y 1880, lapso en el que se gestó el movimiento guerrillero: FARC; para, seguidamente, dar un salto de cien (100) años hasta alcanzar el siguiente hito histórico relevante para el presente análisis, atinente éste a la conformación de los carteles del narcotráfico y la creación del paramilitarismo,

³ ROXIN C, Derecho Penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Editorial Civitas S.A. 1997, página 207.

los dos actores bélicos que completan la triada de los que se convertirían en los principales destinatarios de la diferentes versiones de nuestra carta constitucional⁴ y de la legislación penal sustantiva y adjetiva.

Siglo XIX

– Confederación Granadina⁵. **Década de los 60's**. Grupos guerrilleros de extrema izquierda de inspiración marxista-leninista comienzan a disputarle a los gobiernos de turno el monopolio del poder, dando origen a una guerra interna asimétrica de baja intensidad.

– Estados Unidos de Colombia⁶. **Década de los 70's**⁷. Mediante el Decreto Legislativo 3398 del 24 de diciembre de 1965 se crearon los denominados grupos de “autodefensa” o “paramilitares”. En un comienzo se trató de un mandato del gobierno con vigencia transitoria; empero, mutó a permanente con la Ley 48 de 1968. Así, entonces, emergen grupos paramilitares de extrema derecha, los que financiados por los carteles

⁴ La Constitución Política de Colombia se constituye en la principal fuente de derecho penal. Que los principios básicos sobre los cuales se erige el derecho penal en mi país se logren estatuir en el texto constitucional, en “la norma de normas” (art. 2 C.P.C. 1991) suele ser objeto de exaltación por la doctrina foránea. Al respecto son las ilustrativas las siguientes palabras de un reconocido doctrinante mexicano: «*Más recientemente CALDAS VERA prefiere adoptar una clasificación que distingue de las fuentes principales de las subsidiarias, considerando que las misma responde a la nomenclatura que trae la Constitución de Colombia. Las primeras, esto es, las fuentes principales, son en su opinión: la Constitución, la ley, o mejor el proceso legislativo, así como los actos administrativos de carácter general*» PAVÓN VANSCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL, páginas 77 y 78. Editorial PORRÚA, AV. República Argentina, México, 2010. Texto en el cual se cita a CALDAS VERA, JORGE EMILIO. “FUENTES DEL DERECHO PENAL” Lecciones De Derecho Penal. Editorial Universidad Externado De Colombia, v., p.85-108- 1, 2011.

⁵ Constitución de la Confederación Granadina de 1858.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, sancionada el 8 de mayo de 1963. Al respecto ver en <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/643>

⁷ Constitución Política del Estado S. Cauca de 1972. Al respecto ver en <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/644>

de la droga y adoctrinados por los jefes de reconocidas bandas criminales, se suman a dicho conflicto bélico para *“asesinar cualquier brote que estuviera enfocado a realizar un cambio sociopolítico en el país”*⁸.

– Estado S. del Cauca⁹/ República de Colombia¹⁰. **Década de los 80’s.** El conflicto armado interno tuvo un rápido escalamiento que se caracterizó por los actos delictivos de intimidación recíproca que los prenombrados actores perpetraron, cuyo efecto colateral iba desde el secuestro de familiares de narcotraficantes y periodistas, pasando por la tortura, homicidio y desaparición forzada de profesores universitarios y defensores de derechos humanos, hasta generar el homicidio masivo de la población civil, verbigracia, *“masacre de Mapiripán”*¹¹.

Siglo XX

– 6 y 7 de noviembre de 1985. El Palacio de Justicia en Bogotá fue escenario de una sangrienta toma guerrillera (35 miembros del M-19) y recuperación militar que dejó cerca de

⁸ <https://colombia2020.elespectador.com/pais/la-historia-del-paramilitarismo-en-colombia-segun-ronderos>

⁹ Constitución Política del estado S. del Cauca de 1872. *“A vuestro nombre y bajo la protección de Dios Supremo Legislador del Universo, hemos acordado, decretado y firmado la siguiente Constitución del Estado. En su penosa labor nos hemos guiado, sin vacilar, por el deseo ardiente de procurar vuestra felicidad, sin pasión alguna mezquina, tomando por base invariable la Constitución nacional federal, los preceptos más sanos de política y de moral social modernos, y de acuerdo en todo con el santo Evangelio cristiano y con las necesidades peculiares del Estado; en atención á la inmensa extensión de su territorio, a su exuberante fertilidad tropical y al genio altivo de sus hijos”*. <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/644>

¹⁰ Constitución política del 5 de agosto de 1886

¹¹ *“Un grupo de más de cien hombres que vestían prendas militares y portaban armas de corto y largo alcance, empezaron desde el martes 15 de julio y hasta la madrugada del domingo 20 de julio a ejecutar selectiva y gradualmente a habitantes del casco urbano y zona rural del municipio de Mapiripán (Meta), en límites con el departamento del Guaviare”* fuente de consulta: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-719064>, buscado el 15 de febrero de 2018.

un centenar de muertos, incluidos once magistrados de la Corte Suprema, y una profunda herida que el país aún no cierra.

– **Década de los 90's.** La degradación del conflicto alcanzó su mayor nivel con los secuestros masivos de políticos, narcotraficantes, periodistas y defensores de derechos humanos. El desplazamiento forzado, como conducta punible en la que incurrieron las AUC, FARC, ELN y narcotraficantes lograron cambiar los cuadros geopolíticos tradicionales. El éxodo de gran parte de la población civil del sector rural al urbano generó “*una catástrofe humanitaria*” comparable a la de “*los Balcanes, la Europa Oriental, el África Central... Timor Oriental y Chechenia.*”¹²

– En el año de 1991 se promulgó una nueva Constitución Política, en la que se dio vida a la Fiscalía General de la Nación, un órgano autónomo e independiente, otorgándole el monopolio del ejercicio de la acción penal, esto es, investigar los hechos que revistan las características de un delito y acusar al autor o participe de esas conductas punibles ante el juez competente. Fue nuestra forma de ingresar a un sistema procesal mixto, en abandono de un modelo inquisitivo.

Siglo XXI

– En el año 2000 se expidieron dos nuevas legislaciones: el código penal (Ley 599 de 2000) en el que se incluyeron algunos conceptos de la teoría de la imputación objetiva, y el código procesal penal (Ley 600 de 2000) en el que se implementó un sistema mixto, en abandono del inquisitorio.

La ira, el enojo, el enfado, la inconformidad y la frustración de cara a la justicia o, mejor aún, a los jueces por ser quienes

¹² NARANJO GIRALDO, Gloria. “Podría afirmarse entonces que el desconocimiento, la indiferencia y el silencio que cubren esta catástrofe humanitaria en Colombia -además de intereses innegables por encubrirlo- tiene que ver con su complejidad y diferenciación que no permiten inscribirlo en los modelos interpretativos vigentes y que lo hace irreductible a otras experiencias contemporáneas como las de los Balcanes, la Europa Oriental, el África Central y los más recientes de Timor Oriental y Chechenia” en <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-37.htm>, fuente consultada el 23 de febrero de 2018.

profieren las decisiones que suelen encarnar ese valor o ideal (justicia), han sido unos sentimientos constantes en mi país durante los siglos posteriores a la independencia patria, quizás porque dejamos de atribuirle a la divinidad o a los hijos de la Corana Española las nefastas consecuencias que se generan por una decisión infundada y alejada de la realidad social, producto de los sentimientos viscerales o de las más cruentas emociones, alejadas de la objetividad, de la razón y de la imparcialidad que de ésta se espera; expectativa defraudadas por demás desde tiempos pretéritos que popularizó aquella frase que reza: “*Aquí sólo hay justicia para los de ruana*”.

Así, entonces, el presente escrito tiene como propósito indagar las posibles causas o razones por la que fuimos/somos receptivos a la teoría de la imputación objetiva en Colombia; así como, reseñar unas cuantas heridas de muerte causadas por la jurisprudencia a la dogmática jurídico-penal, mismas que motiven este *réquiem*.

1. La dogmática penal en los tiempos de cólera

El derecho penal sin lugar a dudas es violencia simbólica. El proceso penal desata ira, enojo, enfado, inconformidad y frustración tanto en los sujetos procesales (Fiscalía, Defensa, Víctima, Juez) como en la sociedad expectante, sentimientos que pretendo condensar en la palabra: cólera. Más allá de la licencia que la Real Academia Española me concede para hacer uso de esa palabra, pues tan solo los primeros tres sentimientos prenombrados se encuentran contenidos en ese vocativo, el último le evoco desde la magistral obra literaria “*El amor en los tiempos del cólera*”, escrita por Gabriel García Márquez, la cual, en mi criterio, logra retratarnos de cuerpo entero a los colombianos.

Colombia vivió cuatro décadas de violencia desatada por la acción simultánea de las guerrillas, el paramilitarismo y los narcotraficantes disputándole al Estado el monopolio del uso de las armas y la explotación agraria, minera, aurífera, entre otras fuentes de riqueza que posee mi país. La inerme población

civil fue victimizada por los prenombrados tres actores y re-victimizada cuando la judicatura no logró sancionar a quienes habían violentado sus bienes jurídico- penalmente tutelados.

Para la segunda mitad de la década de los 80's y principios de los 90's el panorama no podía ser más desolador. Empecemos por detallar que en 1981 el presidente de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia, el magistrado Alfonso Reyes Echandía, había expresado su reticencia a adoptar la teoría del finalismo, una tesis que se observaba como “novedosa” para aquel entonces. Con su muerte en el año de 1985, dado que fue una de las mentes brillantes¹³ inmoladas en la toma y la retoma del Palacio de Justicia de Bogotá D.C, la jurisprudencia “viviente” comenzó a dar tumbos entre el causalismo y el finalismo.

Respecto a ese tópico resulta ilustrativa la sentencia proferida el 11 de noviembre de 1986 por esa Corporación judicial. En esa oportunidad el interrogante que formularon los sujetos procesales hacía referencia a «*si el hecho de que el sindicato haya expedido dos autos calificatorios, violatorios ambos en forma manifiesta de la ley, constituía uno o varios delitos*»¹⁴.

¹³ “El asalto del M-19 a plena luz del día en la Plaza de Bolívar, a pocos metros del Congreso y del palacio presidencial, estremeció a los colombianos que durante 28 horas asistieron horrorizados a *la acción guerrillera y posterior recuperación a sangre y fuego del edificio que fue pasto de las llamas y reducido a escombros*.”

El objetivo del comando de 35 miembros del M-19, que al mediodía del 6 de noviembre penetró disparando en el palacio y tomó como rehenes a más de 300 personas entre magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, empleados y visitantes, era hacer un “juicio político” al entonces presidente colombiano, Belisario Betancur (1982-1986).

La Comisión de la Verdad que investigó los hechos concluyó en su informe de 2009 que “todo indica que hubo conexión del M-19 con el cartel de Medellín para el asalto al Palacio de Justicia” como parte de su guerra contra la extradición.

En el saldo trágico, además de los muertos y once desaparecidos, se cuenta la pérdida para la justicia de una generación brillante de juristas que integraban la Corte Suprema.” Fuente consultada: <http://www.elcolombiano.com/colombia/la-toma-del-palacio-de-justicia-una-herida-sin-cerrar-AI3028417>

¹⁴ Como atinó a indicárnoslo el magistrado Jaime Giraldo Ángel, quien fue uno de los que aclaró el voto respecto de la decisión mayoritaria relevando la importancia de abordar con

Sin embargo, el problema jurídico se esbozó en los siguientes términos:

«Se ha dado a entender, por la instancia y la Delegada, que la decisión que debe dictarse depende del criterio que se tenga acerca de cuál de las formulaciones de la teoría del delito fue la consultada por nuestro Código Penal. Doctrinariamente se plantea si tiene él una inspiración o proyección causalista inmodificable o si, citando menos, admite la posibilidad de interpretarlo bajo la estructura universalmente conocida como de la acción final o de la teoría de la acción final.»

El sólo planteo lograba poner en evidencia la confrontación que existía entre los juristas formados bajo los postulados que enunció Franz Von Liszt (causalistas) y los que recibían con beneplácito las enseñanzas de Hans Welzel (finalismo), más allá de los aciertos o desaciertos de aquellos o de éstos en sus fundamentos, los cuales, es importante señalar, fueron sintetizados magistralmente por el ponente de esa decisión, así:

«2. El fundamento de la primera posición [, esto es, de la tesis causalista] se contrae a los siguientes razonamientos:

(...)

No fue, pues, inopinada la consagración de la causalidad, siendo que, como se afirmó en la relación explicativa del proyecto del Código Penal de 1979, por el Presidente de la comisión, “no se tomó partido en torno a la controversia suscitada por Welzel con su teoría de la acción finalista, no sólo porque todavía su evolución doctrinaria no ha culminado, sino porque los antagonismos conceptuales son ahora más agudos”;

(...)

3.- A. su turno, él sustento de la segunda posición doctrinaria, [es decir, de la tesis finalista] sería:

(...)

fundamentos sólidos el planteamiento del problema jurídico y aplicar criterios de interpretación normativa que restablecieran el derecho penal mínimo.

c) Que es incuestionable -lo admiten finalistas y causalistas, actualmente- que el fundamento de la acción es la voluntad y que no puede existir aquélla sin tal fin específico, pues, de lo contrario, no existiría voluntad y, por tanto, si la voluntad es final, así debe tomarla el legislador. (...)

f) Que carece de fundamento la crítica respecto a que esta posibilidad interpretativa no tiene sentido, porque de una parte, el “código es causalista y, de otra, por cuanto se estaría creando un nuevo Código Penal.

En efecto, el legislador no puede establecer por ley la elasticidad del derecho, obligando al intérprete a afiliarse a una determinada tendencia o a la que pretendieron exactamente los comisionados. No hay que olvidar la experiencia histórico-jurídica: en el siglo pasado, en Alemania, ante el Código Penal causalista, cuando ni siquiera se vislumbraba el finalismo al momento de elaborarse el estatuto, la doctrina terminó construyendo la teoría finalista de la acción, no para solucionar únicamente los problemas interpretativos de ese país, como suele equivocadamente afirmarse sino porque se consideró que la posición causal carecía de razón al explicar los fenómenos jurídicos. Esta misma concepción viene teniendo eco en otros países como Argentina. Y, esa, experiencia histórica es más reciente y elocuente en nuestro país: ante el Código Penal como el del 36, fundamentado en las tesis bio-psicológicas italianas, los doctrinantes elaboraron la teoría técnico-jurídica del delito, cuando la verdad es que ese estatuto no fue ideado bajo esa tendencia, pues aún en nuestro país ni siquiera se comentaba tal posición.»

¡Admitámoslo, el causalismo hechiza! Su encanto radica en que logra ofrecer, aún en la actualidad, una explicación simplificada de cualquier fenómeno (léase: todo hecho modificador del mundo exterior) al contraerlo a la siguiente fórmula binaria: causa- efecto. A la acción se le concibe como un producto causal y mecánico. Al delito como un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

Se distingue entre la fase interna y externa del delito. A la primera etapa se le acuñó la ideación, deliberación y resolución; mientras que a la segunda se le achacaron los actos preparativos y de ejecución.

Desde el prisma de la teoría causal, esto es, desde una perspectiva científico-naturalística se hace pasar todo hecho modificador del mundo exterior por el tamiz de las leyes de las “ciencias exactas” con el objeto de dar respuesta al porqué se produjeron esos sucesos y cuáles razones, por el contrario, no pueden explicarlos.

El positivismo jurídico supo sacar provecho entre los siglos XVIII y XIX de ese halo de las leyes físicas y de la naturaleza para posicionarse como la escuela del derecho penal que mejor cumplía los principios de justicia e igualdad.

Empero como bien reza el coro de una bella melodía: “*todo llega a su final*”¹⁵, fue al interior de la mismísimas “ciencias exactas” que la certidumbre pasó a cuestionarse con la teoría de la relativización. Y una vez erosionados los cimientos, los pilares o los fundamentos de los dogmas sobre los que el causalismo (positivismo jurídico) fundaba la responsabilidad penal de los ciudadanos, el finalismo llegó a ofrecer sus respuestas. Como bien lo expresa CORCOY BIDASOLO:

«el “conocimiento del desconocimiento de las leyes físicas” que subsiste pese a los grandes avances científicos, o mejor debido a ello, supuso la crisis del positivismo jurídico y, de ello se derivó así mismo, que el derecho penal pusiera en duda la validez de la relación causal, entendida como nexo naturalístico entre conducta y resultado, como fundamento de atribución de responsabilidad»¹⁶.

El finalismo, por su parte, deslumbraba a quienes le conocen. Y cómo no hacerlo si la piedra de toque de esta teoría

¹⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=sFg-GLEGySI>

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Imputación objetiva y principio de lesividad”, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal Número 1. Noviembre de 2011. Fuente de consulta: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>

consistió en señalar que la acción debía considerársele siempre con una finalidad. Ese dato, esa novedad en el planteamiento de Welzel nos citó a dar un giro copernicano.

De repente al hombre se le humanizó, si se me permite usar ese vocativo para significar que al destinatario de la norma penal se le reconoció como un ser racional al tiempo que sensible a los infortunios, en contraposición y en abandono de la tesis bio-logicista del delincuente nato o, incluso, sobre las que lograron identificar al delincuente como “el desviado” o “el degenerado”¹⁷.

Acción sólo sería aquel actuar consciente en función de un resultado propuesto voluntariamente; *ergo*, el resultado debía ser el exigido por el tipo penal, que ya no el meramente naturalístico.

Ese concepto de acción- final trascendió a cada uno de los elementos del delito que heredó de causalismo, esto es: la tipicidad, la antijurídica, la culpabilidad haciéndolos variar en su contenido. Verbigracia, a la categoría de tipicidad se trasladó el dolo (conocimiento y voluntad) y la culpa (imprudencia), que se les analizaba en la sede o casilla de la culpabilidad, quedando en ésta última prenombrada el elemento que se denomina “conocimiento de la antijuridicidad”, en la cual, a su vez, se analizaba el desvalor de acción y el desvalor de resultado, de allí que al dolo en la tipicidad se le denomine: dolo avalorado.

Retornando a la precitada decisión de la Corte de 1985, relevante es precisar que tuvo dos aclaraciones de voto¹⁸, los

¹⁷ En Europa los criminólogos y psiquiatras con teorías bio-logicista u organicista, centradas en la herencia y en la constitución física y psicológica del delincuente, elaboraban test mentales para medir la inteligencia y otros rasgos de la personalidad los prisioneros. Una vez realizadas estas medidas se contrastaban con la media de la población considerada normal y se estudiaban “*las desviaciones*” a la media. Sin que podamos olvidar que el concepto de degeneración, el cual hunde sus raíces en la obra del psiquiatra francés Morel, reenvía a las patologías de la herencia.

¹⁸ Así, por ejemplo, uno de los togados en su aclaración de voto afirmó: “*Y es que la finalidad del Derecho Penal es la de tratar de combatir el delito, castigándolo, previniéndolo, y resocializando a quienes han delinquido. Por eso el Código Penal en su artículo 12 dice: “La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”. Las normas penales*

cuales nos permiten entrever que el debate librado entre los adeptos al causalismo y al finalismo en realidad no era más que una falacia de oposición, mediante la cual se reflejó los altos grados de insatisfacción que suele generarse cuando ninguna de las teorías del derecho penal logra colmar los intrincados interrogantes que se formulaban ante las instancias judiciales y la impunidad gana todas las partidas al lograr poner en jaque la dogmática penal que hasta ese momento se conocía o, al menos, la que aceptábamos conocer, máxime cuando en un juego de “egos” todos, salvo uno, son perdedores.

Podría decirse, incluso, que esa efervescencia se disipó desde sus comienzos, y que de la referida disputa nadie se acuerda actualmente, salvo quienes desean revivirla para enfrentar a las escuelas del derecho penal que estén en boga.

Así, entonces, en la actualidad la pregunta que se formula es si la legislación penal vigente (Ley 599 de 2000) tiene una marcada tendencia al finalismo o al funcionalismo. ¡Empero que la verdad sea dicha! Se trata de una pregunta sugestiva, pues quien formula el interrogante de antemano ha logrado establecer si el togado o el juez que profirió una decisión con

deben, por consiguiente, interpretarse en función de estas metas, y de los medios que en cada caso es necesario emplear para alcanzarlas, lo que implica una permanente referencia a la realidad concreta para definir tanto la naturaleza de los fenómenos regulados, como el contenido empírico de los fines y de los medios, según las condiciones témpora- espaciales en que ellos se dan. Desde el punto de vista de los hechos, éstos no pueden considerarse como abstracciones normativas sino como realidades concretas: El delito es un comportamiento humano que se da dentro de circunstancias de tiempo, modo y lugar, y por ciertos motivos, que es necesario conocer para poder juzgarlo. Desde el punto de vista de los fines, su contenido va cambiando con el desarrollo progresivo de los pueblos: El ideal de justicia de finales del siglo pasado, cuando se definió nuestra actual estructura jurídica, estaba cargado de connotaciones individualistas propias de la época, mientras que el de hoy está fincado fundamentalmente en un cúmulo de reivindicaciones sociales. Desde el punto de vista de los medios, hay que juzgar cada norma como un instrumento cuya adecuación al fin varía según las distintas condiciones de tiempo, modo y lugar en que se vaya a aplicar: La privación de la libertad puede ser un mecanismo eficaz para lograr la represión del delito cuando se trata de delincuentes que actúan sin ninguna restricción social o económica que los conduzca a ello, pero puede ser absolutamente contraproducente cuándo se trata de personas que sólo encuentran en el delito el único medio que la sociedad les ha dejado para atender a su subsistencia.”

la que está en desacuerdo es adepto a alguna de esas teorías, para arrojarle a éstas los desaciertos en que se haya incurrido en esa providencia, cuando en sana lógica todos sabemos, al menos así lo pensamos “*a puerta cerrada*”¹⁹ o “*de dientes para adentro*”, que los principios doctrinales *per se* no conducen a una respuesta correcta o cierta (léase, que se compadezca con la realidad o la verdad de los hechos objeto de investigación penal), toda vez que éstos sólo pueden ser validados en la práctica por un buen intérprete, dado que no son más que dogmas que buscan racionalizar y objetivar esa realidad que el funcionario judicial con gran esfuerzo desea aprehender (léase, agarrar, asir o coger), reconstruir como si tratara de armar unas piezas de un rompecabezas, hacerla comprensible y, entonces, aprenderla por medios de los sentidos. Empero, de esto hablaré con mayor detalle en el ítem siguiente (punto 2) de este ensayo.

La dinámica bélica y violenta en que se desarrolla la realidad cotidiana en Colombia ha logrado imponer que la judicatura realice su labor a marcha forzada. Jamás desde el interior de la rama judicial se nos ha permitido reflexionar y sopesar los beneficios ni, menos aún, los perjuicios de implantar modelos jurídicos foráneos al ordenamiento normativo interno.

Ergo, la jurisprudencia de Colombia ha terminado naturalizando los postulados tanto del causalismo como del finalismo, casi al mismo tiempo, que los del funcionalismo, sin mayor análisis y distinción entre uno y otro.

Al punto que suele observarse la aplicación simultánea en sentencias y en autos de los postulados de las prenombradas teorías del derecho penal, sin importar que sus planteamientos sean contradictorios, excluyentes o, peor, aun si se les yuxtapone. Como quien se atiborra de platillos exquisitos, mezclando bondadosas porciones de uno y otro en su boca, los deglute sin deleitar y distinguir cada uno de los sabores, porque poco o nada le importa morir indigestado.

¹⁹ Dicho popular colombiano.

Esto es, parafraseando a Gabriel García Márquez, una “*crónica de una muerte anunciada*” a la dogmática penal que podríamos llegar a entender, si acaso, en “*cien años de soledad*”, es decir, en una lógica Macondiana. Y aun así, resulta incompresible para quien nació y creció en “Zona Roja”, que fue el rotulo que se le dio al departamento del Huila por décadas por la presencia de las FARC, los grupos paramilitares y el narcotráfico; tres grupos armados al margen de la ley disputándose la hegemonía de 19890 kilómetros cuadrados de que conforman el “pasillo de la droga”²⁰, con efectos devastadores para la población civil. Desde el secuestro, masacre, homicidio y tortura del político adinerado, del profesor de universidad pública con “ideas de izquierda”, hasta el hurto de gallinas al campesino paupérrimo, sin contar los “falsos positivos” (homicidio y desaparición forzada), los delitos sexuales y los ilícitos que generaron daños irreparables (deforestación y contaminación de las aguas por voladuras de

²⁰ El departamento del Huila está ubicado al sur de Colombia, sobre la cordillera de los Andes. Es un territorio que a más de ser boscoso, es una tierra fértil para el cultivo de la hoja de coca y amapola. Dos factores que facilitaron a la “columna móvil Teófilo Forero de las FARC” ocultarse de las autoridades del Estado de Colombia por décadas e ingresar en una cadena de producción y comercialización de cocaína y de sustancias derivadas, V.gr. bazuco, luego de que el “auto-abastecimiento” (léase, extorsión y hurto al gamonal o cacique o campesino) no les resultó suficiente. El tercer factor, por el que bien podría recibir la denominación de “pasillo de la droga” es la privilegiada posición geográfica del departamento del Huila, toda vez que al oeste colinda con los departamentos de Nariño y Putumayo, los cuales conectan con Ecuador y Perú. Mientras aquel país es bien conocido por el benévolo tratamiento punitivo a “las mulas de las drogas” (al respecto ver: www.elcomercio.com/actualidad/correa-indulto-mulas-droga-sentencias.html), de éste (Perú) se sabe actúa como puerto o conexión para el tráfico de estupefacientes hacia oriente y, finalmente, a Europa. Agréguese, que el departamento del Huila al este limita con Caquetá, que fue el territorio designado como “zona de distensión” por el gobierno de Andrés Pastrana en el año de 1998 al 2002 para significar que la Fuerza Pública (Policía Nacional y Ejército de Colombia) no operaría allí mientras se adelantaban los diálogos de Paz con las FARC. Esa decisión gubernamental permitió se exacerbaban todas acciones delictivas anteriormente descritas en la prenombrada entidad territorial, incluido el secuestro extorsivo, homicidio, tortura y otras acciones delictivas que se realizaban en perímetro opita (huilense), a sabiendas de que iban a quedar impunes porque se dificultaría su persecución al huir a la zona de distensión. Ver al respecto: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-684002>

oleoductos²¹) a los recursos naturales de esa “*tierra linda que mi vio nacer*”²², como dice la canción “*Al Sur*” del compositor Jorge Villamil.

Retornado al tema objeto de análisis en el presente ensayo, necesario es precisar que entre la décadas de los setentas (70’s) y noventas (90’s), al interior de las universidades públicas y privadas de Medellín y Bogotá D.C. comenzaron a adoctrinarse a un grupo reducido de jóvenes estudiantes en los postulados de las escuelas del derecho penal alemán, entre éstas, por supuesto, ya se contaba el funcionalismo, gracias a los aportes de las enseñanzas de los maestros José Nodier Agudelo Bentancur y Fernando Velásquez Velásquez.

“*El concepto jurídico penal de acción*”²³ de la teoría de imputación objetiva empezó a ganar adeptos por su capacidad de restringir normativamente el tipo penal, al plantear, verbigracia:

«la representación subjetiva del resultado sólo es relevante en el plano de la comunicación si está basada en un esquema de interpretación comunicativamente relevante... Este esquema de interpretación comunicativamente relevante al que me refiero no es un mero derivado de la relación de causalidad y de la finalidad. De ningún modo se le atribuye a un ser humano como su toma de postura o como su expresión de sentido todos los cursos derivados de un comportamiento, sean finales, se hayan previsto o fuesen previsibles. Al contrario, esa atribución sólo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante (...) De la densa e inabarcable red de condiciones de un suceso, el esquema social de interpretación destaca – de no ser así no podría aportar nada a la orientación en el ámbito de la interacciones- ciertas relaciones como

²¹ “Los ríos que las FARC pintaron de Negro”, publicado por Resistencia democrática, ver en: www.resistenciavivildemocratica.org/terrorismo/terror15jun.php

²² <https://www.youtube.com/watch?v=EN1iqWOFIU>

²³ JAKOBS G, *El concepto jurídico penal de acción*, Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996. ISBN 958-616-232, página 26.

determinantes, mientras que... en el ámbito jurídico penal, esto significa lo siguiente: esa causa no genera un riesgo desaprobado.²⁴ (Subrayas fuera del texto original).

Una década después, las disquisiciones académicas respecto al precitado postulado de la teoría de la imputación objetiva que se desarrollaban en las aulas de clase se trasladaron a la jurisprudencia, pues los jóvenes estudiantes de aquel entonces ya habían crecido, ahora litigaban ante las altas Cortes y apelaban porque las respuestas a las problemáticas que formulaban se concedieran en clave del funcionalismo, en esa jerga que le es tan propia a esta doctrina.

1.1. La historia de cólera antes de la expedición de la Ley 599 de 2000

La década final del siglo XX, tal como lo reseñaba en el preámbulo de este ítem, estuvo marcada por un escalamiento de la violencia de tres actores: guerrilla, autodefensas, narcotráfico, los cuales elevaron de manera exponencial (a la enésima potencia) la apertura de causas judiciales, lo cual, como es lógico, generó una congestión superlativa del sistema judicial.

Podría decirse que nos “venía a bien” otro filtro, que requiéramos de otra válvula de escape. Incluso ese vocativo fue acuñado por el mismísimo GÜNTHER JAKOBS al afirmar lo siguiente:

«la imputación objetiva elimina a modo de filtro todos aquellos comportamientos que no perturban socialmente... lo que queda es lo que crea riesgos no permitidos, esto es, lo que causa un lesión de la vigencia de la norma en caso de concurrir evitabilidad y culpabilidad... en el marco del concepto de acción que aquí se defiende, únicamente son relevantes actos que responden a unas determinadas características. Desde el punto de vista del

²⁴ JAKOBS G, El concepto jurídico penal de acción, Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996. ISBN 958-616-232, página 26.

Derecho Penal, la acción siempre y en todo caso sólo es algo socialmente inadecuado»²⁵

Ahora, al comenzar el nuevo siglo, con el funcionalismo debía auscultarse si se trata de un comportamiento jurídico-penalmente desaprobado aquel hecho denunciado que, aparentemente, revestían las características de un delito de cara a la descripción típica prevista en la legislación penal.

Verbigracia, tratándose de una conducta desplegada por un ciudadano bajo los presupuestos de una *legítima defensa*, en manera alguna, bajo el prisma del funcionalismo, se justifica desgatar a la administración de justicia adelantándole una investigación al autor de tal comportamiento jurídicamente aprobado por la legislación penal desde antaño, menos aún requiriéndose su preclusión ante el juez de conocimiento, pues se trata de un comportamiento que se imputa positivamente, por tanto ese evento se haría merecedor de una orden de archivo por atipicidad. Empero, el análisis detallado de este tópico lo difiero al siguiente ítem (al punto segundo del presente ensayo).

Dicho de otro modo, Colombia codiciaba un nuevo sistema de selección (léase, filtro) para adelantar la persecución penal de ciertos comportamientos, pues resultaba un imposible hacerlo respecto de todos los hechos que se denunciaban. Eso justamente fue lo que nos ofreció la teoría de la imputación objetiva: un nuevo filtro, cuyos componentes suelen esbozarse en sede de tipicidad así: (i) creación de un riesgo típico (riesgo desaprobado). Es decir, de aquellos que se describen y se desean evitar desaprobando en los tipos penales; (ii) relación de riesgo. Esto es, que el riesgo creado sea el mismo que explica el resultado y; (iii) que el resultado esté cubierto por el fin de protección de la norma.

Y es que en la teoría de la imputación objetiva, para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta se

²⁵ JAKOBS G, El concepto jurídico penal de acción, Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996. ISBN 958-616-232, página 50.

requiere, además de la relación de causalidad, que la misma haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en el resultado, entendido este último en un sentido normativo y no exclusivamente naturalístico.

En síntesis, el ingreso de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de Colombia estuvo marcado por un ambiente colérico, convulsionado por la violencia y sobresaturado por la apertura de gran cantidad de investigaciones de hechos que no revestían las características de un delito.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en principio, aplicó los principios de esa doctrina para resolver una constelación de casos de delitos imprudentes y, posteriormente, a eventos de conductas dolosas²⁶.

Al respecto, resulta ilustrativo la consideración consignada en SP17436-2015 lo siguiente:

«la teoría de la imputación objetiva, entendida como el método que permite establecer el “núcleo de la acción penalmente relevante”, es aplicable tanto al delito imprudente como a conductas dolosas, aun cuando *prima facie* se le relacione con aquel, debido principalmente a que el primero de sus elementos, valga decir, la creación de riesgos jurídicamente desaprobados “se la asimila frecuentemente a un concepto que como el deber de cuidado fue originalmente ideado como requisito propio del delito imprudente”»

Así, entonces, tenemos que algunos casos de homicidio imprudentes que habían tenido lugar en quirófanos fueron los que permitieron despuntar en el derecho pretoriano colombiano conceptos tales como: (i) principio de confianza, (ii) riesgo jurídicamente desaprobado, en oposición al riesgo permitido, esto es, el que está dentro de los límites de la *lex artis*.

²⁶ El concepto de infracción/violación del deber objetivo de cuidado es un requisito que también es propio de los delitos dolosos, solo que en éstos (delito doloso) con frecuencia es tan claro y evidente aquel (infracción objetivo de cuidado), que rara vez los sujetos procesales (Fiscalía, Defensa, Víctima, Juez) se detienen a verificar si el comportamiento comporta un riesgo jurídicamente desaprobado.

La sentencia proferida el 24 de octubre de 1995 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia fue una de las primeras en las que se aplicó el concepto de riesgo permitido. En esa oportunidad se analizaron los siguientes presupuestos fácticos:

Paciente de 30 años de edad, que se aquejaba de dolencias estomacales, remitida interconsulta especializada al médico gastroenterólogo, quien al observa en una ecografía la presencia de un tumor en el hígado, programó una biopsia incisional guiada por laparoscopia, maniobra fue abortada antes de poder tomar una muestra del tejido afectado al presentarse «vascularización». Ante la imposibilidad de la biopsia incisional, el médico especialista decidió operar al día siguiente, con el fin de extraer o “resecionar” el tejido patogenizado, intervención que empezó en horas de la mañana. Apenas fue escindido el tumor y cuando empezaba a suturar, se origina una gran hemorragia que privó al corazón del volumen necesario de sangre (hipovolemia), lo cual generó el correspondiente paro cardíaco que ocasionó la muerte a la paciente, no obstante los esfuerzos que se hicieron para reanimarla, fallecimiento que ocurrió aproximadamente a la nueve de la mañana de aquel día.

En el fallo se reliega, lo siguiente:

«El gastroenterólogo resolvió realizar la referida operación sin la obtención, especialmente, de una arteriografía o angiografía, examen de rigor en casos como el que se acaba de narrar y que permite establecer el mapa de la irrigación sanguínea en el área objeto de intervención.»²⁷

Y en la parte considerativa se dijo:

«Si lo programado como se insiste fue una biopsia, no ha debido llegarse a la resección tumoral sin el consentimiento del paciente, y sin las cautelas médicas previas que indica la *lex artis*. Con el procedimiento

²⁷ CSJ, SP 24 de octubre de 1995, radicado 9651.

contrario, sin duda, se incurre en la creación de un riesgo no autorizado por el paciente, para el cual, además, no se contaría con la preparación del intervenido, ni la del campo de acción quirúrgica»²⁸

Habría de destacarse de la precitada decisión que los postulados de la teoría de la imputación objetiva no fueron aplicados para resolver vacíos probatorios o falencias procesales.

Es decir, en ese caso no se trató de sustituir la causalidad, *entendida aquí desde su perspectiva procesal como prueba de los hechos que son objeto de la acusación*²⁹, por los conceptos de riesgo jurídicamente desaprobado y principio de confianza.

Igualmente, es de relieves que ese caso versó sobre el tipo penal de homicidio culposo, esto es, un delito de resultado. Al respecto, huelga recordar que en el funcionalismo, al menos en su tesis mayoritaria, suele separarse la categoría la causalidad y la imputación, salvo cuando el análisis se hace versar sobre los delitos de resultado.

Esa excepción tiene la siguiente explicación: la consumación de la acción punible es un presupuesto necesario para poder establecer si se ha realizado el resultado típico, por tanto, a la acción y al resultado no se les separa al momento de abordar el análisis del caso en particular porque es necesario que el resultado se le pueda imputar al autor como el producto de su comportamiento.

Ahora bien, ello en manera alguna puede significar que tras verificarse la relación de causalidad (nexo causal) entre una determinada conducta respecto al resultado tipificado se pueda acceder *per se* a tener por demostrada la responsabilidad penal (léase, vínculo normativo) del autor de ese comportamiento y, por tanto, que sólo bastara con definir si se trató de una acción culposa o dolosa. No, se itera, puede el dogmático jurídico

²⁸ Magistrado ponente: Fernando Arboleda Ripoll.

²⁹ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. "Imputación objetiva y principio de lesividad", Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal Número 1. Noviembre de 2011. Fuente de consulta: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>

penal del siglo XXI llegar a una resolución tan facilista como la planteada, menos aún de cara a los postulados del funcionalismo, con precisión, de la teoría de la imputación objetiva, pues ésta nos enseña que luego de verificarse el nexo causal entre una conducta humana y el resultado típico, verbigracia (lesiones personales), continua estando latente interrogarnos si aquella se trató de una acción jurídicamente desaprobada (riesgo no permitido) en ese contexto social; *ergo*, relevante para el derecho penal de esa comunidad, toda vez que las normas de conducta en que se basan las tipificaciones penales no se dirigen contra cualquier acción sino, en exclusiva, se persigue aquellas “*que no se encuentran en el marco del riesgo permitido o que sobrepasan la medida de dicho riesgo*”³⁰.

No obstante, debe reconocerse que no siempre se ha aplicado en la jurisprudencia de Colombia de manera atinada los postulados de la teoría de la imputación objetiva, ni menos aún de las teorías de la dogmática jurídico-penal que le antecedieron, esto es, del finalismo y causalismo.

Dentro de los desaciertos más evidentes se encuentra la sentencia del 10 de julio de 1997, radicado 9781, pues en ella se habla de con-causalidad al tiempo que de la teoría de la equivalencia de las condiciones, desconociéndose que ésta excluye aquella.

El epicentro del análisis se basó en la siguiente idea:

« El fenómeno de concurrencia de riesgos, o con-causalidad, ha sido uno de los temas más complejos a través de la dogmática jurídico penal. De acuerdo con dicha figura, en la realización del resultado intervienen varios cursos lesivos, los cuales pueden ser producto de la acción de un tercero o por la propia víctima, esto último en especial cuando infringe sus deberes de auto protección.

(...)

³⁰ LOPEZ DIAZ, CLAUDIA. “Introducción a la imputación objetiva”. Colección de estudios No. 5. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Página 23.

Si de conformidad con los lineamientos básicos de la teoría de la imputación objetiva —como viene de verse— o de otros esquemas dogmáticos bajo la óptica del instituto de la con-causalidad, en caso de confluir varios cursos lesivos del bien jurídico de un tercero la solución está orientada hacia la responsabilidad conjunta de los autores, no parece apropiada, en principio (...) En orden a establecer la conexidad entre el riesgo y el resultado producido, la teoría de la imputación objetiva ha diseñado mecanismos en la mayoría de las veces de gran utilidad para su determinación apelando a los denominados cursos causales hipotéticos, conforme a los cuales se asume que aún frente a un comportamiento diverso del autor la consecuencia en todo caso se hubiera producido, básicamente porque “un resultado no puede serle imputado al creador de un riesgo jurídicamente desaprobado si dicho resultado se hubiere producido incluso con una conducta diversa del autor”, problemática que conduce a confrontar esta situación con la inevitabilidad del resultado.» (Subrayas fuera del texto original).

Empecemos por señalar que la teoría *conditio sine qua non* (teoría de la equivalencia de las condiciones) no efectúa ninguna selección entre innumerables condiciones porque considera que todas ellas tienen idéntico valor. Esa es la razón por la que no puede hablarse de “con-causas”, en tanto que ninguna condición predomina sobre las restantes. De otra forma dicho, todas son igualmente causales.

Lo que si resulta apropiado bajo los principios de esa doctrina es reconocer la existencia de nuevo curso causal. Al respecto ROXIN nos dice:

«falta la relación causal cuando una cadena ya iniciada es sobrepasada por otra que le impide continuar actuando, y por lo tanto ya no se produce la relación determinante con el resultado»³¹.

³¹ Ibídem.

La tesis de la con-causalidad que se manejó en la precitada sentencia del 10 de julio de 1997, radicado 9781, se replicó en la sentencia del 2 de julio de 2008, radicación 28441, la que, a su vez, fue reiterada en los fallos de casación de 11 de mayo de 2005, radicación 22511; de 28 de octubre de 2009, radicación 32582; y, de 20 de mayo de 2003, radicación 16636, y de 27 de febrero de 2012, radicado 36854.

Cada una de esas referidas decisiones guarda en sí misma una incoherencia que solo puede advertirse cuando se comprende a cabalidad que la teoría de la equivalencia de las condiciones se caracteriza porque no puede hablarse de interrupción del curso causal, pues ni siquiera la irregularidad o extravagancia de un curso causal logra romper la relación condicional³².

En sentencia del 12 de noviembre de 1999, radicado 10776, esa falencia se trata de corregir. En esa oportunidad la Corte analizó el caso de dos primos hermanos que luego de una confrontación verbal, se propinaron lesiones con arma corto- punzante, quedado uno de ellos herido en *“el hemitórax izquierdo a nivel del sexto espacio intercostal, en línea medio clavicular, y la otra en el hemitórax derecho a nivel del octavo espacio intercostal, con línea medio axilar”*.

El herido ingresó inicialmente a un hospital, en el cual le dieron de alta unos días después; pero, en vista de la agravación del estado de salud del lesionado, sus familiares lo llevaron a otro centro de atención de servicios de salud pública, en el que fue intervenido quirúrgicamente, falleciendo tiempo después, *“como consecuencia de una sepsis secundaria a complicaciones de peritonitis y empiema que produjeron las heridas”*.

Al proceso penal fue vinculado el familiar del occiso (el primo), quien le propinó las heridas con arma corto-punzante a éste (la víctima), en calidad de autor de homicidio simple. Durante el curso del proceso se le acusó por ese mismo cargo

³² LOPEZ DIAZ, CLAUDIA. “Introducción a la imputación objetiva”. Colección de estudios No. 5. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Página 26.

en grado de tentativa, *“dado que la muerte de la víctima se produjo por una peritonitis que constituyó una concausa sobreviniente al mal manejo médico”*. El fallo de condena de primer y segundo nivel se profirió por *“el punible de homicidio simple, atenuando la culpabilidad por la ira.”*

La tesis mayoritaria de la Corte, en sede casacional, fue la siguiente:

«La condición de mortalidad ya estaba envuelta en la naturaleza misma de las lesiones ocasionadas, por ser penetrantes a tórax y haber comprometido el diafragma, y no apareció con el desarrollo fisiopatológico de las heridas, aunque éste indudablemente incrementó el riesgo de muerte. Esa potencialidad letal de las heridas desde el momento mismo de su irrogación, aparte de que afirma el nexo causal una vez constatada la muerte sin interferencias abruptas o extraordinarias de otros sucesos concurrentes o sobrevinientes (grave descuido técnico o incremento malicioso de las secuelas por la víctima o intervención dolosa de tercero), igualmente introduce el principio tutelar de la antijuridicidad material en el ámbito de la solución del caso, como límite a la simple causalidad, pues se exige de la conducta que per se dañe o ponga en peligro la vida como bien jurídico protegido, acorde con la idea regulativa de que la función de la norma penal es la tutela de importantes intereses jurídicos para mantener la coexistencia pacífica (art. 4° C. P.).

De igual manera, la previsibilidad por parte del sujeto del riesgo de muerte de quien es lesionado con tal magnitud y de las fallas corrientes en el diagnóstico y tratamiento posteriores de las heridas, así como la asunción voluntaria de lo que el individuo prevé, son manifestaciones existenciales de la exigencia del principio rector de la culpabilidad, otra limitación normativa a la mera causalidad»

El salvamento de voto a la precitada decisión es la de relieves en el presente trabajo al enfatizar en que *“la relación*

de causalidad no admite interrupción”, al tiempo que insinúa existió un nuevo curso causal que sobrepasó la relación causal ya iniciada. Precisó el magistrado disidente:

«Estimo, al contrario de la mayoría, que la conducta imputada no puede ser objeto de condena por el delito de homicidio pues sólo alcanzó el grado de tentativa. Las razones son las siguientes:

(...)

2. Del expediente se deduce que hubo heridas con el propósito de matar. Pero también que el lesionado, luego de ello, fue atendido, salió de la clínica u hospital con vida y que su deceso se produjo posteriormente. De esta sola circunstancia, de cara al expediente, emana que (...) hirió, lesionó a (...), y que él no le causó la muerte.

3. En la sentencia de casación, con fiel reflejo del expediente, se leen unas afirmaciones; y, de cuño ya de la Sala, se hacen otras.

(...)

De lo escrito anteriormente se extrae una afirmación indiscutible: la víctima fue herida por arma cortopunzante. Fue examinada y cuidada médicamente. Pero no lo suficiente pues bajo la convicción de que ya todo había pasado, fue dada de alta y días después devino su muerte. Y se ha establecido, y se ha aceptado por la Sala, que el médico ha debido ser más cuidadoso, que si lo hubiera sido, hasta se habría salvado la vida de don (...) y que el galeno omitió un mayor cuidado.

Es fácil entonces concluir que la muerte ocurrió no por el comportamiento de (...) sino por la conducta médica, concomitante y subsiguiente al momento de la atención por parte del experto, con independencia de que se tratara de heridas “esencialmente mortales” o “simplemente mortales” pues que, en cuanto al primer tipo, se sabe que no lo eran; y en cuanto a la segunda clase, siendo idóneas pero remediabiles respecto de un fatal desenlace, en este asunto parcialmente fueron soportadas y luego olvidadas. Así, el nexo causal determinante se predica

no del autor de las heridas sino de quien hizo dejación del cuidado debido y, por tanto, en relación con aquel se rompe el vínculo causal. Así las cosas, [el aquí acusado] debería responder por lo que hizo, es decir, herir con dolo homicida, para una tentativa de homicidio porque hasta allí llegó “su” causalidad. Lo demás, el suceso final lamentable, no atribuible a él, no se le puede imputar y, por consiguiente, se imponía casar la sentencia.»³³ (Subrayas fuera del texto original).

La diferencia entre la tesis esbozada por el togado que salvó el voto y la mayoritaria adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia es tan elemental que se puede sintetizar así: La teoría de la imputación objetiva no debe asimilársela a la de la causalidad, con el propósito perverso de suplir o sustituir las falencias probatorias de ésta con los postulados de aquella; empero, menos aún debe contraponérselas.

Obsérvese como en la argumentación ofrecida en el salvamento de voto, en primer orden, se adelanta un análisis de los presupuestos fácticos de la acusación que contaban con fundamento probatorio y, por tanto, se desestimó (léase, se dejó sin valor) aquellos que carecían de soporte suasorio; para luego si, en un segundo nivel de estudio, aplicarse los postulados de la imputación objetiva.

En otras palabras, solo una vez el togado logró establecer la causalidad, entendida aquí como la prueba de los hechos que son objeto de la acusación, es que se procedió aplicar el principio de riesgo permitido y del principio de confianza, no a la inversa, como ocurrió en la tesis adoptada por la sala mayoritaria de la Corte.

Y ya para el año 2010, en sentencia del 28 de julio de ese año, radicado 33116, se logra advertir la evolución jurisprudencial respecto a la teoría pluricitada señalándose lo siguiente:

³³ Magistrado ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

«3) Si bien es cierto que la causalidad (en tanto ley, fenómeno empírico o hecho natural) ha sido cuestionada desde los albores del siglo XX en razón del desarrollo del conocimiento científico (tanto en el ámbito de las partículas subatómicas -física cuántica- como en el del cosmos -teoría de la relatividad), también lo es que ello no ha sido obstáculo para que, en la vida cotidiana, su importancia continúe vigente. Por el contrario, constituye el primer paso, necesario mas no suficiente, para efectos de atribuir el resultado previsto en el tipo como obra o consecuencia de la conducta de determinada persona.

(...)

Lo anterior implica que no toda afectación a un bien jurídico causada por el comportamiento humano tiene repercusiones penales.

(...)

En este orden de ideas, la imputación al tipo objetivo tan sólo se configura cuando, establecida la relación de causalidad, es viable predicar en el sujeto agente (i) la creación de un peligro para el objeto de la acción que sea jurídicamente desaprobado y (ii) la realización de dicho riesgo en el resultado obtenido.»

Ahora bien, es importante precisar que a finales de la década de los noventa (90's) la jurisprudencia en Colombia también aplicó los conceptos de riesgo permitido y principio de confianza al abordar el análisis de delitos contra la administración pública cometidos por servidores públicos, donde el problema jurídico se hacía versar sobre si la conducta punible se había adelantado en la modalidad dolosa o imprudente.

Así, por ejemplo, en la sentencia del 16 de septiembre de 1997, radicado 12655, se soslayó el estudio de los alcances o límites de esos conceptos de la teoría de la imputación (principio de confianza), forzándose a la dogmática jurídico penal para remediar las falencias probatorias y ofrecer como resultado la aplicación del tipo penal más benigno, esto es, el de peculado imprudente (culposo).

Una docena de fallos más incluyeron los referidos conceptos de la imputación objetiva antes de comenzar el nuevo siglo, gran parte de ellos, por no decir la totalidad, referidos a conductas punibles imprudentes en el ejercicio de la profesión médica en los cuales se replicaron las consideraciones expuestas en la precitadas sentencias.

1.2. La historia de cólera después de la expedición del nuevo código penal

¿Y qué paso con la cita que nos había hecho el funcionalismo para que nos re-normativizáramos? Pues, bien, la cumplió el legislador en el año 2000.

Tal como lo señalé en ítem precedente, la orientación funcionalista nos citó a re-pensarnos, mejor aún, a re-normativizarnos, pues bajo esa perspectiva no es posible elaborar categorías dogmáticas con base a elementos pre-jurídicos, lo cual nos llevó a dar otro giro copernicano, cuyos efectos se volcaron en la legislación penal.

Podría decirse que para comienzos del siglo XXI se reinició la partida, teniendo el Estado como as bajo la manga: el aporte de la academia. Se expidieron dos nuevas legislaciones: el código penal (Ley 599 de 2000) y el código procesal penal (Ley 600 de 2000), las cuales se constituyeron en la apuesta más grande que el legislativo hacían para ganarle el juego a la impunidad.

En la parte general del Código Penal, Ley 599 de 2000, se ingresaron las nociones de “posición de garante”, “fuente de riesgo” y otras, así:

Artículo 9 Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Artículo 25: *Acción y omisión*. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Si la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, de conformidad con el mandato legal precitado (artículo 9 del Código Penal), entonces es importante interrogarnos ¿Qué más consideró el legislador se requiere? Parafraseando a MOLINA ARRUBLA³⁴, es necesario verificar el cumplimiento de los postulados de la imputación objetiva para hablar de la existencia de tipicidad objetiva- subjetiva³⁵.

³⁴ MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. Funcionalismo e imputación objetiva en el derecho penal. Editorial Leyer, 2010.

³⁵ Aquí es importante recordar que la teoría de la imputación objetiva requiere se constate la parte subjetiva del tipo penal. Echando mano de una metáfora, imaginémonos por un instante que estamos ante una escalera con _ peldaños. Para acceder al primer escalón debo "*probar positivamente, con una probabilidad rayana en la certeza cuál ha sido el devenir de los hechos*" (causalidad), atendiendo ya sea las estadísticas, las leyes de la ciencias naturales o, incluso, las sociales. Una vez se cuenta con hechos racionalmente probados, es posible ingresar al

La nueva legislación penal parecía enviar un mensaje optimista, esperanzador para quienes acudían a la vía del Derecho con el objeto de resolver sus conflictos, en cuanto a que debían continuar propendiendo por la vigencia de norma, independientemente del concepto subjetivo de justicia que cada sujeto procesal (Fiscal, Juez, Defensor, Víctima) tuviese.

Puesto que *«A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta ha de mantenerse (contra-fácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona. Ejemplo: Se encierra al malhechor para poner de manifiesto lo incorrecto de su conducta.»* (JAKOBS-1995, p. 10)

Así, entonces, se abrió una especie “brecha”. Se nos invitó a tomar distancia respecto a la dogmática ontologicista, y empezar a observar a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (como elementos de la teoría del delito) conforme con los fines y las funciones que cumple el derecho en la sociedad³⁶

segundo escalón denominado: “presupuesto de imputación”, en el cual se trata de determinar si se ha creado un riesgo jurídico-penalmente relevante como consecuencia de una conducta humana o si no se ha controlado un riesgo existiendo el deber de hacerlo, de forma que equivalga a su creación. Se trata de un juicio no meramente subjetivo, pues en este análisis se indagan los conocimientos que el sujeto agente tenía respecto del riesgo que estaba creando con su conducta, para lograr determinar si creó un riesgo doloso o imprudente.

³⁶ «El contenido y la función de la pena no se puede configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (p.ej. en guerra) empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia (p.ej. intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, las miras de la paz interna (p.ej. evitando penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia). Por lo que se refiere a la comprensión del sentido del orden, de ésta depende que se entienda a la pena, p. ej. Desde la teoría de conflictos, como medio de lucha de la clase dominante o, en general, de grupos dominantes en la sociedad, o como medio de defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas (o intempestivas), que hieran la espada de la superioridad guiada según ideas religiosas, o que el autor sea castigado por su propia voluntad, porque también él es parte del contrato social. (...) La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa

Cobramos conciencia de que el péndulo de la historia del derecho penal se había desplazado del ontologismo al normativismo, esto es, “*de un concepto de imputación basado en criterios empíricos (teoría causal de la acción) hasta llegar a un concepto fundamentado normativamente (teoría de la imputación objetiva)*”³⁷.

Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del 26 de junio de 2013, radicado 38904, pues en ella la Corte Suprema de Justicia de Colombia consignó la siguiente consideración:

«De acuerdo con la evolución doctrinaria y jurisprudencial del delito imprudente, lo esencial de la culpa no reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, superando así aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad —teoría de la equivalencia, conditio sine qua non, causalidad adecuada, relevancia típica—, sino en el desvalor de la acción por él realizada, signado por la contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando en aquella, en la acción, se concrete, por un nexo de causalidad o determinación, el resultado típico, es decir, el desvalor del resultado, que estuvo en condiciones de conocer y prever el sujeto activo.

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su

siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma (por “a costa de” se entiende en este contexto la pérdida de un bien. Se trata de un problema normativo: de la asignación a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación» JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995. Página 8.

³⁷ LOPEZ DIAZ, CLAUDIA. “Introducción a la imputación objetiva”. Colección de estudios No. 5. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Página 19.

comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

Lo anterior significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post, el resultado que se produjo, puede ser imputado al comportamiento del procesado.

En otras palabras, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post.

En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva integra varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido, los cuales también han tenido acogida en la jurisprudencia de la Sala :

No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”.

Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una “acción a propio riesgo”, o una “auto puesta en peligro dolosa”.

(...)

En cambio, “por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”.

Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta «cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño.

Se extrae de esta cita que, más allá del solo nexo de causalidad entre la acción y el resultado, la atribución de responsabilidad en grado de culpa demanda que el comportamiento imprudente del sujeto activo de la infracción se despliegue creando o extendiendo un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado —en relación con las normas de cuidado o reglas de conducta— y necesariamente se concrete en la producción del resultado típico, lesivo de un bien jurídico protegido.

Esto, teniendo en cuenta que en vigencia de la Ley 599 de 2000 (artículo 9º), “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

En el nuevo siglo, los casos que fueron objeto de análisis ya no se limitaron a lesiones personales y homicidios culposos acaecidos en accidentes de tránsito o en los quirófanos, pues cada vez con mayor solvencia argumentativa se aplicaba a delitos contra la administración pública, las sentencias de: (i) el 19 de octubre de 2006, radicado 22354; (ii) el 28 de septiembre de 2006, radicado 24031; (iii) el 18 de enero de 2015, radicado 47100, en las cuales se estudió la conducta delictiva de peculado con el objeto de determinar si debía atribuirse en grado de culpa o dolo, replicaron la función pedagógica que cumplió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia del 30 de junio de 2004, radicado 21770, de la cual cabe resaltar la siguiente consideración:

«De otra parte, las teorías sobre la causalidad y la imputación jurídica del resultado no son ajenas a las decisiones de la Corte, y en ese sentido los libelistas pasan por alto que:

“... antes y después de la vigencia de la ley 599 de 2000, han existido pronunciamientos de la sala en punto de la causalidad y como ella no basta por si sola para la imputación jurídica del resultado, en tanto que establecida la causación material del resultado, resulta imperativo por mandato legal, entender que la imputación no podrá ser simplemente causal sino que esta debe ser jurídica, en tanto se requiere tener como fuente para establecerla, la prohibición típica, a la cual se impone igualmente fijarle su sentido, el cual no podrá ser abstracto sino tener en cuenta su objeto de protección, esto es el bien jurídico que con la misma se pretende tutelar y bajo tal sustento determinar si la acción objeto de análisis corresponde a la prohibida, es decir si con ella se ha puesto en peligro o vulnerado el bien jurídico protegido, lo cual exige recurrir a criterios valorativo normativos que jurídico socialmente confronten la conducta en cuestión dentro del alcance típico del supuesto de hecho.”³⁸»

³⁸ CSJ, SP 27 de mayo 2003, radicado 19988

Ahora bien, bosquejado el grado evolución al que supuestamente había llegado la jurisprudencia de Colombia en la implementación de una teoría de la imputación objetiva, solo me resta señalar que fue el concepto de posición de garante el que ha hecho virar en más de una ocasión la tesis mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, al sustituirse con éste las falencias probatorias de la Fiscalía respecto al grado de conocimiento con el que contaba el acusado (sujeto agente) al momento de adelantar su conducta

Así, por ejemplo, tenemos que en sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 32964, la Corte por primera vez avaló la aplicación del dolo eventual en el delito de homicidio ocurrido en el tráfico automotor, pues antes de la referida fecha se le calificaba sin dubitación alguna como un comportamiento culposos (culpa con representación). En esa oportunidad se analizaron los siguientes supuestos fácticos:

Promediando las 22 y 23 horas del miércoles 22 de agosto de 2007, RSSR, piloto de profesión, con 24 años de edad en ese entonces, asistió a una fiesta de cumpleaños en el domicilio de su amiga, ubicado éste en un lugar residencial de la ciudad de Bogotá D.C, a donde llegó conduciendo la camioneta Toyota Prado gris, lugar en el cual permaneció hasta las 4 horas del jueves 23 de agosto ingiriendo licor en considerable cantidad. En el parqueadero donde había dejado estacionado su vehículo, fumó un cigarrillo de marihuana, luego de lo cual emprendió su camino tomando la avenida 19, en sentido norte- sur, sucediendo que a la altura de la calle 116, la cual atravesó con exceso de velocidad, sin obedecer la luz roja del semáforo que le imponía detener la marcha, y sin realizar maniobra alguna para esquivar el obstáculo que tenía ante sí, colisionó de manera violenta con la camioneta Nissan que se desplazaba a velocidad reglamentaria en dirección occidente- oriente por la referida calle 116, arrastrándola por varios metros, al punto de derrumbar tres postes ubicados sobre el separador y causar la muerte instantánea de sus dos ocupantes.

Antes de citar lo considerado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, aceptemos que la distinción entre dolo eventual y culpa con representación ni siquiera para la doctrina ha sido fácil, pues la línea divisoria es “bastante delgada”, empero no invisible, toda vez que ambas formas de responsabilidad parten de una estructura común, esto es, que el autor: (i) no desea el resultado y (ii) reconoce la posibilidad de que este último se produzca. Sin embargo, esa proximidad se fractura en cuanto en la primera el sujeto confía en que el resultado no se produzca, pero en el eventual se deja librada al azar la producción o no del resultado (artículo 22 de la Ley 599 de 2000).

Entre las varias teorías formuladas por la doctrina para superar ese escollo, la jurisprudencia de Colombia seleccionó las siguientes dos: (i) La del consenso o consentimiento, conforme a la cual el elemento distintivo es la aprobación interior de la realización del resultado, esto es, que al autor consiente en la posibilidad del resultado; y (ii) La de la probabilidad, en la cual se verifica la representación que el autor se haya hecho del resultado advertido, por ende, habrá dolo eventual “cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado” y culpa con representación o consciente si la posibilidad del resultado “reconocida por el autor era muy lejana.

Hecha tal precisión, veamos como el concepto de posición de garante fue aplicado para suplir las falencias probatorias. La Corte se vale de dos circunstancias probadas: (i) la experiencia profesional del autor de la conducta como piloto de aeronaves, y (ii) la ingesta de sustancias de alucinógenos para estructurar una verdadera falacia de petición de principio, referida al grado de conocimiento con el que actuó el sujeto agente, el que, es importante resaltar, el Tribunal de instancia, había enlistado como “hecho probado”, así:

«El tribunal declaro probados los siguientes hechos relevantes:

1. Que el procesado RSSR es piloto de aeronaves comerciales y que de su proyecto de formación hizo parte una

materia denominada “Programa de Prevención de Alcohol y Drogas”.

2. Que en su hoja de vida como conductor de vehículos reporta varias órdenes de comparendo, entre las que se cuentan algunas por conductas peligrosas, como manejar a una velocidad superior a la permitida.

(...)

4. Que esa noche ingirió bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes. Los análisis de alcoholemia arrojaron un grado de concentración en la sangre de 181 mililitros por ciento, y los de toxicología resultados positivos para cannabis.

5. Que al abordar el vehículo se hallaba en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y que cuando lo hizo estaba orientado y en capacidad de percibir la realidad.

6. Que al abandonar la casa de su novia tomó la avenida 19 hacia el sur y que en la intersección de la avenida calle 116 hizo el cruce encontrándose el semáforo en rojo y a una velocidad que oscilaba entre 65 y 97 kilómetros hora.

7. Que al cruzar la avenida calle 116 chocó violentamente contra una camioneta Nissan que se movilizaba de occidente a oriente por la referida arteria, causando la muerte de sus dos ocupantes.

8. Que momentos antes del impacto estuvo cerca de chocar un taxi que transitaba delante de la camioneta impactada, el cual, al llegar a la intersección de la carrera 19, giró a la izquierda, en contravía, para tomar la calle 116 en sentido contrario (de oriente a occidente).

9. Que cuando el taxista hizo el giro prohibido la camioneta del procesado se hallaba a una distancia de entre 54 y 80 metros.

10. Que el taxista se bajó del vehículo y se dirigió al lugar del accidente, bajó al procesado de la camioneta que conducía, y que al interpellarlo por lo ocurrido le

respondía con frases sin sentido, como tranquilo, que no ha pasado nada, soy hijo de Uribe; y,

11. Que en el lugar de los hechos no se hallaron huellas de frenada. »

Las sentencias del 16 de diciembre de 2015, radicado 45008 y del 25 de mayo de 2015, radicado 45329, replicaron esa errada forma de aplicar la teoría de la imputación objetiva para sustituir la prueba de los hechos objeto de la acusación, con violación a los principios de in dubio pro reo.

1.3. El principio de lesividad

¿Qué se entiende por bien jurídico? Sin importar el concepto que se tenga de bien jurídico, aceptemos que éste ha cumplido una función de garantía para los ciudadanos, en cuanto a través de él pretendemos explicarles las razones del por qué el Estado se encuentra facultado para intervenir en sus vidas, en su esfera privada.

El principio de lesividad también se reafirma según el concepto que tengamos del bien jurídico, pues la intervención punitiva cobra sentido (léase, se legitima) si de protegerle (bien jurídico) se trata y su afectación efectiva es un criterio de referencia material para predicar un comportamiento como antijurídico³⁹, además de ser un límite al momento de la atribución de responsabilidad.

Y es ahí, justamente allí, anidando el concepto del principio de lesividad es donde cobra sentido interrogarnos si los fundamentos de algunas tipificaciones penales han quedado invalidadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías, por el reconocimiento de nuevos derechos o porque le hemos dado otro contenido a los ya categorizados como derechos fundamentales.

Por ejemplo, basta con observar los efectos que se han suscitado con la preminencia que la Corte Constitucional de

³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Control Social y Sistema penal, Bogotá, Temis, 2012, p. 237. 4

Colombia decidió darle a los derechos a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en la sentencia C-221 de 1994, al declarar inexecutable la norma⁴⁰ que penalizaban las conductas *–llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir–* dirigidas al consumo de «la definida legalmente» como «dosis personal»

Cada vez es más difícil (desde ese fallo hasta la fecha actual, me refiero) ofrecer una razón, un argumento que satisfaga la intervención estatal en la esfera privada del ciudadano, del destinatario último de la norma penal, pues la sola referencia a la peligrosidad abstracta de la conducta, sin poderse verificar en últimas la afectación que ella aparea para el bien jurídico, resulta insatisfactoria para cualquier conocedor de la lógica jurídica y el respetuoso de la dogmática penal.

Los esfuerzos por ocultar las sin razones nacionales, salvo la de proteger los intereses de la comunidad extranjera, la que se nos convirtió en un hábito, mejor aún, en un patrimonio cultural desde la época de la colonia, pueden evidenciarse en las sentencias de la Corte Constitucional: C-689 de 2002⁴¹, C-574, C-882 de 2011 y C-491 de 2012; así como, en los siguientes fallos de la Corte Suprema de Justicia: SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725.

Los malabarismos están a la orden del día. Algunas de las justificaciones plasmadas en las sentencias de casación del 11 de julio de 2017 y 11 de abril de 2018, SP9916-2017 y SP606-2018, radicados 44997 y 47680, respectivamente, van desde el recurso pedagógico de señalarnos dónde se encuentra la norma

⁴⁰ Ley 30 de 1986

⁴¹ La Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.

que contiene la descripción del delito (tipo penal)⁴², pasando a invitarnos a “descubrir” el elemento subjetivo “implícito” en el tipo penal, hasta llegar a “enseñarnos” que por vía jurisprudencial es posible crear un nuevo verbo rector (porte con fines de venta). Eso de por sí ya nos da una vasta idea del irrespeto que le tenemos al principio de tipicidad.

En ese fallo se reconoce ese alto grado de dificultad al afirmar:

«Problemático ha resultado siempre en materia jurisprudencial la determinación del ámbito de lo prohibido en la regulación de la norma del artículo 376 del Código Penal, lo que ha girado alrededor del concepto de dosis permitida para el consumo personal y del principio de lesividad como factor de protección del bien jurídico de la salud pública tutelado por el legislador»

Y luego de evocar fallos de la Corte Constitucional y de auto-citarse concluye:

«resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita

(...)

⁴² La Corte Suprema de justicia, luego de hacer un rastreo jurisprudencial nos indica que en la sentencia C-491 de 2012 la Corte Constitucional de Colombia declaró ajustado al texto superior (constitución Política de Colombia) la norma actual del código penal (Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 de la Ley 599 de 2000) y que *«razon[ó] de paso que la supresión de la expresión “salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986.*

Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector *llevar consigo*–, ha consolidado las siguientes tesis:

a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es–, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.

Si tan solo la jurisprudencia aceptara los rendimientos que ofrece aplicar el principio de lesividad a esta constelación de eventos, no tendríamos que forzar respuestas desde la parte subjetiva del tipo penal, en tanto éstas se podrían dar en sede de tipicidad objetiva, sin tener que exclamar con tristeza: ¡*réquiem* por la dogmática penal!

Corolario de lo anteriormente expuesto y a manera de conclusión parcial, el filtro que el funcionalismo nos ofreció con la teoría de la imputación objetiva, me refiero con ésta a todas los conceptos de acción jurídico penalmente desaprobada, riesgo

no permitido, principio de confianza, posición de garante, etc., generó receptividad en la jurisprudencia de Colombia, en tanto se le observó como una herramienta lógica- argumentativa para construir respuestas satisfactorias a las problemáticas jurídicas que brotaban en nuestra caótica realidad.

Dicho de otro modo, el funcionalismo nos ha permitido ganarle la partida a la irracionalidad más que a la impunidad misma. Y por irracional me refiero a la respuesta emotiva dada sin fundamento alguno, a la solución visceral, a la intuitiva, a la que proviene del “palpito” o se le atribuye a la “visita” de cierta divinidad o ser celestial en la mente de los togados.

Empero, ni esa escuela del derecho penal, así como ninguna de las que le antecedieron, logran salvarnos de las sin- razones (emociones viscerales, criterios morales o subjetivos) por las que la jurisprudencia opta por aplicar indebidamente las categoría de la dogmática jurídico-penal.

2. La dogmática penal de cara al sistema acusatorio

En estrecha conexión con los lineamientos trazados en acápite anterior sobre la imputación objetiva, es del caso precisar que con la implementación del sistema acusatorio en Colombia se propugnó por activar mecanismos o herramientas procesales que permitieran descongestionar la administración de justicia, entre los cuales se cuenta: la orden de archivo por “*atipicidad objetiva*”⁴³, la preclusión de la investigación por atipicidad (objetiva y subjetiva), los preacuerdos y el principio de oportunidad.

En el año 2002, esto es, tan sólo dos años después de haberse expedido un “*Nuevo Código Procesal Penal: Ley 600*

⁴³ En los siguientes términos se desarrolló esa regla en la Ley 906 de 2004: ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación./Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

de 2000", el legislador colombiano empezó a gestar la forma, literalmente, para lograr remediar la crisis que afrontaba la administración de justicia por sus altos niveles de congestión o represamiento de proceso penales sin resolución judicial.

Mediante Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 en el ordenamiento jurídico colombiano ingresó el esquema procesal con tendencia acusatoria.

El principal motivo para cambiar el modelo procesal en el 2002 radicó en la crisis de la administración judicial por el represamiento de causas penales que prescribían. Entonces, se pensó en un modelo que incentivara las alternativas al conflicto, de tal manera que por esas vías se procesaran la mayoría de casos penales y se le pusiera coto a los efectos del expansionismo del derecho penal (en contraposición al *derecho penal mínimo*, a la última ratio), otro mal que nos aqueja por el manejo inadecuado de los principios de la dogmática jurídico penal con el interés más ruin que es la de abarcar una constelación de casos que son propios del derecho administrativo o, en su defecto, del policivo, pues sus protagonistas son congresistas, gobernadores, alcaldes, en últimas políticos a quienes sus opositores desean truncarles sus postulaciones a cargos de elección popular.

Empero, no nos llamemos a engaños, la aplicación exitosa de cada una de las nuevas figuras procesales prenombradas depende del buen intérprete de quien haga uso adecuado de los principios de la dogmática jurídico penal y, porqué no reconocerlo, fueron dispuestas para acoplarse y complementarse con los réditos que ofrece la teoría de la imputación objetiva, en tanto ésta actúa como un filtro para desestimar ejercer la acción penal⁴⁴ respecto a centenares de hechos denunciados

⁴⁴ La acción penal solo se activará en aquellos eventos en que se constate o verifique que los hechos denunciados *revisten las características de un delito* o, mejor aún, cuando la conducta denunciada se adecua a alguno de los comportamientos descritos en la legislación penal sustantiva y, por tanto, es típica objetivamente, ver al respecto: CSJ, AP 336 -2017, radicado 48759.

que no revisten las características de un delito (art. 250 de la Constitución Política de Colombia de 1991)⁴⁵.

Por tanto, con la nueva o la vieja legislación procesal penal se habría podido obtener la finalidad tan deseada de descongestionar la administración de justicia, pues basta con que las partes procesales (Fiscalía y defensa), los intervinientes (Víctima y Ministerio Público) y el juez respetara la dogmática jurídico penal, en cualesquiera de las distintas escuelas del derecho penal con la que se sienta complacido de exponer su teoría del caso o la hipótesis de los hechos objeto de investigación que de conformidad a las evidencias o a las pruebas practicadas en el juicio oral se logró reconstruir, respectivamente.

Con la implementación del nuevo esquema procesal con tendencia acusatoria mutó el concepto de «acción penal»⁴⁶ que se tenía en el sistema de corte inquisitivo anterior; variación que, a su vez, exigía una mayor formación académica del personal que integra a la Fiscalía General de la Nación, en tanto éstos funcionarios públicos serían los primeros receptores y analíticos de los hechos objeto de denuncia.

⁴⁵ En cuanto a la orden de archivo por atipicidad podemos señalar que el artículo 250 de la Constitución Nacional prevé: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

⁴⁶ «El fundamento de... dos posiciones antagónicas... reside en la consideración de si sólo hay acción penal cuando se está frente a la posibilidad de un hecho delictivo pero no cuando la investigación demuestra que ha existido conducta punible bien sea porque no se ha ejecutado ningún comportamiento o porque el investigado no pueda subsumirse en una norma penal. O bien la acción penal es independiente de esa situación y persiste aun en el caso de que se demuestre el extremo planteado en último término. La cuestión solo puede resolverse al establecer la naturaleza de la acción penal. Sobre este particular se han enunciado dos tesis principales: una que la considera manifestación de la pretensión punitiva del Estado, es decir, como un derecho de éste a sancionar los delitos y que se vincula necesariamente a la existencia de un ilícito penal.

Y otra, que la estima independiente de la pretensión punitiva y encaminada sólo a poner en movimiento la función jurisdicción del Estado con miras a obtener de las autoridades correspondientes un pronunciamiento en cualquier sentido.» (Subrayas fuera del texto principal). CSJ, AP 17 mayo 2007, radicado 24374, reiterada en AP336-2017, radicado 48759.

Para la muestra un botón! Tuve la fortuna de cursar en el año 2009 la especialización de procesal penal en la Universidad Externado de Colombia con un grupo de agentes de la Policía Nacional y de la Fiscalía General de la Nación, precisamente, porque el interés para aquel entonces, era adoctrinarnos en las herramientas que nos permitieran poner en funcionamiento todas aquellas válvulas de escape, si se me permite la metáfora, que nos condujeran a descongestionar los despachos judiciales de conductas que no eran jurídico- penalmente relevantes, siendo una de las materias obligadas a cursar la que se denominaba: Teoría de la imputación objetiva. Aplicando, por ejemplo, “El concepto jurídico penal de acción”, de JAKOBS⁴⁷, a partir del cual sólo sería objeto de persecución penal quien haya creado un riesgo jurídico desaprobado.

Respecto ese tópico resulta ilustrativo el análisis de los siguientes elementos fácticos:

Un día sábado a las 14 horas y 30 minutos, aproximadamente, Arturito⁴⁸, un Fiscal Especializado de la unidad de Justicia y Paz, se transportaba en un vehículo de su propiedad, en compañía de su novia, ocupante del puesto delantero derecho, de su mamá y sus hermanos, quienes se encontraban en el asiento trasero. Mientras esperaban el cambio de luz del semáforo de una calle de la ciudad de Medellín (Antioquía), fueron interceptados por dos personas que se movilizaban en motocicleta: MOSCÚ⁴⁹, quien se ubicó al costado derecho del vehículo y alias “muelas”, por el izquierdo. MOSCÚ de manera intempestiva, desde su rodante de placas LCX 440B, desenfundó un arma tipo revolver, color plateado, y desde la ventana entreabierta del “copiloto” apuntó a los ocupantes de la camioneta. Frente a este escenario, el Fiscal Especializado

⁴⁷ JAKOBS G, El concepto jurídico penal de acción, Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996. ISBN 958-616-232, página 26.

⁴⁸ Se modifica el nombre del indiciado para garantizar sus derechos, entre ellos, el derecho a la autodeterminación informativa, en su versión del derecho al olvido.

⁴⁹ Ejusdem.

reaccionó inmediatamente y disparó contra el referido agresor, quien recibió el impacto de bala en el cuello que derivó en la pérdida de la sensibilidad y movilidad en sus extremidades; mientras que alias “*muelas*” abandonó el lugar al ver la acción defensiva del investigado.

Los reseñados hechos fueron objeto de análisis por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en auto del 7 de marzo de 2018 (AP979-2018), radicado 50095, accediéndose a la preclusión de la investigación adelantada a Arturito, reconociéndosele haber actuado en legítima defensa, expresando las siguientes razones:

«La situación fáctica en este proceso no ofrece dificultad, toda vez que el video allegado por el ente acusador, así como las declaraciones de las personas mencionadas en esta decisión, revelan que una camioneta se movilizaba a baja velocidad, por vía pública, momentos antes de detenerse al tiempo con todos los automotores que transitaban en la misma calle./ Detenido el tráfico, dos motociclistas, de forma coordinada, desde atrás se acercan por cada lado, y cuando el reloj de la cámara registra las 14:22:49, el motorizado ubicado por el lado derecho introduce un arma por la ventana del pasajero de adelante y transcurrido un segundo (14:22:50) de manera abrupta, el agresor cae sobre el costado del vehículo del agredido, con ocasión de un disparo que hizo éste. /Los hechos así expuestos y que no han sido cuestionados por nadie, sin duda ponen de presente que quien reaccionó lo hizo dentro del marco de la causal excluyente de responsabilidad postulada por el Fiscal. La persona que resultó lesionada, en la entrevista allegada por la Fiscalía admite que su compañero de delito “*muelas*” eligió al hombre que manejaba la referida camioneta para quitarle la cadena de oro y la “*joyería*” que llevaba; así mismo, describió que su función en el plan criminal era apuntarle al conductor con el arma de fuego; en términos precisos narró: “*yo le llegué al carro como habíamos quedado, yo le pelé el mentiroso, no digo nada y fue cuando sentí el disparo*”. También aceptó que la persona a atacar era al

conductor, pues se desconocía si había acompañantes dentro del carro, ya que el vehículo tenía en sus ventanas “*un nivel polarizado 2 o sea muy oscuro*”.

La circunstancia de esgrimir un arma para intimidar a una persona y sobre esa base buscar doblegarla para hacerla víctima de una conducta punible, actualiza el ataque a que se refiere la eximente, además que ubica al sujeto que ejecuta ese comportamiento en situación de injusticia, y no permite considerar algo diferente al afectado de hallarse frente a un acto violento, con la inminencia de materializarse desde el punto de vista físico, ante lo cual le es lícito reaccionar, que fue justamente lo que hizo el indiciado, de modo que se satisfacen los requisitos de injusticia y actualidad.

Que después se haya determinado que el instrumento utilizado por el agresor no correspondía a un arma de fuego, sino a una imitación, tal circunstancia no desnaturaliza la legítima defensa, como quiera que no es dable exigir a quien reacciona que establezca primero la condición del arma con la cual se busca intimidarlo y dentro de ese contexto decida si ejecuta un acto de repulsa o no, toda vez que es claro que las circunstancias apremiantes del momento no son las apropiadas para llevar a cabo procesos de reflexión de esa índole.

(...)

Entonces, sopesados los argumentos expuestos por los intervinientes y confrontados con los acontecimientos reflejados en el video, así como las entrevistas rendidas por los testigos; para la Sala no hay duda que el procesado actuó bajo la figura jurídica de la legítima defensa objetiva, no como lo sostuvo el apoderado de la víctima que aquí se configuraría una defensa subjetiva, que es un típico caso de error, pues del contexto de los hechos se aprecia cabalmente que el mencionado no se imaginó o supuso que era objeto de una agresión, sino que esta existió.”»

Evidente es que la Corte aceptó que la acción del indiciado, esto es, el actuar del Fiscal Especializado se encontraba

“justificada” por tratarse de una legítima defensa, haciendo uso en algunos momentos de los postulados de la teoría de la imputación objetiva para desestimar la respuesta que los impugnantes (Ministerio Público y víctima) solicitaba se les diera desde el finalismo, referida ésta a reconocer un error de tipo permisivo (error de prohibición indirecto), esto es, que aquel había incurrido en un error sobre los presupuestos fácticos de la causal justificante de la legítima defensa, al desconocer que se le había intimidado con un arma de fuego.

Evidente es que desde los postulados de la imputación objetiva la respuesta a esa problemática hubiese sido disímil, bajo el entendido que el comportamiento del indiciado (Fiscal Especializado) se trataba de una acción jurídicamente aprobada por el derecho penal. La imputación del resultado lesivo causado a quien resolvió desenfundar un arma de fuego, si acaso, era positiva. Por tanto, estaríamos hablando no de un comportamiento justificado, de un caso a resolverse en sede de antijuridicidad, sino de una acción o atipicidad objetiva. Huelga recordar aquí lo manifestado por JAKOBS:

«la imputación objetiva elimina a modo de filtro todos aquellos comportamientos que no perturban socialmente, también aquello que pueda imputarse positivamente: no es esta la imputación de la que aquí se trata. Lo que queda es lo que crea riesgos no permitidos, esto es, lo que causa una lesión de la vigencia de la norma en caso de concurrir inevitabilidad y culpabilidad... A diferencia de lo que ocurría con el concepto de acción de Welzel, que por ser ajeno a la sociedad (aunque no fuese voluntario ese desligamiento) también abarcaba cualesquiera actos finales, en el marco del concepto de acción que aquí se defiende, únicamente son relevantes actos que responden a unas determinadas características. Desde el punto de vista del Derecho Penal, la acción siempre y en todo caso sólo es algo socialmente inadecuado»⁵⁰

⁵⁰ JAKOBS G, El concepto jurídico penal de acción, Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996. ISBN 958-616-232, página 50.

Causa desazón que la jurisprudencia soslaye adelantar el análisis de los postulados de la teoría del derecho penal en que funda su respuesta, esto es, la del funcionalismo, descendiendo al peldaño de la antijuridicidad para reconocer la causal justificante de la legítima de defensa, desestimando la configuración de la defensa putativa alegada por los apelantes, cuando debió concluir que era atípica la conducta del indiciado al aplicar el concepto de “acción socialmente adecuada” o de “riesgo jurídicamente aprobado”.

La Corte no dio respuesta satisfactoria a las apelaciones de los intervinientes en esa indagación penal, pues, reitero, no se les señaló porqué se desestimaban los fundamentos que éstos invocaban, referidos a reconocer un error de tipo permisivo. Y, quizás, por no decir como un hecho cierto, que si le pudiera interrogar a la Corte las razones por las que guardó silencio al respecto, probablemente la respuesta sería que no requería dar tales explicaciones porque al fin y al cabo la respuesta por la vía del finalismo o del funcionalismo conducían a tener: el comportamiento como justificado.

Empero, lo cierto es que esa clase de decisiones terminan convidándonos a deslizarnos en terrenos pantanosos de una aguda ceguera jurídica que en manera alguna contribuye a mejor la imagen de una administración de justicia imparcial y transparente, pero sobre todo garantista de podernos ofrecer seguridad jurídica.

También se han venido dando palos de ciego en el tema de los allanamientos a cargos y los preacuerdos. Así, incluso, en sentencia del 27 de septiembre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia lo aceptó.

La necesidad de que la jurisprudencia aborde el análisis de los problemas jurídicos que se le plantean basándose en unos principios de la dogmática jurídico penal en concreto evita la arbitrariedad, el capricho y, al mismo tiempo, ratifica lo que bien nos señala VERGARA, al decir:

«La dogmática no es un simple y singular ejercicio de gimnasia intelectual; sino un sistema ordenado de pasos para solucionar casos de la forma más racional y coherente posible, alejando las decisiones judiciales en esta área, del arbitrio del operador judicial. Desde Feuerbach y Von Liszt, este ha sido el anhelo de la ciencia del derecho penal»⁵¹.

3. La dogmática penal de cara a la justicia transicional

– En el 2003, el gobierno de turno (Álvaro Uribe Vélez) y los principales dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) suscriben un acuerdo, en el cual 30 mil miembros de esa organización armada y sus comandantes se comprometieron a cesar sus “operaciones bélicas” a cambio de que se les sometiese a un procedimiento de “*alternatividad penal*”, en el que, a la postre, se les impondría una pena simbólica (ocho años de privación de la libertad intra-mural) hasta lograr su resocialización.

– Para el año 2005, el congreso de la República y el gobierno promulgan y sancionan, respectivamente, la Ley 975, dispositivo normativo al que se le denominó “Ley de justicia y paz”, al promover un proceso de desmovilización masiva de grupos ilegales alzados en armas, principalmente de las AUC.

– 13 de mayo de 2008. Algunos comandantes de las AUC desmovilizados fueron extraditados a U.S.A. La decisión del gobierno de permitir su extradición se basaba en el argumento de que estos seguían delinquiriendo desde las cárceles.

– En el 2009, el número de desmovilizados llegó ascender a 50.000, unos 32.500 de las autodefensas, 15.000 de las FARC y 2.500 del ELN.

– El 24 de agosto de 2016 los representantes del Estado de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC- suscribieron un documento intitulado: “*El acuerdo final*”

⁵¹ VERGARA SALGADO, GUSTAVO. “El tratamiento del error de tipo permisivo en la legislación penal colombiana”, tesis de maestría. Universidad Externado de Colombia. 2017, pág. 10.

para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

La sentencia del 23 de febrero de 2010⁵², proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia de Colombia, con la cual se puso fin al proceso penal que se le adelantó al congresista ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO es quizás la que mejor ilustra la aplicación de los postulados de la imputación objetiva a esta clase de hechos ocurridos en el entramado que previamente reseñé, al aludir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, toda vez que se trataba nada más que del co-fundador del grupo de las Autodefensas Unidas de Colombia “*Frente Héroes de los Montes de María*”, el cual operaba en el departamento de Sucre con una estructura de jerarquía en la que los altos mandos diseñaban las conductas delictivas a realizar y sus subordinados las ejecutaban.

Entre el 9 y 16 de octubre de 2000 esa agrupación paramilitar perpetró múltiples homicidios y desplazamiento forzado en el municipio de Carmen de Bolívar, específicamente, contra los pobladores de Macayepo.

Empecemos por señalar que hasta antes de esa decisión, la jurisprudencia había mantenido una tesis en la que, pacíficamente, se distinguía entre el sujeto agente que intervenía como determinador y el que actuaba como autor mediato, básicamente, porque éste último actuaba a través de ejecutores materiales que no estaban en posición de decidir si realizaban la conducta típica porque sus “*roles como ejecutores materiales habían sido impuestos por el autor mediato*” y “*no eran conscientes de la real dimensión de sus roles*”⁵³.

⁵² Huelga aclarar que la referida sentencia condenatoria proferida contra GARCÍA ROMERO se ha anunciado va ser objeto de revisión por la Justicia Especial para la Paz, pues así lo petitionó el sentenciado, razón por la cual la ubiqué en este ítem, aguardando el pronunciamiento oficial de dicho cuerpo colegiado.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España, Doctrina. Revista Penal México, núm 1. Enero-junio de 2011.

Como bien atina a señalarlo MUÑOZ CONDE “*esa renuncia de la Corte Suprema de Colombia en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*” fue superada, al menos parcialmente, en esa decisión, al tenerse en cuenta los siguientes dos factores:

“Las instrucciones impartidas por los comandantes de más alto rango del grupo resultaban bastante detalladas, y la discrecionalidad para ponerlas en marcha por los comandantes desplegados en el terreno y los miembros del grupo de bajo rango, fue muy limitada.

Las numerosas reuniones y las continuas comunicaciones vía radial y telefónica entabladas entre los comandantes de más alto rango del grupo y sus comandantes desplegados en el terreno permitió a los primeros mantener un estricto dominio y control sobre el desarrollo de las operaciones del grupo”.

Y se dice “parcialmente” porque en esa misma sentencia la Corte declaró penalmente responsable al procesado GARCÍA ROMERO por el homicidio de GEORGINA NARVAEZ, pero en calidad de determinador, aun contándose con los mismos factores probatorios anteriormente reseñados.

Resulta oportuno replicar la misma crítica que hice en el ítem anterior, en cuanto a que la jurisprudencia no tuvo reparo alguno en aplicar la figura de determinación y de autor mediato, sin un argumento sólido o coherente, más allá de que la respuesta punitiva consagrada en la legislación penal era la misma, toda vez que en los artículos 29 y 30 se le asigna a aquel y a éste la misma pena.

Ley 599 de 2000:

ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

ARTICULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

Una vez más se sacrificó los principios de la dogmática jurídico- penal para hacer prevalecer los criterios morales de los togados, pretextándose que no habría diferencia alguna en una y otra teoría, en cuanto a que el monto punitivo a imputarle sería el mismo, lo cual resulta una justificación más endeble o frágil aún para aducirse ante la justicia transicional, por no decir negativamente ejemplificadora para los servidores públicos que han de proferir las decisiones en estos tribunales especiales, pues tanto a los paramilitares como los miembros de la FARC que se acogieron a los procesos de paz el Presidente de turno les garantizó la aplicación de una pena simbólica, la cual asciende tan solo a 8 y 5 años de prisión, respectivamente.

Entonces ¿Debe entenderse que en estos casos no deben desgastarse el intérprete y el operador jurídico (los magistrados)

en verificar cuál fue el grado de participación del exparamilitar o del exguerrillero en las masacres, tortura, desplazamiento forzado y otras conductas delictivas, porque resulta inane hacer la diferenciación y distinción porque, al fin y al cabo, la pena será la misma? Por supuesto que la respuesta a ese interrogante debe de ser negativa, pues en manera alguna podemos olvidar el mensaje simbólico que deseaba enviar ROXIN, el creador, justamente, de la teoría de los aparatos organizados de poder, la cual fue parcialmente aplicada por la jurisprudencia, quizás, porque no fue comprendida en su plenitud. Una vez más solo podría exclamarse: *“Réquiem por la dogmática penal”*.

4. Conclusiones

1. La jurisprudencia de Colombia fue receptiva a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, toda vez que actuaron como verdaderos filtros, contribuyendo a descongestionar la administración de justicia, toda vez que a partir de esa teoría se nos cita a auscultar si se trata de un comportamiento jurídico-penalmente desaprobado aquel hecho denunciado que, aparentemente, reviste las características de un delito de cara a la descripción típica prevista en la legislación penal.

2. La coherencia que el discurso del funcionalismo nos ofrece es, quizás, otra de las razones por la que la jurisprudencia colombiana se ha mostrado receptiva a la teoría de la imputación objetiva, en tanto que los conceptos que ésta postula se articulan como verdaderas herramientas lógicas- argumentativas, lo cual permite construir respuestas satisfactorias a las problemáticas jurídicas que brotaban en nuestra caótica realidad.

3. El funcionalismo nos ha permitido ganarle la partida a la irracionalidad más que a la impunidad misma. Y por irracional me refiero a la respuesta emotiva dada sin fundamento alguno, a la solución visceral, a la intuitiva, a la que proviene del “palpito” o se le atribuye a la “visita” de cierta divinidad o ser celestial en la mente de los togados.

4. No es cierto que el sistema penal acusatorio o la justicia transicional *per se* logren poner en jaque a la dogmática jurídico-penal sino que, por el contrario, incentivan al uso adecuado de cada uno de sus postulados o de los principios de cada doctrina o escuela del derecho penal. La ignorancia, la tozudez, la ceguera jurídica del intérprete de la ley sí han de aducirse o considerarse como verdaderas causas de que exclamemos con frecuencia: *réquiem por la dogmática penal*.

Debo señalar, como advertí en un principio, que en el presente trabajo me he limitado a reseñar unas cuantas heridas, pues el problema enunciado exige un estudio más detallado y profundo, toda vez que la muerte de la dogmática jurídico-penal que motiva este *réquiem* ha sido producto de un crimen pasional cometido con sevicia durante más de 100 años.

Bibliografía, fuentes WEB, y tabla de la jurisprudencia analizada

- RAFECAS, D. “El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de Derecho.” Editorial Didot, páginas 408 y 409.
- <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/643>
- <http://www.elcolombiano.com/colombia/la-toma-del-palacio-de-justicia-una-herida-sin-cerrar-AI3028417>
- NARANJO GIRALDO, GLORIA. <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-37.htm>
- <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-684002>
- “Los ríos que las FARC pintaron de Negro”, publicado por Resistencia democrática, ver en: www.resistenciavivildemocratica.org/terrorismo/terror15jun.php
- <https://www.youtube.com/watch?v=EN1iqWOFIU>
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Imputación objetiva y principio de lesividad”, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal Número 1. Noviembre de 2011. Fuente de consulta: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>

- ROXIN C, Derecho Penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Editorial Civitas S.A. 1997, página 207.
- JAKOBS G, El concepto jurídico penal de acción, Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996. ISBN 958-616-232, página 26.
- LOPEZ DIAZ, CLAUDIA. “Introducción a la imputación objetiva”. Colección de estudios No. 5. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
- SCHÜNEMANN, Bernd, Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, p. 73
- WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 97).
- SISCO, Luis P. La Defensa Justa. Librería “El Ateneo” Editorial. Buenos Aires, 1949.
- MUÑOZ CONDE, F. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España, Doctrina. Revista Penal México, núm 1. Enero-junio de 2011
- <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/las-polemicas-revelaciones-de-promotor-del-no-sobre-estrategia-en-el-plebiscito.html>, <https://www.elespectador.com/noticias/politica/cuestionable-estrategia-de-campana-del-no-articulo-658862>
- http://www.medicinalegal.gov.co/web/guest/noticias?p_p_id=com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_vLcVEedo8qgD&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_vLcVEedo8qgD_delta=7&p_r_p_resetCur=false&_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_vLcVEedo8qgD_cur=39
- <http://www.elcolombiano.com/colombia/muertes-por-el-conflicto-en-colombia-se-redujeron-medicina-legal-AB6892376>

Réquiem para la dogmática penal | Ana Carolina Molina Villar

SENTENCIA, radicado:	FECHA	Principal tema tratado
Sentencia	11 de noviembre de 1986	Causalismo Vs. Finalismo
9651	24 de octubre de 1995	Riesgo jurídicamente desaprobado. Lex artis.
9781	10 de julio de 1997	Con- causalidad
10776	12 de noviembre de 1999	Teoría de la equivalencia de las condiciones
33116	28 de julio de 2010	Teoría de la equivalencia de las condiciones
12655	16 de septiembre de 1997	Principio de confianza
32582	28 de octubre de 2009	Principio de confianza
38904	26 de julio de 2013	Principio de confianza
21770	30 de junio de 2004	Principio de confianza en Peculado culposo
24031	28 de septiembre de 2006	Principio de confianza en Peculado culposo
19988	27 de mayo de 2003	Delito contra la administración pública y Principio de confianza
47100	18 de enero de 2015	Delito contra la administración pública y Principio de confianza
12742	4 de abril de 2003	Principio de confianza
35899	5 de diciembre de 2011	Principio de confianza
16636	20 de mayo de 2003	Principio de confianza
32964	25 de agosto de 2010	Dolo eventual y culpa con representación. Posición de garante.
45008	15 de diciembre de 2015	Dolo eventual/ culpa con representación
45321	25 de mayo de 2015	Dolo eventual/ Culpa con representación
50095	7 de marzo de 2018	Legítima defensa/ defensa putativa
39831	27 de septiembre de 2017	Tipicidad en allanamiento a cargos y preacuerdos.
AP336-2017, rad.48759	25 de enero de 2017	Acción penal en el sistema acusatorio

La actividad discrecional de la Administración y la motivación del acto en el caso del empleo público en Tierra del Fuego

The Administration's discretionary activity and the motivation of his acts, in the Tierra del Fuego's public employment case

A atividade discricionária da Administração e a motivação do ato no caso de emprego público na Terra do Fogo

L'activité discrétionnaire de l'administration et la motivation de ses acts dans le cas d'emploi public dans la province de Tierra del Fuego

Zarina Eladia Ross | Universidad Austral

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 410-431

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e190>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5313-1651>

Recibido: 25/03/2018

Recibido con modificaciones: 02/07/2018

Aprobado: 20/07/2018

Resumen: En el presente trabajo realizo una recopilación de antecedentes jurisprudenciales, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego vinculados al ejercicio de la actividad discrecional de la Administración Pública y la exigencia del elemento motivación del acto administrativo, concretamente en lo que hace a la cancelación de la designación de agentes públicos en periodo de prueba y a la cancelación de agentes públicos en ejercicio de funciones jerárquicas designados en forma directa (sin concurso previo). Así comienzo dando conceptos de actividad discrecional y motivación, para luego analizar concretamente los antecedentes jurisprudenciales federales y locales.

Palabras claves: empleo público - discrecionalidad administrativa - motivación les y locales

Abstract: In this dissertation, I bring a compilation of the jurisprudencial precedents of the Supreme Court of the Nation and the High Court of Justice of Tierra del Fuego, related to the discretionary activity of the Public Administration and the exigency of the motivation of Administrative Acts, specifically in relation with the annulment of public agents' designation during their trial period, as well as that of public agents with hierarchical functions which were directly designated (with no previous contest). I begin by providing the concepts of "discretionary activity" and "motivation of the act", to then get to the analysis of the local and federal preced.

Key words: Public employment - Discretionary activity of the administration - motivationents

Resumo: No presente trabalho faço uma compilação de antecedentes jurisprudenciais, tanto do Supremo Tribunal de Justiça da Nação, como do Superior Tribunal de Justiça da Terra do Fogo, vinculados ao exercício da atividade discricionária da Administração Pública e à exigência do elemento motivação do ato administrativo, especificamente no que se refere ao cancelamento da designação de agentes públicos durante o período de experiência e ao corte de agentes públicos no exercício de funções hierárquicas designadas diretamente (sem concurso prévio). Por isso, começo dando conceitos de atividade e motivação discricionárias, para então analisar especificamente os antecedentes jurisprudenciais federais e locais.

Palavras-chave: emprego publico - discricionariedade - administrativa - motivação

Résumé: Dans cette travail, je fais une compilation de la jurisprudence du Haute Court de la Nation et Haute Tribunal de Justice de la Province de Tierra del Fuego, par rapport à l'activité discrétionnaire de l'Etat et l'obligation de motiver ses décisions administratives, en particulier sur l'annulation des désignations des agents publics dans période d'essai ou désignés de manière directe (sans concours). Je commence par donner le concept d'activité discrétionnaire, et motivation des actes, pour après analyser la jurisprudence fédéral et local.

Mot-clés: emploi public - pouvoir discrétionnaire de l'administration - motivation des actes

1. Introducción

El presente trabajo surge como la lógica consecuencia de uno anterior donde con una colega hubimos de realizar un análisis de la jurisprudencia de Tierra del Fuego con relación al dictamen jurídico previo. Así y en el afán de seguir investigando sobre los criterios esgrimidos por el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en diferentes materias vinculadas al derecho administrativo, es que en esta oportunidad me animo a abordar el desarrollo del elemento motivación del acto administrativo, y cómo éste fue empezando a tomar mayor relevancia cuando hablamos de aquéllos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales. Concretamente abordaré el tema desde los fallos vinculados al empleo público.

2. Discrecionalidad. Concepto

A los fines de efectuar un correcto abordaje sobre el concepto de discrecionalidad, considero necesario remitirme al trabajo realizado por el Dr. Domingo Juan Sesin¹. Así, dicho autor expresa que la evolución de la discrecionalidad se divide en tres etapas que caracterizaron la vinculación gradual de la Administración a la juridicidad; en la primera de ellas existía una vinculación negativa a la ley, es decir que la Administración podía hacer todo aquello que la ley no prohibía; la segunda de ellas estaba definida por la vinculación positiva de la Administración a la ley, es decir que los organismos públicos nada podían hacer si no tenían sustento normativo, necesitaba de una norma expresa; la tercer etapa se caracteriza por la vinculación positiva de la Administración al orden jurídico, hoy la fuente de la discrecionalidad, dice el autor, no es la falta o ausencia de la ley, tampoco únicamente la norma previa, sino la unidad del orden jurídico conformada por la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho, estén o no

¹ Sesin, Domingo Juan. "Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial". 2da. Ed. Buenos Aires: Depalma. 2004 pág. 59/65.

en la Constitución. Creo, en lo personal, que especial atención habrá que poner también a aquellos tratados en materia de derechos humanos a los que la Constitución Nacional les reconoce jerarquía constitucional.²

El mismo autor entonces define a la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa, con el objeto de que a través de una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete, creativamente, el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas.³

Por su parte la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que: *“... se configura la discrecionalidad cuando un norma jurídica confiera a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de límites que imponen los principios generales del derecho...”*⁴

Es decir que, toda vez que la Administración es quien debe velar por la satisfacción del interés general, en determinadas ocasiones el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de elegir entre soluciones igualmente válidas para la concreción del mismo.

3. Motivación. Concepto

Por su parte, debemos considerar a la motivación dentro del elemento forma del acto administrativo, como la exteriorización

² CN artículo 75 inciso 22)

³ Comadira, Julio Rodolfo; Scola, Héctor Jorge; Comadira Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). “Curso de Derecho Administrativo” T. 1. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. Pág. 103.

⁴ Comadira, Julio Rodolfo. “La Actividad Discrecional de la Administración Pública. Justa medida de Control Judicial”. Buenos Aires. ED, 29/03/00 pág. 3 y 4.

de la causa y de la finalidad (artículo 7, inciso e) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y artículo 99 inciso e) de la Ley Provincial N° 141 de Tierra del Fuego).

La motivación del acto administrativo es obligatoria, ya sea que ésta surja del texto del acto administrativo (motivación contextual) o bien de sus antecedentes (motivación in aliunde), pero debe estar presente siempre previo a la emisión del acto, no siendo aceptable su integración posterior.⁵ La motivación adquiere especial relevancia en los casos en que la Administración ejerce su potestad discrecional.

4. La potestad discrecional de la Administración y la motivación del acto administrativo en el caso del empleo público en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El ejercicio de la potestad discrecional por parte de la Administración ha sido de especial tratamiento en el caso de actos administrativos vinculados al empleo público.

La Constitución Nacional establece que todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.⁶ En el caso del empleo público, establecer esa idoneidad es una facultad discrecional de la Administración, pues en definitiva es la encargada de garantizar el interés general de la ciudadanía, lo que no quita que para concretizar dicha facultad se utilicen mecanismos reglados, como ser los concursos públicos.

El concurso es un mecanismo mediante el cual se procura determinar a través del examen de antecedentes, pruebas de oposición y entrevistas personales, el mérito de los postulantes

⁵ Comadira, Julio Rodolfo; Scola, Héctor Jorge; Comadira Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). "Curso de Derecho Administrativo" T. 1. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. Pág. 404.

⁶ CN Artículo 16

o candidatos a un determinado puesto.⁷ Este tipo de mecanismo permite conocer, tanto a la Administración, como a los postulantes y a la comunidad en general que quien finalmente es designado para ocupar dicho cargo, es el más idóneo.

Vemos entonces que en el proceso de selección de un agente público, hay momentos discrecionales y otros reglados, pues establecer el perfil del agente que se requiere para ejercer una determinada función es el ejercicio de una facultad discrecional, sin embargo, el procedimiento por el cual se seleccionará a aquel se enmarca en lo que denominamos facultad reglada, por ello se dice que no existen actos administrativos puramente discrecionales o reglados.

Entiendo necesario realizar dicha aclaración pues en la actualidad, la relación de empleo público ha sido definida como una relación contractual⁸, y el contrato de empleo público es un contrato administrativo, siendo de aplicación al mismo los requisitos del artículo 7 de la LNPA y los requisitos del artículo 99 de la Ley Provincial N° 141. De esa forma, tanto el acto de designación en planta permanente o el acto de designación para ejercer un determinado cargo jerárquico, como el acto de cancelación de dichas designaciones, deberán reunir los requisitos que exigen las normas antes mencionadas.

En el presente trabajo, sólo haré referencia a los casos en que la Administración hubo de cancelar la designación de agentes estatales, ya sea en planta permanente o bien en el ejercicio de un cargo jerárquico.

⁷ García Pullés, Fernando. "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional: Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional aprobado por la ley 25.164 y reglamentación, comentados y anotados con remisión a los convenios colectivos de trabajo generales vigentes" 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

⁸ CSJN Fallos 323: 1566, "Guida". Dictámenes 93:109; 106: 295; 197: 127; 142: 317 y 197:127. STJTD "Sandez, Luis Gerardo c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo s/ Cuestión de Competencia", expediente N° 2301/10 sentencia de abril del 2010.

Un caso emblemático sobre la temática, donde la Corte Suprema hubo de expedirse fue la causa “Girardini de Brovelli”⁹ de fecha 01 de octubre de 1985.

La misma llegó a la decisión de la Corte en virtud del pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que había rechazado la demanda contencioso administrativa de nulidad de los actos que dispusieron su baja por “razones de servicio” en los términos de la ley local 7859, motivo por el cual la actora dedujo el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja. Del considerando 5° del fallo surge que: *“(…) por lo demás, las referencias de la actora acerca de que el acto de segregación del cargo obedeció a motivaciones de otra índole que las enunciadas en el decreto respectivo, no permiten tampoco una solución diversa, ya que no procede requerir de la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva incumbencia, en tanto no se desconozca la debida indemnización al agente prescindido (Fallos, t. 302, p. 1096 -Rep. LA LEY, t. XLII, A-I, p. 1001, sum. 70).”*

Nótese que aquí la Corte entendió que no correspondía requerir a la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva incumbencia. Se reconoce entonces una amplia discrecionalidad a la Administración, donde siquiera ésta se ve obligada a motivar los actos que emite, pudiendo alegar entonces, a los fines de dar de baja a un agente administrativo, simples razones de servicio sin necesidad de explicar concretamente cuáles serían aquellas.

Resulta interesante de dicho pronunciamiento la disidencia de los Dres. Belluscio y Bacqué, quienes dejan vislumbrar una posición más vinculada al ordenamiento jurídico entendido tal como lo expusieramos previamente, al señalar: *“3°) Que, en efecto, aun cuando la sola circunstancia de haber sido nombrada por concurso no pusiera a la recurrente al margen de las leyes de prescindibilidad -cuya validez constitucional*

⁹ CSJN Fallos 307:1858

no fue impugnada en la demanda-, debe entenderse que por provenir su nombramiento de un concurso hecho por la propia administración, en él había mediado una valoración de los antecedentes personales y un criterio selectivo de la idoneidad de los participantes, la mera invocación de razones de servicio y el pago de la indemnización fijada por la ley no dan cabal satisfacción al principio de razonabilidad que debe presidir el ejercicio de las atribuciones que emanan de la ley respectiva.”

Tuvieron que pasar algunos años para que el criterio antes mencionado fuera modificado por nuestro cimero tribunal y considero que la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos¹⁰ fue en gran parte el motivo del mismo.

Recordemos que la motivación está vinculada con la explicación en el texto del acto administrativo de la causa, es decir de los antecedentes de hecho y derecho que le sirven de causa. A su vez, ello está directamente vinculado al principio republicano de publicidad de los actos públicos, con el derecho de acceso a la información pública y en casos concretos al ejercicio del derecho de defensa, pero sobre ello me explayaré más adelante.

Entonces, resulta de gran importancia el criterio plasmado en la causa “Schneiderman Ernesto Horacio c/Estado Nacional-Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación (Recurso de Hecho)”¹¹ sentencia del 8 de abril de 2008, donde la Corte se remitió al dictamen de la Procuradora.

En el caso el actor había demandado al Estado Nacional en tanto se había cancelado su designación como agente del Estado por no contar con estabilidad en el cargo pues se encontraba en periodo de prueba. En el dictamen la Procuradora, se dedicó a verificar si el acto de cancelación de la designación del actor debía cumplir con los requisitos que la ley 19.549 establece para que el acto administrativo sea legítimo. Así, sobre

¹⁰ CN Artículo 75 inciso 22.

¹¹ CSJN Fallos: 331:735

el acto de cancelación, dijo: *“(...) se limitó a dar cuenta en sus considerandos de que el actor no se encontraba alcanzado por el derecho a la estabilidad y que dicha medida se dictaba en uso de las facultades conferidas por el art. 25 del CCT.”* Concluye entonces que: *“(...) no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25 del CCT) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas.”*

Para llegar a dicha conclusión se remitió al antecedente de la Corte “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”¹² donde se reconoció el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración, en los elementos reglados de la decisión (competencia, forma, causa y finalidad) y en el examen de su razonabilidad.

En el análisis que realizó sobre los elementos del acto, expresó que el mismo ostentaba un vicio en su causa y su motivación, concretamente respecto de éste último sostuvo: *“(...) Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que -por el contrario imponen una observancia más estricta de la debida motivación.”* Y agrega: *“(...) la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituída por la*

¹² CSJN Fallos: 315:1361 sentencia de fecha 23/06/1992

legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (...)".

Al siguiente año, la Corte ratificó su postura en la causa "Micheli, Julieta E. v. Estado Nacional- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos" sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009, donde se dejó sin efecto la designación de una agente que estando en periodo de prueba quedó embarazada.

Continuando con el presente análisis, considero que especial atención merece el pronunciamiento de la Corte en la causa "Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN –Sindicatura General de la Nación – resol. 58/03- 459/03 s/ empleo público"¹³. En aquella el actor, previamente designado en un cargo jerárquico transitoriamente, sin que mediara concurso previo, había sido desplazado de aquel y reemplazado por otra persona. La designación transitoria había sido sujeta a que se llevaran a cabo los concursos correspondientes, o bien que por fundadas razones se debiera dejar sin efecto la designación. La Administración había invocado razones operativas y la necesidad de continuar con la reasignación de funcionarios en distintas áreas del organismo demandado.

La Corte entendió que no alcanzaba para "(...) poner fin anticipadamente a una designación, con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, ni es correcto lo afirmado por el a quo en el sentido de que la motivación de aquella medida no requería que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, puesto que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento. Dicha

¹³ CSJN Fallos 334:1909

exigencia no podría ser obviada, aun cuando — como ocurre en el caso— se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues como lo ha sostenido el Tribunal, dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549; obliga a una observancia más estricta de la debida motivación (Fallos: 324:1860 y los allí citados), y no puede llevar a confundir la discrecionalidad en el actuar de la Administración con la irrazonabilidad de su proceder (ver sentencia en la causa “Schnaiderman”, registrada en Fallos: 331:735).”

En dicho pronunciamiento, la Corte hizo hincapié en las especiales condiciones de idoneidad que la Administración había invocado al momento de designar al actor en el cargo en cuestión, entendiendo entonces que para poder dejar sin efecto dicha designación, debía explicar las razones por las cuales esas especiales condiciones ya no se encontraban presentes.

Así, de los antecedentes mencionados surge con claridad la doctrina de la Corte Suprema en materia de actos discrecionales, estableciendo en primer lugar que cuando la Administración dicta actos en ejercicio de facultades discrecionales, ello no la exime del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7 de la LNPA, y en segundo lugar que en el caso concreto de la motivación, ésta debe estar presente con mayor recaudo, pues es el elemento que permite conocer la causa del acto administrativo, es decir, los antecedentes de hecho y derecho que le dan razón de ser, y de esa forma se evita la posible existencia de desvío de poder, directamente vinculado con la finalidad del acto administrativo.

Como expuse más arriba la motivación del acto, a mi modo de ver es uno de los elementos más importantes del acto administrativo.

Tiene dicho la Dra. Gelli que la república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la

periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley.¹⁴

Entiendo entonces que si los actos administrativos deben ser dados a conocer a la comunidad, más aún deben estar motivados, porque como dije, la motivación es la expresión de la causa, de los antecedentes de hecho y derecho que llevaron a la Administración a tomar la decisión que en dicho acto se plasma.

Teniendo en miras ello, a mi modo de ver, está directamente vinculada al acceso a la información y considero que en determinados casos es de suma importancia a los efectos de ejercer el derecho de defensa, ambos derechos de jerarquía constitucional y reconocimiento convencional.

Con relación al derecho a acceder a información pública la Corte Suprema se ha expedido de forma detallada en la causa “Giustiniani”¹⁵, donde remitiéndose a un antecedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: “(...) *De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo control del Estado, tiene de manera clara las dos dimensiones, el individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea (...). En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que*

¹⁴ Constitución comentada. Tomo I Autor: Gelli, María Angélica Editorial: La Ley Primera Parte Capítulo Primero - Declaraciones, Derechos y Garantías Artículo 1º 5. Sistema republicano 5.3. Publicidad de los actos de gobierno.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1/document/65A2028F-36A3-7E52-CF15-DB3C9E541B6D/anchor/ACFC7C77-8ED4-5B1A-F9E6-30B2C5136CEE>

¹⁵ CSJN “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA- s/amparo por mora” Fallos 338:1258

las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”.

Lo expuesto nos lleva a concluir que más allá de contar el acto administrativo con una causa, el mismo debe necesariamente tener una motivación, se trata de un derecho de los ciudadanos conocer las razones por los cuales la Administración toma una decisión, pues ello hace a la esencia misma del sistema democrático y republicano.

Por otro lado, afirmé que la motivación estaría vinculada al ejercicio del derecho de defensa, pues considero que en el caso de actos administrativos que afectan derechos subjetivos, como los casos que se analizaron, la defensa se puede realizar con mayores y mejores argumentos si se conocen los fundamentos por los cuales la Administración decide afectar esos derechos. La falta de motivación del acto administrativo podría afectar la tutela administrativa efectiva, reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas Astorga Bracht¹⁶, Losicer¹⁷, y Bonder Aaron¹⁸.

No puedo perder de vista que tanto en el caso del derecho al acceso a la información pública como el ejercicio del derecho de defensa, nos estamos refiriendo a derechos fundamentales, por ello cuando un acto administrativo no cuente con motivación, podría calificarse dicho acto como inconstitucional e incluso inconvencional, más aún en los casos analizados pues no olvidemos que concretamente hacen referencia al derecho a trabajar que tienen los habitantes de la nación.

¹⁶ CSJN “Astorga Bracht”, Fallos, 327:4185, sentencia de fecha 14 de octubre de 2004.

¹⁷ CSJN “Losicer”, Fallos, 335:1126, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

¹⁸ CSJN “Bonder, Aaron”, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013.

5. La motivación de los actos administrativos en ejercicio de facultades discrecionales en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Tierra del Fuego previo a la causa Schnaiderman

La evolución sobre el tema en el ámbito local no fue muy diferente al camino realizado por la Corte Suprema.

En un primer momento, el Superior Tribunal local tuvo la oportunidad de expedirse en una serie de fallos vinculados a la cancelación de designación en planta permanente de agentes públicos de los Municipios de Ushuaia y Río Grande, que no habían cumplido el año requerido por el artículo 10 de la Ley Nacional N° 22.140 para adquirir la estabilidad, cabe destacar que esas cancelaciones se llevaron a cabo en virtud de una declaración de emergencia.

El criterio fue sentado en la causa “ORTIZ, Graciela c/Municipalidad de Ushuaia s/contencioso administrativo”¹⁹ y luego reiterado en diferentes pronunciamientos.²⁰

Los votos de los jueces del Superior estuvieron de acuerdo en que la norma contenida en el artículo 10 de la Ley Nacional N° 22.140 autorizaba a la Administración Municipal a cancelar la designación de aquellos agentes que no hubiesen cumplido el año para adquirir la estabilidad. Así el Juez González Godoy dijo: “(...) *La previsión del art.10 de la ley 22.140 -de aplicación estricta al caso- exime de la concurrencia de cualquier otro presupuesto para dar legitimidad al decreto municipal que cancela la designación del agente que no ha cumplido el año desde su*

¹⁹ STJTFD “Ortiz, Graciela c/Municipalidad de Ushuaia s/contencioso administrativo” expte. Nro° 335/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 171/177

²⁰ STJTFD “Antifil, Marta c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 333/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 178/183; “Abrigo, Marcelo Esteban c/ Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 332/99 STJSR. 13/04/2000. T° VI, F° 251/257; “Folgado, Silvia c/ Municipalidadde Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 334/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 227/232; “Guerrero, Héctor Hugo c/Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 347/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 245/250

nombramiento en planta permanente. De allí que el agravio sea infundado.” Y el Juez Hutchinson sostuvo: *“La parte recurrente olvida un argumento decisivo de los sentenciadores y es que al agente le fue cancelada su designación por no haber cumplido el año que requiere el art. 10 de la ley 22.140. Si ello es así, cupo prescindir del caudal argumentativo empleado por la parte demandante toda vez que, no se encuentra controvertido, no había cumplido un año desde su designación. De tal manera, si se acreditó o no la existencia de emergencia, o si fue calificado, o si posee calificación profesional alguna, debe ceder frente al fundamento del a quo.”* Por su parte el Juez Carranza concluyó: *“(…) según doctrina de la Corte Suprema Nacional, hay que tener presente que cuando en el artículo 10 de la ley 22140 y su reglamentación (dec. 1797/80) se exige el cumplimiento de un determinado período para que se adquiriera la estabilidad y se produzca la incorporación definitiva del empleado a los cuadros de la administración, se tiene en cuenta que es necesario el transcurso del tiempo para que la administración pueda evaluar las condiciones de idoneidad del ingresante con el fin de que no se vea obligada a tolerar entre su personal a aquellos que no demuestren aptitud para las tareas (CS, octubre 9 de 1990 “Ballvé, Horacio J. c. Estado nacional A. N. A.”, LA LEY, 1991B, 400; ED, 141334). En esa línea de pensamiento, no puede calificarse de arbitraria o irrazonable la cancelación de la designación de la actora dentro del período de prueba, por constituir una facultad propia de la autoridad administrativa, consentida expresamente por las normas aplicables al caso.”*

El análisis realizado, se centró sobre la facultad que el artículo 10 de la Ley 22.140 le reconoce a la Administración de cancelar la designación de un agente que aún se encuentra en periodo de prueba, es decir que no ha adquirido la estabilidad, más en ningún momento hace referencia a la necesidad de motivar el acto administrativo.

Un punto aparte, merece la jurisprudencia dictada por el Superior Tribunal en materia de baja de designaciones realizadas en forma directa (sin concurso) en cargos jerárquicos, criterio

que fue expuesto en la causa “Cremades”²¹ y reiterado luego en dos pronunciamientos donde los hechos eran similares.²²

En el caso, un agente de la Dirección de Rentas Provincial había sido designado en forma directa en un cargo jerárquico y luego dicho cargo jerárquico fue suprimido de la organización administrativa, motivo por el cual su designación había quedado sin efecto. Así el Sr. Juez Andino dijo: *“Concluyo con lo expuesto, en que el actor debía conocer la precariedad de su situación en el ejercicio de las funciones directivas para las que fue designado en el año 1994. Y así lo dispone expresamente el Anexo II del decreto PEP 1.762/92, que habla de un régimen de transición, que prevé distintas opciones para designar el personal correspondiente y que, dentro de esas opciones, establece la alternativa de designar al agente en forma directa, por no más de dos años (el subrayado me pertenece). Ello así, y si ulteriormente se suprime la función, ninguna responsabilidad cabe a la administración que, -cabe insistir-, desde su designación dejó en claro que era transitoria. Es cierto que un empleado público desplazado de un cargo -que por decisión administrativa se suprime-, debiera ser compensado cuando tiene derecho a seguir ejerciéndolo. Pero, en el caso de autos sólo cubrió (el actor) una función que conllevaba cierta remuneración, mayor a la de su anterior revista, pero no accedió al cargo respectivo.”*

Por su parte el Juez Salomon sostuvo: *“En síntesis: si el demandante fue designado en forma directa para el cumplimiento de una función directiva, asignándole una remuneración acorde a esa función -que cesaría con ella-, y si la función fue suprimida con posterioridad -razón por la cual no se llamó a concurso para cubrir el cargo-, no puede accederse*

²¹ STJTDF “Cremades, Jorge Miguel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 435/01 STJ-SR.- 10/10/01. Tº VII, Fº 533/539.

²² STJTDF “Ceravolo, Daniel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 395/00 STJ-SR. 06/01/02. Tº VIII, Fº 5/11. “Escobar, Luis Andrés c/ Gobierno Provincial s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 469/01 STJ-SR. 10/04/02 Tº VIII, Fº 244/250

a la demanda que, obviando el sistema jurídico directamente aplicable, entendió que debía compensarse al actor cuando nada justifica esa conclusión.”

Lo característico de estos casos, es que si bien se había dado de baja a los agentes en cargos jerárquicos a los que accedieron en forma directa, dichos cargos habían sido suprimidos de la estructura orgánica de la dependencia administrativa. Entiendo entonces que, la motivación del acto vendría dada precisamente por la reestructuración del área, y si un determinado cargo es suprimido de la estructura, el acto que debe contar con mayor motivación es precisamente el que aprueba la nueva estructura y no precisamente el que deja sin efecto la designación.

Lo anecdótico en realidad creo que es, que el criterio expuesto por el Superior Tribunal fue ratificado en otros pronunciamientos cuyos hechos no necesariamente eran similares a los mencionados previamente,²³ pues en los posteriores no se hace referencia a que la designación en el cargo jerárquico se haya dejado sin efecto en virtud de una modificación de la estructura orgánica, que podría en todo caso ser la motivación del acto administrativo de baja. En ninguno de los casos se hace referencia a la necesidad de motivar el acto administrativo de baja en el cargo jerárquico, sino que el análisis se hace sobre la facultad revocatoria de la Administración de actos administrativos ilegítimos en su propia sede, ya sea por la precariedad del derecho reconocido o por el conocimiento del vicio por parte del administrado, más nada se dice con relación a los elementos que el acto administrativo de afectación debería reunir.

Así, y durante un tiempo, cuando la Administración era demanda en casos como los mencionado, no se analizaba el cumplimiento por parte de ésta de los elementos que se exigen para que el acto administrativo sea legítimo.

²³ A modo de ejemplo se puede citar el precedente: STJTDF “Krupp, Víctor Hugo y otros c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso”, expte. Nro. 721/04 STJ-SR. 07/10/2004 Registro T X F° 631/640.

6. Fallos del Superior Tribunal de Justicia de TDF en materia de baja de designación en planta permanente. Recepción de Schnaiderman

Luego, en el ámbito local el cambio jurisprudencial fue realizado al poco tiempo por la Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y Laboral en la causa “Mateazzi”²⁴, donde al agente se le había cancelado la designación antes de cumplirse el año para obtener la estabilidad, y la Cámara sostuvo que el acto administrativo contaba con la suficiente motivación, razón por el cual no hizo lugar a la demanda, el fallo se remite al criterio expuesto por la Corte Suprema en la causa “Schnaiderman”. El pronunciamiento fue luego confirmado por el Superior Tribunal Provincial.²⁵

No obstante, el precedente que considero refleja con mayor fidelidad el criterio plasmado en “Schnaiderman” es el que surge de fallo ““Ruvioli””,²⁶ pues el caso no es solo similar sino que en aquella oportunidad se hizo referencia a la motivación del acto administrativo como así también a los requisitos que establece la reglamentación.

En el caso, la designación de un agente del Instituto Provincial de la Vivienda, había sido dejada sin efecto en virtud de no contar con el año de antigüedad que el artículo 10 de la Ley 22.140 exige para adquirir la estabilidad. En la instancia de apelación la Cámara, había hecho lugar a la demanda citando el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema en la causa “Schnaiderman”, el fallo es ratificado por el Superior, remitiendo también a la jurisprudencia federal, concluyendo: *“Agrego, a la luz de lo expresado, que ni siquiera de la literalidad del art. 10 de la 22140 y de su reglamentación en el decreto 1797/80 se*

²⁴ Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y Laboral de TDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” expte. Nro. 4814/08. 09/09/2008. Registro n° 121, Tomo n° V, Fs. 841/848

²⁵ STJTDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ Poder Ejecutivo Provincial s/Contencioso Administrativo s/ Recurso de Queja”, Expediente N° 1.193/09. 30/06/2009. T XV- F° 324/330.

²⁶ STJTDF “Ruvioli, Fernanda María de Lujan c/ I.P.V. s/ Contencioso Administrativo”-expte. n° 1915/14-STJ-SR. 23/09/2014. T XX- F°. 1056/1059

desprende la autorización para cancelar sin expresar razón de naturaleza alguna. Antes bien, y especialmente a la luz de la jurisprudencia del Alto Tribunal Federal, debe entenderse lo contrario. Véase que el texto legal establece que la estabilidad se alcanza a los doce (12) meses de servicio efectivo y siempre que se hayan satisfecho las condiciones de la reglamentación. Solo en el caso de no darse estas premisas se cancelará la designación. Y la reglamentación, por su lado, exige que se haya cumplido el plazo prescripto, la certificación respecto del estado de salud del agente y la respectiva calificación, la que debe efectuarse a los cuatro (4) y ocho (8) meses del servicio efectivo.”

Considero que es éste el pronunciamiento que vino a modificar la doctrina del Superior, pues en primer lugar, el caso es similar a los antecedentes planteados en “Schnaiderman” y además porque no sólo se hace referencia al elemento motivación como esencial del acto administrativo, cuya ausencia puede significar la nulidad absoluta del mismo, sino que también refiere al procedimiento previo que debe llevar a cabo la Administración para poder cancelar la designación en planta permanente de aquel agente que aún no cumplió el plazo para adquirir la estabilidad.

De esta forma, el Superior pone mayor énfasis en el elemento motivación cuando la Administración ejerce facultades discrecionales en materia de cancelación de designaciones de agentes en planta permanente en periodo de prueba, estableciendo una serie de requisitos que el acto debe reunir para poder ser legítimo.

7. Conclusión

Hasta aquí hube de exponer la forma en que tanto la Corte Suprema Justicia de la Nación como el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, fueron dando tratamiento al elemento motivación en el caso de los actos administrativos mediante los cuales la Administración decide dejar sin efecto la designación de un agente público, ya sea en planta permanente o bien en

el ejercicio de un cargo jerárquico al que se accedió en forma directa (sin concurso). Es decir en ejercicio de facultades discrecionales.

Hube de exponer la particular relevancia que se le dio al elemento en cuestión, exigiendo a la Administración explicar los motivos por los cuales decide lo que decide.

Entiendo de suma importancia que dicho elemento sea exigido sobre todo en casos vinculados al derecho al trabajo pues como tiene dicho la Corte "... el 'hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo- más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental' (Campodónico de Beviacqua c/Ministerio de Salud y Acción Social', Fallos: 323:3229, consid. 15 y su cita)"²⁷

Por ello considero que si bien aún en Tierra del Fuego no se ha planteado un caso similar a la causa "Silva Tamayo" ya mencionada, en caso de darse el mismo, el Superior Tribunal Fuegoño si desea ser coherente con el camino que ha elegido transitar, deberá verificar si el acto de cancelación de designación en un cargo jerárquico al que se accedió en forma directa, reúne en su totalidad con los elementos del acto administrativo, más precisamente si cumple con la motivación, pues de ella surgirán las razones por las cuales la Administración tomó dicha decisión.

Bibliografía

- Comadira, Julio Rodolfo; Scola, Héctor Jorge; Comadira Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). (2013) "Curso de Derecho Administrativo" T. 1. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Comadira, Julio Rodolfo. (2000) "La Actividad Discrecional de la Administración Pública. Justa medida de Control Judicial". Buenos Aires. ED.

²⁷ CSJN: "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA", del 21-9-2004, Fallos: 327:3753

García Pullés, Fernando. (2010) “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional: Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional aprobado por la ley 25.164 y reglamentación, comentados y anotados con remisión a los convenios colectivos de trabajo generales vigentes” 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gelli, María Angélica Constitución comentada. Tomo I. (2008) Editorial: La Ley <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1>

Sesin, Domingo Juan. (2004) “Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”. 2da. Ed. Buenos Aires: Depalma.

Jurisprudencia

CSJN: Fallos 307:1858

CSJN Fallos: 315:1361 sentencia de fecha 23/06/1992

CSJN: Fallos 323: 1566, “Guida”.

CSJN: “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, Fallos: 327:3753, sentencia de de 21 de septiembre de 2004

CSJN, “Astorga Bracht”, Fallos 327:4185, sentencia de fecha 14 de octubre de 2004.

CSJN Fallos: 331:735

CSJN Fallos 334:1909

CSJN, “Losicer”, Fallos, 335:1126, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

CSJN, “Bonder, Aaron”, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013.

CSJN “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA- s/amparo por mora” Fallos 338:1258

STJTDF “Ortiz, Graciela c/Municipalidad de Ushuaia s/contencioso administrativo” expte. Nro° 335/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 171/177

STJTDF “Antifil, Marta c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 333/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 178/183

STFTDF “Abrigo, Marcelo Esteban c/ Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 332/99 STJSR. 13/04/2000. T° VI, F° 251/257

- STJTDF “Folgado, Silvia c/ Municipalidadde Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 334/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 227/232
- STJTDF “Guerrero, Héctor Hugo c/Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 347/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 245/250
- STJTDF “Cremades, Jorge Miguel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 435/01 STJ-SR.- 10/10/01. T° VII, F° 533/539.
- STJTDF “Ceravolo, Daniel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 395/00 STJ-SR. 06/01/02. T° VIII, F° 5/11.
- STJTDF “Escobar, Luis Andrés c/ Gobierno Provincial s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 469/01 STJ-SR. 10/04/02 T° VIII, F° 244/250
- STJTDF “Krupp, Víctor Hugo y otros c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso”, expte. Nro. 721/04 STJ-SR. 07/10/2004 Registro T X F° 631/640.
- Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y Laboral TDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” expte. Nro. 4814/08. 09/09/2008. Registro n° 121, Tomo n° V, Fs. 841/848
- STJTDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Contencioso Administrativo s/ Recurso de Queja”, Expediente N° 1.193/09. 30/06/2009. T XV- F° 324/330.
- STJTDF “Sandez, Luis Gerardo c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo s/ Cuestión de Competencia”, expediente N° 2301/10 sentencia de abril del 2010.
- STJTDF “Ruvioli, Fernanda María de Lujan c/ I.P.V. s/ Contencioso Administrativo”-expte. n° 1915/14-STJ-SR. 23/09/2014. T XX-F°. 1056/1059

Dictámenes PTN

Dictámenes 93:109; 106: 295; 197: 127; 142: 317 y 197:127.

Jurisprudencia argentina en materia de usos terapéuticos de la planta de cannabis y sus derivados. Breve análisis en el periodo de años 2012-2018

Argentinian jurisprudence on the topic of therapeutic utilisation of cannabis plant and their derivatives

Jurisprudência argentina sobre usos terapêuticos da planta Cannabis e seus derivados

Jurisprudence argentine sur l'usage médical de la plante de cannabis et ses dérivés

Marcos Antonio Torti Iermini | Universidad Argentina
de la Empresa

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 432-454

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e191>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9042-5410>

Recibido: 13/03/2018

Recibido con modificaciones: 26/05/2018

Aprobado: 07/08/2018

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo brindar información clara y concisa respecto a la actualidad de la jurisprudencia argentina en casos donde se tratan los usos medicinales de la planta de cannabis. Los datos del análisis fueron obtenidos en base al "Compendio de jurisprudencia argentina sobre usos medicinales de la planta de cannabis", presentado en el mes de agosto del 2018 por el Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal. Para el fin propuesto, se estipularon distintas variantes de clasificación, a fin de ahondar en los puntos más importantes en relación al análisis de los fallos de los distintos tribunales de la Argentina, y los casos en los que debieron intervenir y resolver.

Palabras claves: Cannabis medicinal - Salud - Jurisprudencia argentina - Política de Drogas

Abstract: The objective of this dissertation is to bring clear and concise information on the present of argentinian jurisprudence, in cases where therapeutic utilisation of cannabis is involved. The analysis' data were obtained from the "Argentinian urisprudence compendium on medicinal uses of cannabis", presented on August 2018 by the Drug Policy Area of the Association of Penal Thinking. For the objective here proposed, different variety of classification were provided, in order to go deeper on the most important topics concerning the analisis of the decisions of different Argentinian Tribunals.

Key Words: Medicinal cannabis - Health - Argentinian Jurisprudence - Drug Policy

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo fornecer informações claras e concisas sobre a situação atual da jurisprudência argentina nos casos em que os usos medicinais da planta Cannabis são tratados. Os dados da análise foram obtidos com base no "Compêndio da jurisprudência argentina sobre usos medicinais da planta Cannabis", apresentado no mês de agosto de 2018, pela Área de Política de Drogas da Associação do Pensamento Penal. Para o objetivo proposto, foram estipuladas diferentes variantes de classificação, a fim de aprofundar os pontos mais importantes em relação à análise dos juízos dos diferentes tribunais da Argentina e os casos em que tiveram que intervir e resolver.

Palavras-chave: Cannabis Medicinal - Saúde - Jurisprudência Argentina - Política De Drogas

Résumé: L'objectif de cette travail est d'apporter information claire et concise sur l'actualité de la jurisprudence argentine dans les cases où l'usage médical du cannabis a été traitée. Les données por l'étude ont été obtenus du "Répertoire de jurisprudence argentine sur l'usage médical de la plante de cannabis", présenté en en août 2018 par L'Área du politique des drogues, de l'Association de Réflexion Pénale. Pour l'objectif proposé, diverses variables de clasification ont été stipulées, afin d' approfondir les points les plus importants dans les décisions des tribunaux argntines.

Mot-clés: cannabis medicinal - Santé - Jurisprudence argentine - Politique des drogues

I. Introducción

La Ley 27.350 de “Investigación científica de los usos medicinales de la planta de cannabis” se sancionó con fecha 29 de marzo del 2017, luego de un intenso proceso legislativo que, entre otras cuestiones, visibilizó una realidad social de miles de personas en la Argentina. Uno de los puntos de mayor cuestionamiento respecto a la norma que finalmente fuera sancionada, refirió el gran cambio que sufrió la ley, desatendiendo el reclamo de una gran parte de la sociedad que encuentra en la planta de cannabis y sus derivados, un alivio a sus padecimientos con el objeto de mejorar su salud y calidad de vida.

El día 22 de septiembre de 2017, mediante el decreto PEN 738/2017 se reglamentó la ley nacional, la cual se complementó con la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de Nación. Mediante estas dos regulaciones, se creó el “Programa Nacional de Investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales”, haciendo hincapié en la investigación respecto a la temática, dejando nuevamente de lado cuestiones más urgentes respecto a los pacientes que esperaban una regulación más amplia. A esto último, debe sumarse que la Ley 27.350 se limitó para casos solamente de epilepsia refractaria.

El autocultivo fue uno de los puntos más importantes respecto a los cuales se debatió durante todo el proceso que derivó en la sanción de la Ley 27.350, reconociéndose como el medio necesario para hacer frente a una demanda de los derivados de la planta de cannabis que cada vez resulta mayor con el objetivo de utilizarse en tratamientos terapéuticos para diferentes enfermedades y patologías. Además, con el trabajo de las asociaciones de personas usuarias de cannabis y personas que usan sus derivados de forma terapéutica se visibilizaron casos en todo el país.

Por otro lado, la reglamentación de la ley nacional derivó en una regulación que obliga a las personas que necesitan la sustancia a someterse al Programa Nacional de Investigación,

al mismo tiempo que el Estado accedería a la sustancia por medio de la importación y la futura elaboración pública de sustancias en base a cannabis, por medio de la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP), el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA). Pero a todas aquellas personas que no se sometieran al Programa, se les negaría la gratuidad sobre la importación de productos, debiendo continuar accediendo mediante el régimen de excepción de importación regulado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).

A raíz de todo esto, en la actualidad, y aún luego de la sanción de la Ley 27.350, miles de personas no solo ven restringido su acceso a la sustancia que utilizan terapéuticamente con el único objetivo de conseguir una mejor calidad de vida, sino que se los deja en una situación de desamparo e ilegalidad frente a una ley penal que los mantiene en un constante peligro de ser criminalizados.

En este punto, el Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal presentó en julio del 2018 el “Modelo de Amparo – Autocultivo de cannabis con fines terapéuticos”¹ como un medio para que cada vez más personas puedan acceder a la justicia con el fin de reclamar judicialmente por el acceso mediante el autocultivo a la sustancia que utilizan para hacer frente a las distintas enfermedades y patologías que afectan su vida.

En ese sentido, el modelo se planteó como una herramienta que debería ser constantemente actualizada con todos aquellos avances legislativos, normativos y jurisprudenciales en la materia.

Debido a esto, en el mes de agosto del 2018, se presentó el compendio de “Jurisprudencia argentina sobre usos

¹ Modelo de Amparo - Autocultivo de cannabis con fines medicinales” (2018). Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.org/modelo-de-amparo-autocultivo-de-cannabis-con-fines-terapeuticos/>

terapéuticos de la planta de cannabis”², con una recopilación de los fallos más importantes respecto a la cuestión, con resoluciones de tribunales de todo el país.

II. Informe sobre la jurisprudencia argentina

El presente informe tiene como finalidad distinguir algunos de los principales datos referidos a la jurisprudencia argentina respecto a los usos terapéuticos de la planta de cannabis. Las resoluciones, dictámenes y fallos de los tribunales y organismos de los Ministerios Públicos del país se tomaron en base a la publicación del compendio “Jurisprudencia argentina sobre usos terapéuticos de la planta de cannabis” por parte del Área de Políticas de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal.

El objetivo de la publicación de dicho compendio, así como el presente informe refiere a poder contribuir a una mayor transparencia y acceso a la información por parte de la sociedad en general, ya sea especializada en la temática o no, o cualquier otro actor que se encuentre interesado en la cuestión. De esta forma, la información presente en el informe se extrajo exclusivamente de las resoluciones enlistadas en el compendio, manteniendo una correlación entre ambos textos.

El compendio se dividió en dos partes tomando como referencia la sanción de la Ley 27.350 de “Investigación médica y científica de los usos medicinales de la planta de cannabis”, para poder observar el desarrollo de la jurisprudencia antes y después de la sanción de la norma, y cómo repercutió la misma en los fundamentos de los fallos posteriores.

En este sentido, se debe aclarar que la recopilación abarca el periodo de años 2012 - 2018. La etapa anterior a la sanción de la ley nacional comprende 4 años y 9 meses aproximadamente

² “Jurisprudencia argentina sobre usos terapéuticos de la planta de cannabis” (2018). Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal. Disponibles en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46941-compendio-jurisprudencia-argentina-sobre-usos-terapeuticos-planta-cannabis>.

(julio de 2012 a marzo de 2017), mientras que el periodo posterior abarca alrededor de 1 año y 6 meses (marzo de 2017 a agosto de 2018). Sin embargo, como se podrá observar más adelante y a pesar de esta diferencia de años entre ambos periodos de tiempo analizados, la sanción de la ley 27.350 no impidió que judicializaran cada vez más casos.

Por último, al finalizar el informe se podrá encontrar un “Anexo de fallos” con la lista de todas las resoluciones que fueron recopiladas en el compendio de “Jurisprudencia argentina sobre usos terapéuticos de la planta de cannabis” del Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal.

II.a. Cantidad de fallos

En total, los fallos recopilados en el compendio suman 40, entre dictámenes de los Ministerios Públicos, Juzgado de Primera Instancia, Tribunales Orales y Cámaras de Apelaciones. En el “**Gráfico 1**”, se puede observar como la gran mayoría de los fallos se dictaron luego de la sanción de la Ley 27.350, comprendiendo a su vez, los tres tipos de procesos sobre los cuales debieron resolver los distintos tribunales.

Previo a la sanción de la ley nacional se encontraron 13 fallos, mientras que posteriormente se identificaron 27 resoluciones. Esto representa un aumento de poco más del 100% en la cantidad de fallos dictados de un periodo al siguiente.

II.b. Fallos por caso

Luego, es importante mencionar que no todos los fallos o dictámenes recabados representan casos distintos, ya que algunas de las resoluciones refieren a un mismo proceso o expediente. Esto se puede apreciar en el “**Gráfico 2**”.

II.c. Clasificación por tipo de proceso

Ahora bien, discriminando los fallos por tipos de proceso, tenemos dos variantes de análisis: en relación al total por cada proceso, y en relación a los dos periodos distinguidos tomando como referencia la Ley 27.350.

En este sentido, en el “**Gráfico 3**” se pueden observar un total de 8 resoluciones respecto a las acciones de amparo presentadas requiriendo autorización para cultivar o provisión estatal, 21 amparos contra obras sociales que se negaron a cubrir el costo del aceite de cannabis importado, y 11 procesos penales referidos a personas que cultivaban cannabis con fines medicinales para sí o para terceros.

Se puede observar que la mayoría de los fallos corresponde a los amparos presentados por distintas personas que, ante la denegatoria de sus obras sociales de cubrir el costo del aceite de cannabis importado, debieron judicializar el caso.

II.d. Fallos por tipo de procesos según el periodo

Luego, en el “**Gráfico 4**” se puede visualizar la cantidad de fallos por proceso distinguiendo por aquellos que fueron dictados antes y después de la ley 27.350.

En este punto, se debe resaltar que, aún habiéndose sancionado la Ley 27.350, es considerable el aumento de la cantidad de acciones de amparo contra las obras sociales por parte de pacientes que requerían el aceite de cannabis para hacer frente a las dolencias y enfermedades que los afectaba.

II.e. Acciones de amparo contra obras sociales

Como se puede observar en el “**Gráfico 5**”, de 4 resoluciones que se encontraron en el periodo previo a la ley nacional, se pasó a un total de 18 fallos, lo que representa un 350% de aumento en cantidad de fallos.

Gráfico 1. Sanción de la Ley N° 27.350

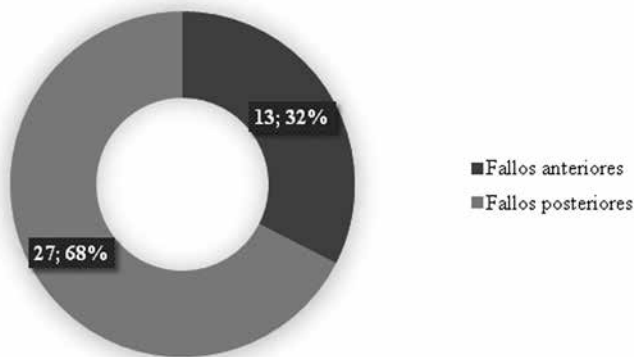


Gráfico 2. Relación Fallo / Caso

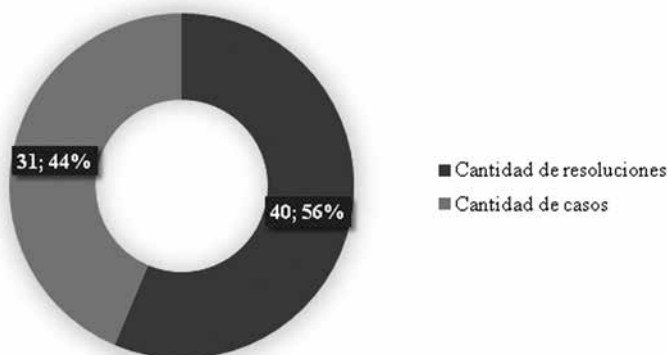


Gráfico 3. Distintición por tipo de proceso

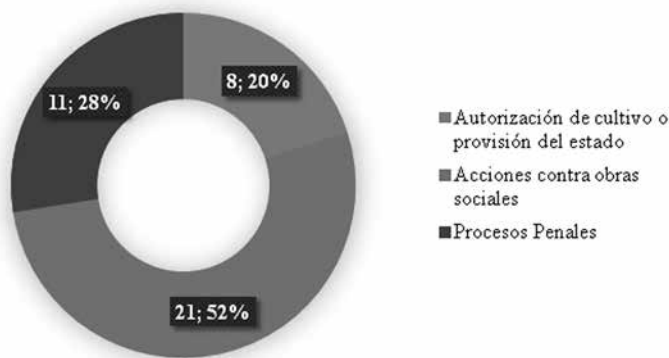


Gráfico 4. Cantidad de fallos por tipo de proceso antes y después de la Ley 27.350

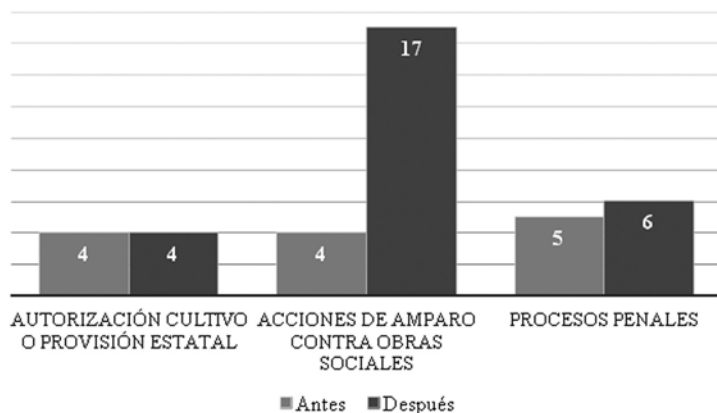
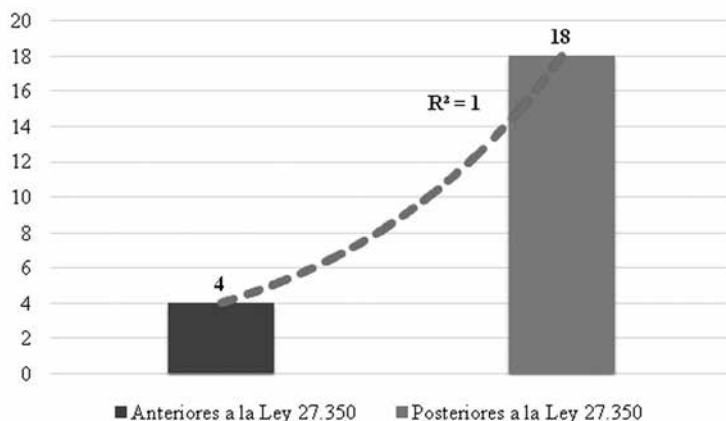


Gráfico 5. Amparos contra obras sociales



II.f. Amparos requiriendo autorización para cultivar

Los fallos referidos a procesos penales y pedidos de autorización para cultivar o provisión por parte del estado se mantuvieron similares, correspondiendo 4 por periodo en el primer caso, y solo aumentando en 1 la cantidad en el segundo caso.

Si es importante remarcar que, respecto a los casos de autorización de cultivo, previo a la sanción de la ley 27.350 solo contamos con 4 resoluciones del caso “Cibotti”, mientras que posteriormente tenemos el caso en el marco del expediente “B.B. c/ Estado Nacional” de la provincia de Salta y el caso “Joaquín” de la provincia de Río Negro. Esto se discrimina en el **“Gráfico 6”**.

II.g. Clasificación de fallos por instancia

Por otro lado, en el **“Gráfico 7”** se puede observar la distinción entre los fallos dictados por juzgados de primera instancia y aquellos dictados por Tribunales Orales o por las Cámaras de Apelaciones de los distintos fueros. En el primer caso, tenemos un total de 13 fallos dictados, mientras que en el segundo caso tenemos 27 resoluciones.

II.h. Fallos por instancia según el periodo

Respecto a fallos de primera instancia, y discriminados por periodo, tenemos 4 anteriores a la ley 27.350 y 9 luego de la sanción. En relación a los fallos de Tribunales Orales o las Cámaras de distintos fueros, podemos observar 9 en el primer periodo de tiempo y 18 luego, es decir, el doble de resoluciones. Esto se puede apreciar en el **“Gráfico 8”**.

Gráfico 6. Amparos por autorización de cultivo o provisión por parte del Estado

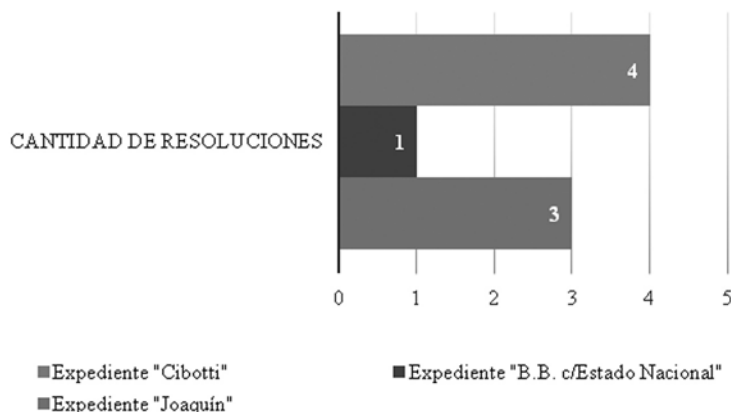


Gráfico 7. Cantidad de fallos por instancia

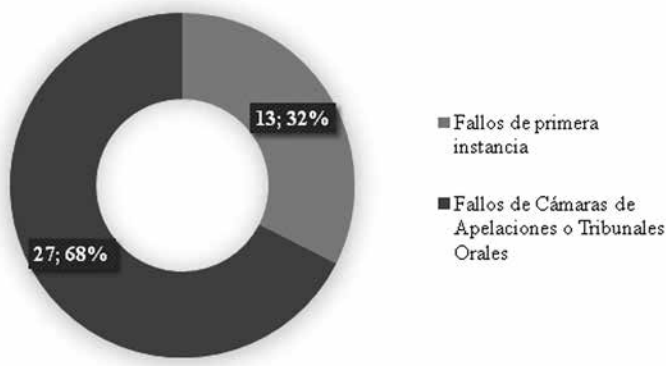


Gráfico 8. Fallos de fallos por instancia antes y después de la Ley 27.350

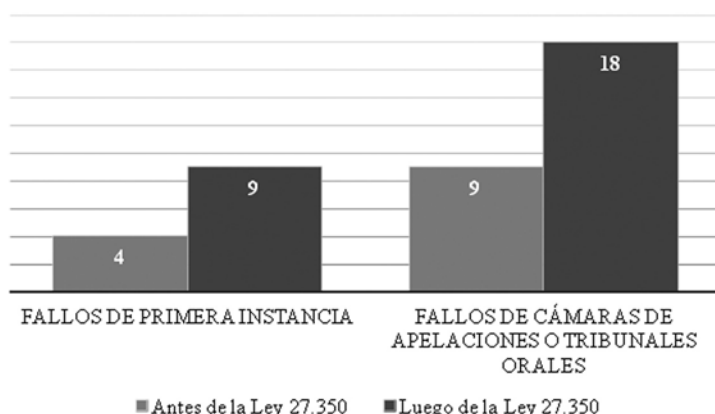
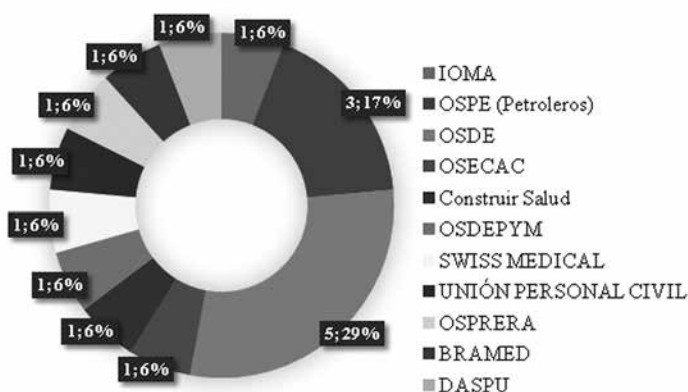


Gráfico 9. Obras sociales



II.i. Obras sociales intervinientes

Ahora bien, desde una perspectiva de los fallos referidos a las acciones de amparo iniciadas contra obras sociales, en el “**Gráfico 9**” se identificaron todas las obras sociales que intervinieron en los fallos recopilados y la cantidad de veces que se iniciaron acciones contra las mismas.

Se puede observar que las obras sociales intervinientes son variadas, también correspondiendo a que los fallos se dictaron en distintas provincias del país. Se debe resaltar que “OSDE” es la obra social que más casos judicializados posee, seguida de cerca por “OSPE”.

II.j. Obras sociales intervinientes según el periodo

En el “**Gráfico 10**” además, se puede observar la identificación de las obras sociales en el periodo anterior y posterior a la sanción de la ley 27.350.

En este aspecto, y como fuera mencionado, OSDE no solo resulta la obra social que más acciones de amparo en su contra tuvo, sino que, 4 de ellas fueron luego de sancionada la Ley 27.350.

II.k. Fallos por jurisdicciones o localidades

En el “**Gráfico 11**” se identificaron la cantidad de fallos por jurisdicciones o localidades de los tribunales que debieron intervenir en los distintos procesos judiciales.

II.l. Fallos por provincia

En un mismo sentido que el punto anterior, en el “**Gráfico 12**”, se agruparon los fallos correspondientes a una misma provincia. Esto, con el fin de delimitar cuánta cantidad de resoluciones por provincia se pudieron encontrar respecto a la temática.

Gráfico 10. Obras Sociales antes y después de la Ley 27.350

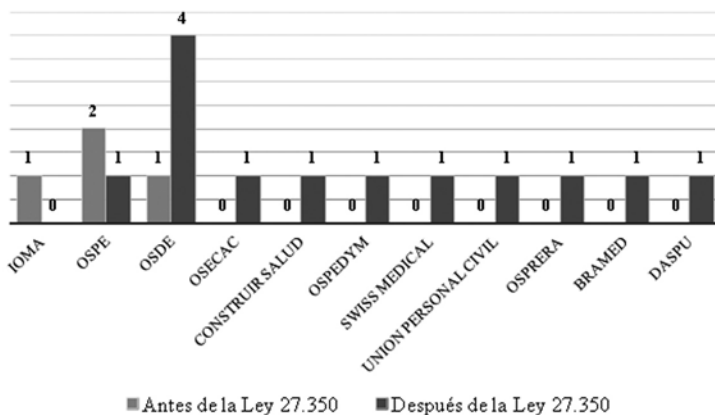


Gráfico 11. Fallos por ciudades

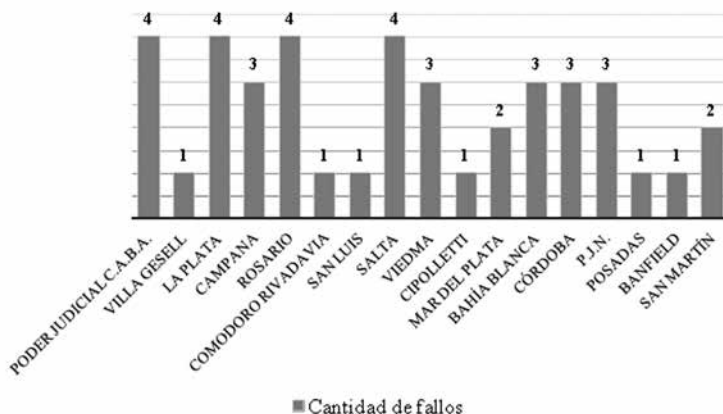


Gráfico 12. Fallos por provincia

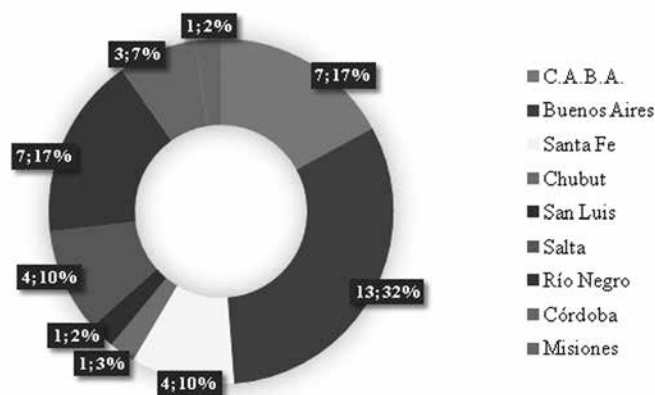
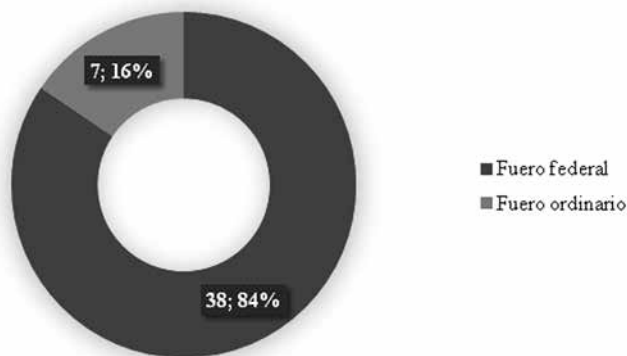


Gráfico 13. Cantidad de fallos por fuero



Se destaca la cantidad de resoluciones que fueron dictadas en la Provincia de Buenos Aires, y posteriormente en la Provincia de Río Negro y en la Ciudad de Buenos Aires. Se hace la salvedad que, de los fallos de estas últimas, la mayoría de los mismos corresponden a los casos de “Joaquín” y “Cibotti” respectivamente.

II.m. Fallos por fuero

Respecto a la distinción de resoluciones entre el fuero federal o el fuero ordinario, en el “**Gráfico 13**” podemos encontrar una mayor cantidad de intervención del fuero federal, con un total de 38 resoluciones en total, mientras que en el fuero ordinario encontramos un total de 7 fallos.

II.n. Fallos por fuero según periodo

Desde otra vista del punto anterior, como se observa en el “**Gráfico 14**”, la diferencia entre fallos del fuero ordinario y federal se incrementó considerablemente.

Antes de la ley 27.350, la diferencia de resoluciones era de solo tres fallos, con mayoría del fuero federal, mientras que luego de la norma, la diferencia se acrecentó aún más.

II.ñ. Enfermedades y patologías mencionadas

En el “**Gráfico 15**” podrán observarse todas aquellas enfermedades que fueron indicadas en los distintos fallos, y que resultaron susceptibles de tratamiento terapéuticos a base de los derivados de la planta de cannabis. Asimismo, se indicaron la cantidad de veces que fueron señaladas por los distintos pacientes.

Gráfico 14. Fallos por fuero antes y después de la Ley 27.350

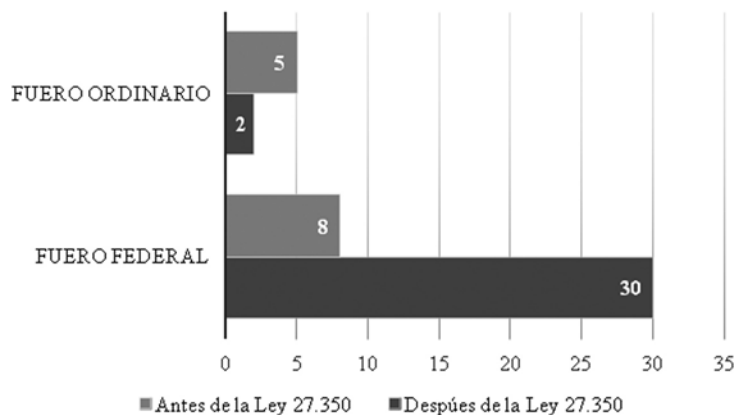
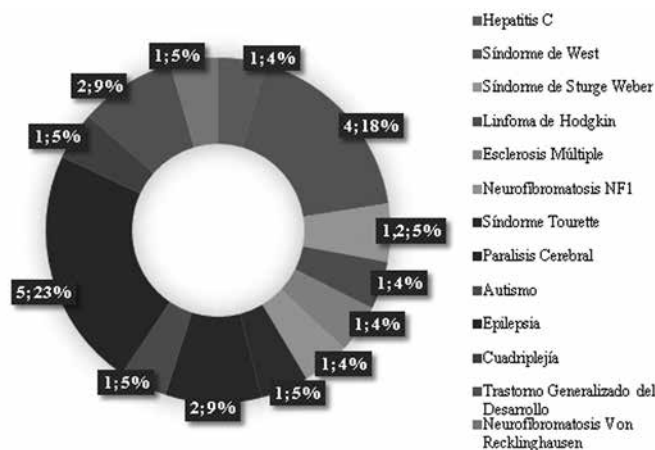


Gráfico 15. Patologías mencionadas

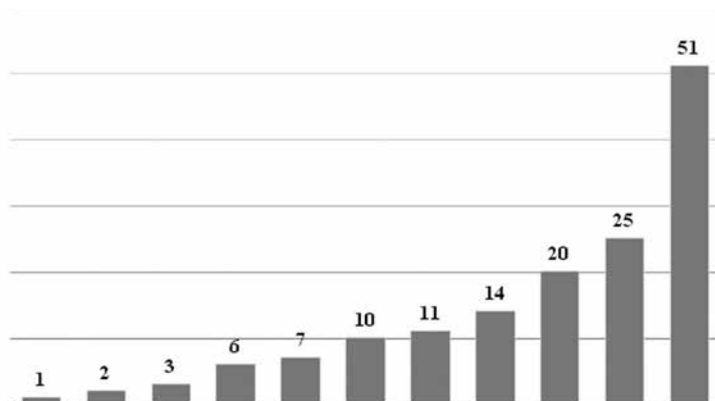


Respecto a las enfermedades referidas en las distintas resoluciones, la epilepsia y el Síndrome de West son las más indicadas por los pacientes. Asimismo, cabe recordar que el resto de las enfermedades mencionadas no se encuentran comprendidas en la reglamentación de la Ley 27.350.

II.o. Edades de los pacientes

Por último, en el “**Gráfico 16**” puede observarse el rango de edades de los pacientes sobre los cuales los tribunales argentinos debieron resolver en distintos casos.

Gráfico 16. Edad de los pacientes



Desde este aspecto de análisis, puede observarse el gran rango de edades que comprende a los pacientes que hacen un uso terapéutico de los usos medicinales de la planta de cannabis.

III. Palabras finales

El presente trabajo pretendía demostrar el avance jurisprudencial respecto a los usos terapéuticos de la planta de cannabis en la Argentina. A pesar del reconocimiento tanto legislativo como en las decisiones de los tribunales del país, es importante observar lo mucho que se debe trabajar en la temática,

aún inclusive al tiempo transcurrido desde la sanción de la ley 27.350 de investigación médica y científica del cannabis.

En este sentido, el Poder Judicial y los tribunales en la Argentina presentan una obligación como últimos garantes de los derechos de las personas que encuentran en la planta de cannabis una respuesta a sus padecimientos y dolencias, pero que, a raíz de la normativa penal y política de drogas actual, se encuentran en una situación de ilegalidad y en constante peligro de ser criminalizadas.

El derecho a la salud y a la vida de todas las personas que realizan un uso terapéutico de la planta de cannabis y sus derivados no debe ser restringido y limitado por leyes sancionadas de forma defectuosa, que dejaron de lado sus reclamos, normas penales que en su fría letra no contemplan los derechos de los pacientes que día a día luchan contra padecimientos que afectan su calidad de vida, y una política de drogas que no sea respetuosa de los derechos humanos.

ANEXO DE FALLOS

PARTE I

FALLOS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 27.350

AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL

- 1.- “CIBOTTI, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (Art. 14 CCABA)”. (Expediente N° 44899/0 - JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 7 DE C.A.B.A. – 11/07/2012)
- 2.- “CIBOTTI, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (Art. 14 CCABA)”. (Expediente N° 44899/0 - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT DE C.A.B.A. – SALA III – 12/2012).
- 3.- “CIBOTTI, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (Art. 14 CCABA)”. (Expediente N° 44899/0 - JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 DE C.A.B.A. – 13/08/2015)
- 4.- “CIBOTTI, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (Art. 14 CCABA)”. (Expediente N° 44899/0 – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT DE C.A.B.A. – SALA III – 25/10/2017)

ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

- 5.- “V.,F.J. y A., MARÍA L. c/IOMA s/AMPARO”. (Expediente N° 80807/2016 – JUZGADO DE PAZ DE VILLA GESELL – 30/03/2016)
- 6.- “L,S,L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 39357/2016 - JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA PLATA N° 2 – 08/11/2016)
- 7.- “L,S,L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 39357/2016 – CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA – SALA I – 22/12/2016)
- 8.- “LÓPEZ, ANDREA CELESTE (EN REP. DE SU HIJA SARA ISABELLA) c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 65230/2016 – CÁMARA FEDERAL DE CAMPANA – 17/11/2016)

PROCESOS PENALES

- 9.- “Legajo N° 2 - IMPutADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/LEGAJO DE APELACION”. (Expediente N° 002664/2014/2/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA B – SECRETARÍA PENAL – 10/05/2016)
- 10.- “Legajo N° 2 - IMPutADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/LEGAJO DE APELACION”. (Expediente N° 002664/2014/2/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA B – SECRETARÍA PENAL – 27/12/2017)
- 11.- “Principal en Tribunal Oral TO01 - PINTOS, GONZALO EZEQUIEL Y OTROS s/INFRACCION LEY 23.737”. (Expediente N° 091001183/2012/T001 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA – SECRETARÍA – 07/06/2016)
- 12.- “SARGIOTTI, SEBASTIÁN GASTÓN s/INFRACCIÓN LEY 23.737”. (Expediente N° 1031/2016/CA1 - CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA – SALA III – 11/10/2016)
- 13.- “Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPutADO: SCULLY, SANTIAGO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.14)”. (Expediente N° 045192/2014/T001 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN LUIS – 17/02/2017)

PARTE II

FALLOS POSTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 27.350

AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL

- 14.- “B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO ELY 16.986”. (Expediente N° 21814/2017 – JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1 – 02/03/2018)
- 15.- “NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 16005/2018 - FISCALÍA FEDERAL DE VIEDMA - 10/05/2018)
- 16.- “NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 16005/2018 – DEFENSORÍA OFICIAL PÚBLICA FEDERAL DE VIEDMA – 16/05/2018)
- 17.- “NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 16005/2018 – JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA – 02/07/2018)

ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

- 18.- “PAREDES JOSÉ RAMÓN Y RIVERO SILVIA BEATRIZ C/ OSECAC S/ AMPARO”. (Expediente N° X-4CI-17-AL2017 - JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, MINERÍA Y SUCESIONES N° 9 DE RÍO NEGRO – 12/06/2017)
- 19.- “P. A. R. Y OTRO c/CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD”. (Expediente N° 27894/2016 – CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA – 26/07/2017)
- 20.- “Incidente N° 2 - ACTOR: F, A, I DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”. (Expediente N° 002708/2017/2 – CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA – 28/08/2017)
- 21.- “T., H. S. c/ OSDEYM Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 14812/2015 – JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 3 - 27/10/2017)
- 22.- “B., L., L. E. c/ OSPE s/SUMARISIMO DE SALUD”. (Expediente N° 005794/2016/CA001 – CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II – 28/11/2017)

- 23.- “Incidente N° 1 - ACTOR: F, LD DEMANDADO: SWISS MEDICAL S.A s/INC APELACION”. (Expediente N° 017233/2017/1 – CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA - 11/12/2017)
- 24.- “F, LD c/ SWISS MEDICAL S.A s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 017233/2017 – CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA – 05/04/2018)
- 25.- “Incidente N° 1 - ACTOR: BAUMANN, MARÍA NATALIA Y OTRO DEMANDADO: UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/INC APELACION”. (Expediente N° 013801/2017/1/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA CIVIL N° 1 – 15/12/2017)
- 26.- “Incidente N° 1 - ACTOR: BAUMANN, MARÍA NATALIA Y OTRO DEMANDADO: UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/INC APELACION”. (Expediente N° 013801/2017/1/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA CIVIL N° 1 – 27/12/2017)
- 27.- “DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES”. (Expediente N° 046857/2016/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A – SECRETARÍA CIVIL – 05/02/2018)
- 28.- “Incidente N° 1 - ACTOR: MAFFIA, MARIANA Y OTRO DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE”. (Expediente N° 036816/2016/1/CA002 – CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA – SALA II – SECRETARÍA CIVIL – 20/02/2018)
- 29.- “RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA Y OTROS c/ PEN s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 030597/2017/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA – SECRETARÍA CIVIL – 26/03/2018)
- 30.- “S.A.K. Y OTROS c/BRAMED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 67495/2017 – JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 3 – 17/04/2018)
- 31.- “P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986”. (Expediente N° 12325/2017 - JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MISIONES – 26/04/2018)

- 32.- “Incidente N° 1 - ACTOR: YOO, IAN VALENTIN DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”. (Expediente N° 008880/2017/1/CA001 – CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II – 22/05/2018)
- 33.- “C, V, A c/ OSDE Y OTRO s/AMPARO DE SALUD”. (Expediente N° 009027/2016/CA001 – CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA I – 26/06/2018)
- 34.- “IVANCICH, MARIA PIA c/ DASPU - OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTRO s/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS”. (Expediente N° 054049/2018/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE CÓRDOBA – SALA A – 20/07/2018)

PROCESOS PENALES

- 35.- “GENCARELLI, NICOLÁS Y OTROS P.S.S.AS. INFRACCIÓN LEY 23.737”. (Expediente N° 13100/2017/ES1 – JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 2 – 07/04/2017)
- 36.- “FUNARO ADRIANA s/INFRACCIÓN LEY 23.737”. (Expediente N° 453/2018 I.P.P. 01-001098-17 – CÁMARA DE APELACIONES Y GARANTÍA DE LOMAS DE ZAMORA – 27/04/2017)
- 37.- “Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPutADO: OTT, CHRISTIAN DARIO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.A) y INFRACCION ART.189 BIS APARTADO (2) 2° PARRAFO”. (Expediente N° 032884/2017/TO01 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTÍN N° 4 – 27/02/2018)
- 38.- “Incidente N° 3 - IMPutADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL Y OTRO s/INCIDENTE DE FALTA DE ACCION”. (Expediente N° 003273/2017/3/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA PENAL N° 1 – 09/04/2018)
- 39.- “SOLICITANTE: R, ERIKA MELINA Y OTROS s/HABEAS CORPUS”. (Expediente N° 054079/2018 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A – SECRETARÍA PENAL – 06/07/2018)
- 40.- “Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPutADO: ALI BROUCHOUD, EDUARDO NICOLAS Y OTRO s/INFRACCION LEY 23.737”. (Expediente N° 032304/2017/TO01 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTÍN N° 5 – 01/08/2018)

El delito de trata de personas, crimen de lesa humanidad: análisis desde la óptica de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

The crime of trafficking in persons, crime against humanity: analysis from the best of the recent jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

O crime de tráfico de pessoas, crime contra a humanidade: Análise sob a perspectiva da recente jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Le crime de traite des personnes, crime contre l'humanité: analyse du point de vue de la jurisprudence récente de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme

*María Fernanda García*¹ | Universidad Nacional
de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 455-476

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e192>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3197-2625>

Recibido: 15/06/2018

Recibido con modificaciones: 30/06/2018

Aprobado: 19/08/2018

Resumen: El presente artículo pretende realizar un análisis respecto de las consideraciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al fenómeno del trabajo esclavo y al delito de trata de

¹ Abogada. Maestranda en Derechos Humanos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP). mfernandagarciacampos@gmail.com

personas con fines de explotación, su vínculo con aquella esfera central de derechos que conforman el *jus cogens*, y su categorización como crímenes de lesa humanidad, así como las implicancias que esto tiene en el tratamiento de casos a la luz del instituto de la prescripción. El punto de partida para dicho análisis lo constituye la sentencia dictada por la Corte en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” (20 de octubre de 2016), primera ocasión en que se pronuncia respecto del trabajo esclavo, en tanto fenómeno conglobante del trabajo forzoso, el sometimiento a servidumbre y la trata de personas.

Palabras clave: Trata de personas con fines de explotación. Crímenes de lesa humanidad. Imprescriptibilidad. Estándares interamericanos. Derechos humanos.

Abstract This article’s objective is to analyze the Inter-American Court of Human Rights’ considerations, related to the phenomenon of slave labor, as well as the crime of trafficking in persons for the purpose of exploitation, its connection with the central field of rights called “*jus cogens*”, and their categorization as crimes against humanity, as well as their implications in the treatment of cases concerning the institute of limitation period.

The starting point in this analysis is made by the decision of the Court in the case “Workers of Hacienda Brasil Verde vs. Brazil” (October 20, 2016), which is the first time the Court decides with regards to slave labor as an embracing phenomenon of forced labor, submission to servitude and human trafficking.

Key words: Trafficking in persons for the purpose of exploitation. Crimes against humanity. Imprescriptibility. International standards. Human rights.

Resumo: Este artigo pretende analisar as considerações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o fenômeno do trabalho escravo e o crime de tráfico de pessoas com fins de exploração, sua articulação com aquela esfera central de direitos que compõe o *jus cogens*, e sua categorização como crimes contra a humanidade, bem como as implicações que isso tem no tratamento de casos à visão do instituto de prescrição. O ponto de partida para essa análise é a sentença proferida pelo Tribunal no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”

“(20 de outubro de 2016), a primeira ocasião em que se pronúncia a respeito do trabalho escravo, como um fenômeno abarcante de trabalho forçado, a submissão à servidão e ao tráfico de pessoas.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas - exploração - contra a humanidade - Direitos humanos

Résumé: L’objectif de cette travail est d’analyser les considérations de la Cour Interaméricaine des Droits de l’homme, concernant le phénomène du travail forcé et le crime de traite des personnes avec l’objectif d’exploitation, son lien avec le sphère centrale de droits qu’on appelle le “*jus cogens*”, et sa catégorisation comme crime contre l’humanité, ainsi que ses implications dans le traitement des affaires liés a l’institut de la prescription.

Le point de départ de cette analyse est constitué par la sentence de la Cour dans l’affaire “Les travailleurs de la Hacienda Brasil Verde vs. Brésil” (20 octobre 2016), qui a été la première fois que le tribunaux s’est prononcé à propos du travail forcé, en tant que phénomène inclusif du travail forcé, de la soumission à la servitude et de la traite des personnes.

Mot-clés: traite des personnes - exploitation - Crime contre l’humanité - Droits de l’Homme

I. Introducción al caso

El presente artículo pretende realizar un análisis respecto de las consideraciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”) relativas al fenómeno del trabajo esclavo y al delito de trata de personas con fines de explotación, su vínculo con aquella esfera central de derechos que conforman el *jus cogens*, y su categorización como crímenes de lesa humanidad, así como las implicancias que esto tiene en el tratamiento de casos a la luz del instituto de la prescripción.

El punto de partida para dicho análisis lo constituye la sentencia dictada por la Corte en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” (20 de octubre de 2016),

primera ocasión en que se pronuncia respecto del trabajo esclavo, en tanto fenómeno conglobante del trabajo forzoso, el sometimiento a servidumbre y la trata de personas.

En dicha oportunidad, se declaró al Estado de Brasil responsable de la violación del artículo 6 punto 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “la Convención”)², en relación a 84 trabajadores y 1 trabajadora de la “Hacienda Brasil Verde”.

Asimismo, se dijo que el Estado había incumplido con los estándares internacionales que fija la Convención en la materia -segundo punto del artículo 6-, en cuanto a que, en los casos en que en el ordenamiento penal de un país exista la pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzoso, dicho trabajo *no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso*.

Para ello la Corte acudió a la figura de crimen de lesa humanidad bajo la cual encuadró los graves crímenes cometidos, aplicándole en consecuencia el instituto de la imprescriptibilidad y habilitando de este modo la posibilidad de su estudio y juzgamiento.

El análisis de la responsabilidad del Estado, en tanto principal obligado de velar por el efectivo goce de los derechos y garantías por parte de las personas sujetas a su jurisdicción, junto con la gravedad y complejidad de los delitos involucrados, es lo que evidenció la afectación de normas del *jus cogens* que determinó la consideración de crímenes de lesa humanidad aquellos cometidos en la “Hacienda Brasil Verde”.

I.a. Los hechos

En el presente caso se sometió a consideración de la Corte la situación de decenas de trabajadores que permanecieron

² El artículo 6.1 de la Convención dispone: *Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.*

trabajando en la “Hacienda Brasil Verde” en condiciones inhumanas y degradantes³.

En dicha hacienda, ubicada en el Estado de Pará, al norte de Brasil, eran acogidas personas que habían sido captadas en estados vecinos –Maranhão, Tocantins, Piauí- y transportadas durante varios días en camiones, buses y trenes, para finalmente ser afectadas a la junta de *juquira* –vegetación autóctona del lugar-, en lugar de a la cría de ganado –actividad por la que era conocido el establecimiento-.

Las condiciones en que permanecieron allí fueron conocidas con exactitud a raíz de los testimonios brindados por dos trabajadores que lograron escapar del lugar en el mes de marzo del año 2000, ante la Policía Federal y el Ministerio de Trabajo.

Si bien estos relatos permitieron conocer la completa dimensión de lo que sucedía en la hacienda, lo cierto es que las sucesivas visitas realizadas casi anualmente durante los años 1988 a 2002 por representantes estatales –agentes de la Policía Federal, personal y funcionarios de la Delegación Regional del Trabajo- brindaron información relativa a la existencia de graves irregularidades vinculadas con violaciones a derechos humanos de los trabajadores.

En particular, se tomó conocimiento de que los trabajadores no tenían posesión de sus cédulas de trabajo-las habían entregado al gerente al llegar al lugar y no se las habían devuelto-; fueron obligados a firmar documentos en blanco; dormían en

³ Cabe mencionar que, junto con la situación de esclavitud de dichos trabajadores, se sometió a consideración de la Corte la desaparición forzada de dos personas –Iron Canuto da Silva y Luis Ferreira da Cruz-, quienes también trabajaban en la hacienda. Si bien el objeto de este trabajo se circunscribe al análisis de lo resuelto por la Corte en relación a las figuras de esclavitud, servidumbre y trata de personas, cabe aquí mencionar la conclusión de la Corte en este punto central en la denuncia. Ello así, el Tribunal sostuvo que del análisis de los hechos no pudo derivar la responsabilidad estatal, concluyendo que *“el Estado no es responsable por las alegadas violaciones a los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad y libertad personal, contemplados en los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos del niño, establecidos en el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio de Iron Canuto da Silva y Luis Ferreira da Cruz, ni de la violación de los artículos 8 y 25 del mismo instrumento en perjuicio de sus familiares”* (párr. 434).

ranchos de madera con techo de lona, sin luz eléctrica y agua corriente; dormían hacinados en hamacas sin poder contar con camas; los sanitarios se encontraban en muy mal estado entre la vegetación de lugar; la alimentación era escasa y de mala calidad; el agua que bebían no era apta para consumo humano; lo que consumían en comestibles les era descontado de sus salarios; debían trabajar durante jornadas de 12 horas con tan sólo un descanso de media hora para almorzar; eran conducidos hasta el lugar de trabajo y recogidos al finalizar la jornada; las tareas eran efectuadas bajo amenazas de los encargados del lugar quienes portaban armas de fuego; en caso de enfermedad –por realizar el trabajo bajo la lluvia o tomar agua contaminada– no eran atendidos por médico alguno y se les descontaban los medicamentos de sus jornales.

Estas cuestiones dieron lugar a una primera denuncia efectuada en diciembre de 1988 por la Comisión Pastoral de la Tierra y la Diócesis de Conceição de Araguaia –organismos anexos a la Conferencia Episcopal Brasileña con amplio trabajo social en la zona– junto con familiares de dos trabajadores desaparecidos. En dicha instancia ante la Policía Federal sostuvieron que los trabajadores de la “Hacienda Brasil Verde” se encontraban sometidos a una situación esclavitud y que dos de ellos habían desaparecido.

Luego de una segunda denuncia en enero de 1989 ante el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana del Ministerio de Justicia, en el mes de marzo de 1992 la Procuraduría General de la República decidió dar apertura a un proceso administrativo para investigar los hechos denunciados que habilitaron las sucesivas visitas *in loco* que se mencionaran.

En el año 1997 se inició un proceso penal contra Raimundo Alves de Rocha –“gato” o empleador de trabajadores rurales– por los delitos de trabajo esclavo, atentado contra la libertad del trabajo y tráfico de trabajadores; contra Antônio Alves Vieira -gerente de la hacienda– por los dos primeros de dichos delitos; y contra João Luiz Quagliato Neto -propietario del establecimiento– por frustración de derechos laborales.

El proceso fue suspendido respecto del último de ellos en virtud de la baja pena en expectativa que el Código Penal brasileiro estipula para el delito endilgado.

Luego de sucesivas declaraciones de incompetencias entre la justicia federal y la estadual, que conllevaron a la dilación del proceso por casi 7 años, en el año 2007 el Superior Tribunal de Justicia indicó que el fuero federal era el pertinente para entender en el asunto.

En el año 2008 el Ministerio Fiscal solicitó que se declarara extinta la acción penal por efecto de la prescripción, criterio receptado por el órgano de justicia que puso fin al proceso en dicho sentido.

Paralelamente, y a raíz de los hechos denunciados por dos trabajadores que lograron escaparse en marzo del año 2000, agentes del Ministerio de Trabajo junto con la Policía Federal ingresaron a la hacienda donde pudieron corroborar los extremos expuestos.

Se generó un procedimiento en el ámbito administrativo en el marco del cual se firmó un acuerdo con los responsables de la hacienda, donde se comprometieron a mejorar las condiciones laborales y de vida de aquellas personas trabajadoras del lugar.

En el año 2002, el Ministerio de Trabajo elaboró un informe donde concluyó que las personas obligadas habían cumplido con el acuerdo, pero lo cierto es que, al momento de dictar sentencia en el caso bajo estudio, la Corte desconocía el resultado final de ese proceso administrativo.

1.b. Actuaciones ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el año 1998 se decidió llevar el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”), concretándose la petición inicial en el mes de noviembre, por parte de la Comisión Pastoral de la Tierra y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

Las conclusiones de la Comisión respecto del caso fueron rotundas: el Estado era responsable internacionalmente por la violación de los derechos contemplados en los artículos 5 (derecho a la integridad física), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 7 (derecho a la libertad personal), 22 (derecho de circulación y residencia), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (obligación de los Estados de respetar derechos y libertades) de la misma, en perjuicio de aquellos trabajadores de la “Hacienda Brasil Verde” hallados durante las sucesivas visitas al lugar, por no haber adoptado las medidas necesarias y efectivas para garantizar el efectivo goce de sus derechos sin discriminación alguna.

En particular, la Comisión señaló que la aplicación del instituto de la prescripción al presente caso resultó lesivo del principio de acceso eficaz a la justicia ante casos de violaciones de derechos fundamentales (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención), en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 y en el artículo 2 (deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno) de dicho instrumento.

Asimismo, formuló recomendaciones específicas al Estado, entre las cuales se destacan el deber de restituirles a los trabajadores los salarios adeudados por el trabajo realizado y las sumas de dinero retenidas en concepto de alimentación y medicamentos; concretar procesos de investigación relativos a las prácticas de trabajo esclavo de forma imparcial, efectiva y en plazos razonables –en el presente caso, pero en otros también–; implementar políticas públicas –legislativas, judiciales, administrativas– para erradicar el trabajo esclavo en Brasil; velar por el cumplimiento de aquella normativa laboral que prescribe límites temporales a las jornadas laborales, el pago de salarios sobre la estricta base de la igualdad, entre otras; adoptar medidas tendientes a erradicar la discriminación de índole estructural que conlleva al sometimiento a esclavitud y servidumbre.

Luego de otorgarle al Estado brasileiro un plazo de dos meses –prorrogados en diez oportunidades– para el cumplimiento de

dichas recomendaciones y de la ausencia de respuestas del mismo, la Comisión sometió el caso a estudio de la Corte Interamericana, para que, en particular, considerara las acciones y omisiones del Estado a partir del 10 diciembre de 1998, fecha en que Brasil aceptó la competencia contenciosa de dicho Tribunal⁴, incluyendo también aquellos actos de carácter continuo o permanente cuyo perfeccionamiento se extendió con posterioridad a dicha fecha, en virtud de la falta de conformidad estatal con las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prohíben el trabajo forzoso, el sometimiento a esclavitud y la trata de personas.

II. Cuestiones relativas a la obligación de los Estados de garantizar el efectivo goce de derechos

La Corte tuvo por probado que los hechos sometidos a su estudio fueron cometidos en un contexto local de desigualdad estructural –a lo largo de todo el país, pero por sobre todo en la región norte-, en el que miles de personas son sometidas a prácticas de trabajo esclavo, servidumbre y trata con fines de explotación.

Esta situación generalizada, que trasciende los límites del propio caso, fue el conducto para analizar la responsabilidad del Estado, en tanto principal garante del efectivo goce de derechos por parte de las personas abarcadas por su jurisdicción.

El Tribunal afirmó la existencia de conocimiento estatal respecto de estas prácticas abusivas tanto en la “Hacienda Brasil Verde” -a partir de la información obtenida en las sucesivas fiscalizaciones-, como también en otras zonas del país, constituyendo un fenómeno frecuente que halla su origen en las instaladas prácticas esclavistas de la época de la colonia.

A pesar de dicho conocimiento no se adoptaron las medidas necesarias para prevenirlas y para dar respuestas adecuadas en

⁴ Brasil es Estado Parte de la Convención Americana desde el 25 de septiembre de 1992, pero reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 10 de diciembre de 1998.

los casos ya consumados –investigación, juzgamiento y sanción de responsables, acompañamiento y asesoramiento a víctimas, reparaciones adecuadas a las mismas, entre otras-.

Esta actitud pasiva por parte del Estado fue lo que puso de resalto su responsabilidad internacional, ya que, como ha dicho la Corte en innumerables casos, no basta con la mera abstención de violar un derecho, siendo imperiosa la adopción de medidas positivas tendientes a prevenir y subsanar violaciones de derechos que se suscitan en su territorio⁵.

Dentro de esta obligación de garante, el Estado debe impedir que sus agentes, pero también terceros particulares, atenten con los derechos y garantías fundamentales protegidas en las constituciones locales y en tratados internacionales de derechos humanos.

En lo que hace al trabajo forzoso, el delito de trata y el sometimiento a servidumbre, este deber ser encuentra receptado en el artículo 6 de la Convención, en conjunción con el artículo 1.1 del mismo instrumento. De este modo, la primera de dichas normas contempla la prohibición expresa de que ninguna persona sea sometida a dichas condiciones, mientras que la segunda constituye un compromiso de carácter más general por medio del cual los Estados se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio por parte de toda persona, sin discriminación alguna.

Esto último es lo que compele al Estado brasileiro a adoptar medidas apropiadas y efectivas para erradicar estas prácticas de explotación, es decir, asumir una postura proactiva en los casos concretos en los que deba conocer, pero también de forma preventiva, anticipándose a las violaciones de derechos fundamentales, máxime cuando existe un probado contexto que hace prever futuras transgresiones.

⁵ Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006); Gomes Lund y otros ("Guerrilha Do Araguaia") vs. Brasil (2010); Wong Ho Wing Vs. Perú. (2015), entre otros.

Al respecto la Corte dijo que “la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva al fenómeno de la esclavitud contemporánea” (párr. 320).

En esta lógica brindó algunas directivas para llevar adelante dicha tarea, las que se encuentran en sintonía con lo recomendado oportunamente por la Comisión. Entre ellas se pueden mencionar el habilitar instancias efectivas de investigación que permitan identificar, juzgar y sancionar responsables; eliminar legislaciones –sobre todo en materia laboral- que toleren prácticas esclavistas o de explotación; legislar en sentido de prohibir cualquier manifestación de trabajo forzoso, servidumbre o trata de personas; realizar procedimientos administrativos de fiscalización de zonas o regiones alcanzadas en mayor medida por este flagelo; adoptar planes o protocolos de protección y asistencia de víctimas.

Son estas obligaciones de prevención y garantía de ejercicio y goce de derechos humanos lo que le permitió a la Corte entrar a analizar el caso, sin importar que en el mismo hayan actuado terceros particulares, sin la participación de agentes estatales.

Lo que interesó a la Corte es que el Estado, con su falta de diligencia, de algún modo generó las condiciones para que los hechos se sucedieran, para que el sometimiento a trabajo esclavo se produjera y reprodujera a lo largo del tiempo –recordemos que las primeras denuncias en el particular datan del año 1988-.

III. Crimen de Lesa Humanidad: afectación del *jus cogens*

Los crímenes de lesa humanidad, como su nombre lo indica, son aquellos que afectan graves intereses de la humanidad en su totalidad. Entrañan las más graves violaciones de derechos humanos que, por su meridiana importancia, encuentran

protección en la gran amalgama de tratados y convenciones internacionales de derechos humanos.

En el presente caso, la Corte caracterizó como norma de *jus cogens*⁶ la prohibición de la esclavitud y las graves violaciones a los derechos de trabajadores de la “Hacienda Brasil Verde” como constitutivos de crímenes de lesa humanidad⁷. Esta es una de las características más sobresalientes de la sentencia, siendo la primera oportunidad en que la Corte decidió contundentemente un caso a la luz de las prescripciones del artículo 6 de la Convención⁸.

Para llegar a dicha conclusión no sólo analizó la gravedad de los hechos sometidos bajo su estudio, sino que avanzó aún más, y concluyó que el contexto en el que estaban insertos los trabajadores era un contexto de desigualdad estructural trascendente al propio caso, que colocó a dichos trabajadores, pero también a otras decenas de miles en otros lugares, en dicha situación de explotación extrema.

Es aquí donde radica la responsabilidad del Estado brasileño: la Corte señaló que la falta de acciones positivas estatales para revertir una situación que encuentra sus orígenes en la

⁶ Retoma el concepto de *jus cogens* de la Convención de Viena del año 1969 que en su artículo 53 lo define como norma o principio del derecho derivado del consenso general de los Estados y de consecuente cumplimiento obligatorio por parte de ellos. Integrante de una categoría privilegiada que no admite excepción ni acuerdo en contrario.

⁷ Cabe referir que en la sentencia analizada, y a los fines de abordar los hechos de los cuales fueron víctimas los trabajadores de la hacienda, la Corte utiliza los conceptos de trata de personas, sometimiento a servidumbre y a trabajos forzados como manifestaciones del fenómeno esclavitud, considerando probado en el presente la configuración de todos ellos.

⁸ Con anterioridad al presente caso, la Corte se ha pronunciado en pocas oportunidades sobre este tipo de delitos, siendo que en las ocasiones donde lo mencionó no ha efectuado mayores profundizaciones en la temática. Así, en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012), el Tribunal estableció que “la protección contra la esclavitud y servidumbre es una obligación internacional erga omnes, derivada ‘de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana’, cuando los Estados tengan conocimiento de un acto constitutivo de esclavitud o servidumbre, en los términos de lo dispuesto por el artículo 6 de la Convención Americana, deben iniciar ex officio la investigación pertinente a efecto de establecer las responsabilidades individuales que correspondan”(párr. 225). Caso Masacres de Ituango vs. Colombia (2006) es otro ejemplo.

época de la colonia fue lo decisivo para conformar un contexto de tanta desigualdad y asimetría social.

Respecto del desarrollo del concepto de desigualdad estructural que realizó el Tribunal, y en particular el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, se entiende que excede el objetivo del presente trabajo, motivo por el cual sólo se dirá que también constituye de una novedad su inclusión dentro de una sentencia de la Corte Interamericana que por vez primera consideró a la “pobreza” como parte de la prohibición de discriminación por la “posición económica” de las personas.

Ha dicho que conforme el estadio actual de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el principio fundamental de igualdad y no discriminación se encuentra incluido en la órbita del *jus cogens* (cf. párr. 416).

A dicha falta de conducta proactiva por parte de Brasil se sumó, en el particular, la ausencia de debida diligencia en la investigación, persecución y castigo de los responsables de la “Hacienda Brasil Verde”, así como el debido acompañamiento y asistencia de las víctimas, una vez que desde las esferas del Estado –Policía Federal, Ministerio de Trabajo, Procuraduría General- se tomó conocimiento de lo que acontecía en dicho establecimiento.

Ahora bien, continuando con abordaje atinente a los crímenes de lesa humanidad se puede señalar que el término fue empleado por primera vez en el Estatuto del Tribunal de Núremberg (1945-1946) y reforzado en la estricta necesidad de su persecución y castigo por los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994).

Sólo a modo de ejemplo se puede mencionar un fragmento de la sentencia condenatoria del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, en la que se dijo que “los crímenes contra la humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos

que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen contra la humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”⁹.

Finalmente, su definición vino a proporcionarla el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (2002). En su artículo 7 prescribe:

Se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el

⁹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*, sentencia de 29 de noviembre de 1996, párr. 28. Disponible en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>

presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (el subrayado me pertenece).

En lo que aquí interesa, dentro de las conductas que se prevén como configurativas de dichos crímenes, se encuentra la esclavitud, definida a continuación, en el inciso c del segundo apartado de dicho artículo: *por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.*

En la sentencia dictada en el caso Trabajadores de la “Hacienda Brasil Verde”, la Corte acudió a estas definiciones a la hora de analizar y precisar los alcances del artículo 6 de la Convención.

En el entendimiento de que la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y las prácticas análogas a la esclavitud son conceptos en permanente evolución, la Corte articuló la letra del Estatuto de Roma con lo previsto en la Convención sobre la Esclavitud adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud de 1956. En la primera de ella se definió la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (artículo 1), mientras que en la segunda se amplió el marco de protección incluyendo dentro de la prohibición absoluta de la esclavitud a instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, como lo son la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba (artículo 1).

Más precisamente, sostuvo: “Este concepto ha evolucionado y ya no se limita a la propiedad sobre la persona. Al respecto,

la Corte considera que los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima” (párr. 269)¹⁰.

Esta base convencional habilita el tratamiento de estos crímenes como parte de la esfera de graves crímenes contra la humanidad por la afectación de derechos fundamentales a la que conducen: personalidad jurídica del ser humano, integridad personal, libertad personal, dignidad, entre otras (cf. párr. 273)¹¹.

Del mismo modo, echó mano a la enumeración de conductas que pueden determinar la existencia de una situación de esclavitud –indicadores- efectuada en una primera instancia por el referido Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y luego por el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo) del año 2000.

Algunas de ellas: restricción o control de la autonomía individual, la libertad de elección o la libertad de movimiento de una persona; ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; abuso de

¹⁰ La Corte define los conceptos de “estado o condición” como situación de *jure* pero también de *facto*, lo que permite pensar que “no es esencial la existencia de un documento formal o una norma legal para la caracterización de ese fenómeno” (párr. 270).

Hace lo mismo respecto del “ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad”, que define como “posesión”, es decir la “demostración de control de una persona sobre otra”, “control ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona” (párr. 271).

¹¹ En el apartado 306 de la sentencia, la Corte resaltó el carácter de pluriofensivo del delito de esclavitud, inclinándose por la subsunción de todas estas afectaciones a diversos derechos en la figura del artículo 6 de la Convención.

poder; la posición de vulnerabilidad de la víctima; explotación; exacción de trabajo o servicios forzosos u obligatorios.

En virtud del empleo de esta suerte de guía, y al verificar la Corte la presencia de estos indicadores en el caso de los trabajadores de la “Hacienda Brasil Verde”, fue clara la subsunción bajo la figura de esclavitud y, consecuentemente, de crimen de lesa humanidad.

La principal consecuencia de tipo “procedimental” que se derivó de esta categorización de crímenes de lesa humanidad, fue la posibilidad de que la Corte entendiera en el caso más allá del tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos¹². De este modo, el Tribunal declaró la imprescriptibilidad de los crímenes cometidos contra 84 trabajadores y 1 trabajadora de la hacienda.

Insistió la Corte en que “la esclavitud es considerada un delito de derecho internacional cuya prohibición tiene estatus de *jus cogens*”, motivo por el cual “la prescripción de la acción penal es inadmisibles” (párr. 412).

Para un mayor desarrollo al respecto remitió a lo resuelto con anterioridad en los casos *Barrios Altos Vs. Perú* (2001) -párr. 41-; *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) -párr. 110/111-; *Trujillo Oroza Vs. Bolivia* (2002) -párr. 106- y *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador* (2007) -párr. 111-, oportunidades en las que se expidió en el sentido de no admitir la invocación de figuras procesales como la prescripción para evadir la obligación de investigar y sancionar esta clase de delitos tan graves.

La propia letra del inciso segundo del artículo 27 de la Convención relativo al núcleo de derechos y garantías respecto de los cuales no rige la suspensión contemplada en el inciso primero, ubica a la prohibición de la esclavitud del artículo 6 dentro de la esfera de los derechos esenciales de la condición humana.

¹² Recordemos que la Corte entendió respecto de aquellos delitos cometidos con posterioridad a la aceptación de la competencia del Tribunal por parte de Brasil en el año 1998, y que la sentencia analizada en el presente trabajo fue dictada dieciséis años más tarde, en el año 2016.

Finalmente, selló la discusión: “la Corte considera que la prescripción de los delitos de sometimiento a la condición de esclavo y sus formas análogas es incompatible con la obligación del Estado brasileño de adaptar su normativa interna de acuerdo a los estándares internacionales” (párr. 413).

IV. Consideraciones finales

A modo de conclusión pueden señalarse algunas ideas centrales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos introdujo en la resolución del caso *sub examine*, las que, más allá de la importancia de su novedad, contribuyen a ampliar el espectro de protección de los derechos y garantías consagrados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

El caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde” constituye la primera ocasión en la que la Corte, dentro de sus facultades contenciosas, resolvió aplicando el artículo 6 de la Convención.

Para ello precisó los alcances de dicha norma: las conductas que determinan la existencia de esclavitud, sometimiento a servidumbre, trabajos forzosos, trata de personas con fines de explotación; así como el carácter pluriofensivo de estos delitos, por la afección que implican al derecho a la personalidad jurídica del ser humano, a la integridad personal, la libertad personal y a la dignidad.

Analizó el contexto en el que se encontraban las personas sometidas a dichas condiciones de explotación, considerando que se trataba de un contexto de desigualdad histórica y estructural que como tal aumentaba exponencialmente las condiciones de vulnerabilidad y, en consecuencia, las posibilidades de quedar sujetos a dichas prácticas abusivas.

Respecto de este último punto, la Corte sostuvo la responsabilidad del Estado brasileiro por su pasividad en la adopción de políticas públicas tendientes a erradicar dicho contexto de desigualdad y discriminación, basado en la pobreza –situación

económica de ciertos sectores sociales-, que bien podrían constituir respuestas válidas de tipo preventivas para una problemática de dimensiones tan complejas como la analizada aquí.

La gravedad de los delitos reprochados en el presente caso –conocidos por agentes estatales desde las primeras denuncias de fines de 1988 y comienzos de 1989-, en sumatoria con este contexto discriminatorio perpetuado a lo largo del tiempo, hicieron concluir a la Corte de que se trataban de crímenes de lesa humanidad, cuya definición trasciende los límites del propio caso de los trabajadores de la hacienda.

En este punto la Corte utilizó los conceptos contenidos en otros tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, con el propósito de dar un abordaje integral a la problemática, dimensionando acabadamente las consecuencias *vis-à-vis* con las obligaciones de los Estados.

Frente a dicho panorama el Tribunal insistió en un concepto esbozado en todos los casos sometidos a su consideración¹³: la obligación general de los Estados Parte de la Convención de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos implica el adecuar su derecho y prácticas internas a las disposiciones de la misma –conforme la manda de artículo 2 de dicho documento-. Ello implica que las medidas adoptadas en el ámbito local –sean legislativas, judiciales o ejecutivas- deben ser efectivas *-effet utile-*.

De este modo, las medidas deberán tender a suprimir normas y prácticas violatorias de las garantías contempladas en la Convención, pero también a la sanción de normas o el dictado e implementación de prácticas conducentes a garantizar su pleno goce y ejercicio (cf. párr. 410).

En el particular, dicha proactividad que se exige al Estado se encuentra vinculada con la necesidad de concretar canales

¹³ Casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) -párrs. 166 y 167-; González y otras vs. México (2009) -párr. 236-; Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009) -párr. 234-; Fernández Ortega y otros vs. México (2011) -párr. 191-; Rosendo Cantú y otra vs. México (2011) -párr. 175-; entre otros.

efectivos de investigación de los hechos denunciados: diseñando mecanismos de real acceso a la justicia por parte de las personas damnificadas; persiguiendo, juzgando y sancionando a los responsables de estas graves violaciones a los derechos humanos; removiendo obstáculos procedimentales –aplicación de la figura de la prescripción– para que dichas pretensiones no se vean frustradas.

Este deber de investigar ya fue exigido al Estado Brasileiro en anteriores oportunidades. Así, en los Casos Garibaldi vs. Brasil (2009) y Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil (2010), la Corte le ha dicho que “el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad.” (párrs. 113 y 138, respectivamente).

Respecto de los obstáculos de tipo procedimentales, cabe aquí recordar que la Corte en oportunidades anteriores ha sostenido la inadmisibilidad de disposiciones de amnistía y de prescripción cuando se está ante la necesidad de investigar graves violaciones a los derechos humanos¹⁴, en la medida en que al obstaculizar el esclarecimiento y la efectiva sanción de los responsables, son contrarias al deber de garantía al que se han comprometido los Estados Parte de la Convención.

Por otro lado, la proactividad reclamada al Estado también entraña la implementación de políticas de asistencia y

¹⁴ Casos Barrios Altos vs. Perú (2001) -párr. 41-; La Cantuta vs. Perú (2006)-párr. 152-; Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009) -párr. 129-.

acompañamiento de víctimas y familiares, a la par de acciones que tiendan al restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos¹⁵.

Finalmente, cabe concluir que el presente caso elevó notoriamente el estándar de protección en la materia bajo estudio al considerar los complejos fenómenos de la esclavitud, el trabajo forzoso y la trata de personas como productos de un contexto de desigualdad estructural, en el que la ausencia de políticas estatales resulta el factor determinante a la hora de su permanencia y profundización a lo largo del tiempo. La gravedad y multiplicidad de los derechos afectados –normas de *jus cogens*–, en suma con esa responsabilidad estatal subyacente, determinaron su categorización como crímenes de lesa humanidad, máxima categoría de lesividad reconocida por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos.

V. Jurisprudencia utilizada

1. Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (C.I.D.H. - 2007);
2. Almonacid Arellano vs. Chile (C.I.D.H. - 2006);
3. Barrios Altos vs. Perú (C.I.D.H. - 2001);
4. Fernández Ortega y otros vs. México (C.I.D.H. - 2011);
5. Garibaldi vs. Brasil (C.I.D.H. - 2009);
6. Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil (C.I.D.H. - 2010);
7. González y otras vs. México (C.I.D.H. - 2009);
8. Kawas Fernández vs. Honduras (C.I.D.H. - 2009);
9. La Cantuta vs. Perú (C.I.D.H. - 2006);
10. Masacres de Ituango vs. Colombia (C.I.D.H. - 2006);
11. Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (C.I.D.H. - 2009);
12. Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (C.I.D.H. - 2006);

¹⁵ En este sentido, los casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) -párrs. 166 y 176-; Gozález y otras vs. México (2009) –párr. 288-; Ticona Estrada y otros vs. Bolivia (2008) -párr. 78-; Garibaldi vs. Brasil (2009) -párr. 112-; Kawas Fernández vs. Honduras (2009) -párr. 76-.

13. Masacres de Río Negro vs. Guatemala (C.I.D.H. - 2012),
14. Prosecutor vs. Drazen Erdemovic (T.P.I.Y. - 1996);
15. Rosendo Cantú y otra vs. México (C.I.D.H. - 2011);
16. Ticona Estrada y otros vs. Bolivia (C.I.D.H. - 2008);
17. Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (C.I.D.H. - 2016);
18. Trujillo Oroza Vs. Bolivia (C.I.D.H. - 2002);
19. Velásquez Rodríguez vs. Honduras (C.I.D.H. - 1988);
20. Wong Ho Wing Vs. Perú. (C.I.D.H. - 2015).

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Juan Francisco Díaz

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 477-481

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e193>

La Corte Suprema resolvió que es la Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital la que debe definir qué juez tramitará la causa colectiva contra la suba de gas del 2017

El máximo tribunal resolvió hoy en el marco de la causa colectiva “Alem” en la que se trabó un conflicto de competencia entre la Justicia Federal de Junín (Jurisdicción La Plata) y la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Corte Suprema, siguiendo el dictamen de la procuradora Monti, consideró aplicable el artículo 20 de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares Frente al Estado que establece que todo conflicto de competencia en la que interviene un juez Contencioso Administrativo Federal y cualquier otro juez del país, debe ser resuelto por Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital. La decisión tiene alta incidencia para las restantes causas por tarifas que se suscitan en todo el país. (CSJN “EN-Mº Energía y Minería c/ Dirección de Derechos Humanos y Defensa al Consumidor de la Municipalidad de Leandro N. Alem s/inhibitoria”, 18 de junio de 2018).

La Corte Suprema rechazó tratar una demanda directa contra las inmunidades de los legisladores nacionales

El máximo tribunal, por remisión al dictamen de la procuradora Monti, rechazó tratar una demanda de la ex precandidata a diputada de Cambiemos, Patricia Vazquez, en la que requería

la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 25.530 que prohíbe allanar domicilios u oficinas de legisladores e interceptar comunicaciones. La Corte, coincidiendo con el dictamen fiscal, consideró que la causa era ajena a la instancia originaria cuyos supuestos son taxativamente limitados por la Constitución y tampoco se verificaban circunstancias que legalmente la habilitan a intervenir. (*CSJN “Vásquez, Patricia Maria s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 21 de junio de 2018*).

La Corte Suprema rechazó tratar una medida cautelar contra la suba tarifaria del gas del año pasado

El máximo tribunal rechazó, por unanimidad, el recurso extraordinario por salto de instancia (Per Saltum) presentado por una asociación de consumidores en el marco de la causa colectiva nacional “Alem” con el objeto de que se avoque al tratamiento de la medida cautelar solicitada fin de suspender la vigencia del cuadro tarifario del año 2017 del servicio de suministro de gas natural para todo el país. (*CSJN “Dirección de Der. Humanos y Def. al Consum. de la Municipalidad de L.N.Alem y otros c/ Estado Nacional (Mtrio. de Energía y Minería) y otro s/ amparo colectivo”, 10 de julio de 2018*).

Las Provincias pueden renunciar a la competencia originaria de la Corte Suprema y litigar ante los jueces federales con asiento en las mismas

Así lo afirmó el máximo tribunal, en consonancia con lo dictaminado por el Procurador Fiscal Víctor Abramovich, en el marco de una inhibitoria planteada por el entonces Procurador del Tesoro Carlos Balbín en el marco de los litigios por la suba tarifaria del gas del 2016 en una causa que la Provincia de Chubut inició ante el Juzgado Federal de Rawson. Si no hay razones institucionales que hagan impostergradable la intervención de la Corte, las Provincias pueden prorrogar la competencia originaria ante los jueces federales del interior, afirmó el tribunal. (*CSJN “Procuración del Tesoro de la Nación s/ inhibitoria en autos Provincia del Chubut c/ Estado Nacional-Ministerio de*

Energía y Minería y otros s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 10 de julio de 2018).

La Corte Suprema reconoció el derecho al voto de las personas con discapacidad mental

El máximo tribunal revocó una sentencia de la Cámara Nacional Civil y reconoció el derecho de una persona de 74 años que padece un retraso mental moderado al sufragio. La Corte señaló que para restringir el voto se debió determinar que carecía de capacidad para realizar este acto político específico, con base estudios que brinden razones concretas por las cuales no puede sufragar en forma autónoma. El Procurador Fiscal Víctor Abramovich también había dictaminado en este mismo sentido. (*CSJN “F., H. O. s/ artículo 152 ter Código Civil”, 10 de julio de 2018*).

Los derechos de autor sobre El Eternauta son de los herederos de Oesterheld

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió un recurso extraordinario de los herederos de Oesterheld y afirmó que éstos tienen los derechos de autor sobre la historieta El Eternauta.

La esposa del escritor había firmado en 1982 una cesión de derechos sobre la obra a una editorial pero fue declarado nulo en 1994 porque se configuró un caso de lesión dado que, cuando se suscribió tal contrato, se encontraba apremiada por su situación económica y afectada por la desaparición de su esposo y sus cuatro hijas durante el terrorismo de Estado. Ahora la Corte Suprema admitió su demanda, declaró la nulidad del registro de la marca por parte de la editorial en disputa y afirmó que a ellos le corresponde el derecho sobre la marca. (*CSJN “Sánchez de Oesterheld, Elsa Sara y otros c/ Ediciones Record SA s/ nulidad de marca”, 14 de agosto de 2018*).

La Corte confirma que el personal de servicio doméstico de todo el país está amparado por un régimen de salarios mínimos

El máximo tribunal revocó un fallo del Tribunal Superior de Justicia de Corrientes que había desconocido el derecho

de una trabajadora de casa particular a que su indemnización por despido se calcule teniendo en cuenta el salario mínimo establecido para su tarea por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. (*CSJN “Ortiz, Graciela c/ Serpa de Torres, Nidia y/o Torres, Carlos y/o quien resulte responsable s/ despido”, 23 de agosto de 2018*).

Se reafirmó el principio de autonomía municipal ante un caso de discriminación en el reparto de coparticipación

Así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la firma de los Ministros Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti, al resolver que el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero debe tratar el planteo por el cual la Ciudad de la Banda denuncia que el gobierno de la provincia de Santiago del Estero no actualiza los índices en base a los cuales distribuye los fondos de la coparticipación entre los municipios de la provincia.

Para así decidir el Tribunal comenzó por considerar que la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional a la autonomía de los municipios en el artículo 123 y, consecuentemente, la obligación de las provincias de materializar ese mandato. (*CSJN “Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos”, 23 de agosto de 2018*).

Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte bonaerense suspendió la reglamentación de la Ley de Empleo Público Municipal

El máximo tribunal provincial decretó una medida cautelar que suspende gran parte del Decreto 784/16, por el cual, la Gobernadora María Eugenia Vidal reglamentó ley 14.656 que regula el empleo público municipal. (*SCBA “Federación de Sindicatos Municipales Bonaerenses c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconst. decr. 784/2016”, 27 de junio de 2018*).

La Suprema Corte bonaerense confirmó el rechazo de una medida cautelar contra el aumento tarifario eléctrico

El máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires resolvió, por cuatro votos contra tres, confirmar la denegatoria de concesión de un recurso contra la decisión de la Cámara Contencioso Administrativo de La Plata que revocó una medida cautelar que suspendía el aumento en las tarifas de energía eléctrica del año pasado. La mayoría, integrada por los jueces Pettigiani, Genoud, Kogan y Natiello, consideró que la decisión no era recurrible; la minoría, integrada por los jueces Negri, Soria y De Lázzari, señalaron que como la decisión negaba legitimación al Defensor del Pueblo bonaerense y la configuración de un caso colectivo, era equiparable a sentencia definitiva y debía conocer la Suprema Corte. (SCBA “*Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Min. de Infraestructura, Viv y Serv. Pub s/ Legajo de Apelación*, 13 de julio de 2018).

Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

James Vértiz Medina

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 482-494

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e194>

Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

I. Hechos. El caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado chileno por la atención médica brindada, en dos oportunidades, en un hospital público al Sr. Poblete Vilches, quien era una persona adulta mayor. Entre otras alegaciones se señala que al Sr. Poblete Vilches durante su primer ingreso se le practicó una intervención, presuntamente cuando se encontraba inconsciente, sin el consentimiento de la familia. Además, se alegó que se le habría dado de alta de manera temprana, y durante su segundo ingreso se le habría negado el tratamiento que requería, derivando posteriormente en su fallecimiento en el mismo hospital.

II. Fondo. En el presente la Corte reafirma su doctrina jurisprudencial sentada en el caso “Lagos del Campo” sobre su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, y anuncia que por primera vez se pronuncia respecto del derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Luego de subrayar que el derecho a la salud está consagrado por un vasto corpus iuris internacional, el Tribunal de

San José considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica.

Respecto de los estándares sobre el derecho a la salud aplicables a situaciones de urgencia médica, señala que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

A tales efectos puntualiza que, en primer lugar, la operatividad de dicha obligación comienza con el deber de regulación, por los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad.

En segundo lugar, señala, se deben satisfacer en materia de salud una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Por lo manifestado, la Corte estima que para efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares: a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas. b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos. c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así

como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población. d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.

En tercer lugar, y como condición transversal de la accesibilidad, recuerda que el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, entre ellas las personas mayores.

Por último, invocando su jurisprudencia en el caso Suárez Peralta, sostuvo que el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas.

Asimismo destaca también que es la primera ocasión en la que se pronuncia de manera específica sobre los derechos de las personas adultas mayores en materia de salud, de las que dice tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. En vista de lo anterior, resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia, sosteniendo que, al menos, estas “deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”. Por lo tanto, considera que, respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud. Lo anterior se traduce en la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua. En consecuencia, el incumplimiento de dicha obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos.

También el tribunal interamericano expresó que no toda muerte acaecida por negligencias médicas debe ser atribuida al Estado internacionalmente, sino que corresponde atender las circunstancias particulares de cada caso.

De modo que, siempre a juicio de la Corte, para determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos: a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien, b) se acredite una negligencia médica grave; y c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente. Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberá tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado, y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación.

En referencia al derecho al consentimiento informado en materia de salud y el acceso a la información, recalcó que el artículo 13 de la Convención Americana incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo cual protege el derecho de acceso a la información, incluyendo información relacionada con la salud de las personas.

En este sentido sostiene que el consentimiento informado consiste “en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”. Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el

resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber que sea previo, libre, pleno e informado y brindado como regla general a la persona que accederá al procedimiento.

También dispuso que los prestadores de salud deberán informar al paciente, al menos, sobre: i) la evaluación del diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento.

III. Reparaciones. Entre otras medidas, y a fin de evitar que hechos similares a estos se repitan, le ordenó al Estado de Chile a que dentro de un plazo de un año, adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados. Asimismo le ordenó al Estado que diseñe una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las personas mayores en relación con la salud, contemplados en los estándares establecidos en esta Sentencia, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica. Dicha publicación (impresa y/o digital) deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Chile, tanto para los y las pacientes como para el personal médico, así como en el sitio web del Ministerio de Salud.

Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352

I. Hechos: El caso versa sobre el homicidio del periodista Nelson Carvajal Carvajal, ocurrido el 16 de abril de 1998, quien fuera ejecutado por motivos relacionados con el ejercicio de su profesión como periodista, y para silenciar su trabajo periodístico en la revelación de actos ilícitos supuestamente cometidos bajo el amparo de autoridades locales. Asimismo se relaciona con la falta de investigación sobre lo sucedido, todo ello en un contexto de amenazas y hostigamiento a los familiares del periodista, que habría tenido como consecuencia la salida de varios de ellos del territorio colombiano.

II. Fondo: El Tribunal de San José destacó que el derecho a la libertad de expresión, reconocido en el artículo 13 de la Convención, protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Que este derecho tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo, y que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión.

En consecuencia señala que, la primera dimensión de la libertad de expresión comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión, esto es, la social, la Corte ha señalado que la libertad de expresión implica también el derecho de todos

a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

De modo que, según la Corte, la profesión de periodista implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención. El ejercicio profesional del periodismo no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.

Sobre la importancia del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal ha enfatizado que la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Por lo que, sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.

También en el caso la Corte recuerda que las infracciones al artículo 13 de la Convención Americana van desde la restricción excesiva de la libertad de expresión o su total supresión, y que una de las formas más violentas de suprimir el derecho a la libertad de expresión es a través de homicidios contra periodistas y comunicadores sociales. Este tipo de actos de violencia

contra periodistas puede incluso tener un impacto negativo en otros periodistas que deben cubrir hechos de esa naturaleza, quienes pueden temer sufrir actos similares de violencia.

III. Reparaciones: La Corte estableció, entre otras medidas de reparación, la Corte considera que el Estado debe garantizar las condiciones de seguridad adecuadas para que puedan retornar a sus lugares de residencia, de ser el caso y si así lo desean, sin que ello represente un gasto adicional para los beneficiarios de la presente medida. Dichas personas cuentan con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de retornar. Si dentro de este plazo las víctimas manifiestan su voluntad de volver a su país de origen, empezará a contar un plazo de dos años para que las víctimas y el Estado acuerden lo pertinente a fin de que éste pueda cumplir con esta medida de reparación, entre otros, pagando los gastos de traslado de los miembros de la familia y las eventuales franquicias de aduana.

Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353

I. Hechos: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la situación de impunidad en que se encuentran la detención arbitraria, tortura y muerte del periodista Vladimir Herzog, ocurrida el 25 de octubre de 1975, como consecuencia entre otras de la vigencia de la Ley No. 6.683/79 (Ley de Amnistía) promulgada durante la dictadura militar brasileña.

II. Fondo: En primer lugar la Corte se avocó a analizar el alegado incumplimiento del derecho a conocer la verdad en virtud de la divulgación de la falsa versión de la muerte del Sr. Herzog, y la negativa por parte del Estado a entregar documentos militares y la consecuente falta de identificación de los responsables materiales de la muerte del mismo.

Como una explicación preliminar al tratamiento del fondo del asunto, el Tribunal Interamericano de manera categórica reafirmo su posición respecto de las leyes de amnistía señalando que las amnistías adoptadas en el ocaso de algunas de las dictaduras sudamericanas de la época –como fue el caso brasileño en el cual la Ley de Amnistía es previa al advenimiento de la democracia– se pretendieron legitimar bajo la ilusoria existencia de un conflicto armado, cuyos supuestos vencedores, magnánimamente, cerraban el alegado conflicto declarando típicos los delitos cometidos por todos los intervinientes. No obstante, se desprende del contexto del presente caso la total ausencia de actos bélicos, presentándose como máximo delitos de motivación política, que debían juzgarse y penarse conforme a derecho, pero que en realidad fueron reprimidos por medios criminales y sirvieron de pretexto para la persecución de políticos, militantes, sindicalistas, periodistas, artistas y cualquier persona que el régimen dictatorial consideró disidente o peligrosa para su poder.

La Corte inicia su análisis dando una respuesta a la alegación que hicieran los representantes de las presuntas víctimas quienes consideraron que en el caso se había cometido un crimen de lesa humanidad. Ante ello, el Tribunal hizo notar que nota que en sus 40 años de historia, ha utilizado la figura de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o delitos de derecho internacional en contados casos, dada la excepcionalidad y gravedad de dicha calificación. Únicamente en los Casos Goiburú Vs. Paraguay, Gelman Vs. Uruguay, La Cantuta Vs. Perú, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (crímenes de lesa humanidad), Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador (crímenes de guerra) y Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (delitos de derecho internacional), fueron utilizadas dichas calificaciones para los hechos violatorios en el sentido expresado en la Sentencia del caso Almonacid Arellano, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas para el Estado.

Al respecto, la Corte indica que comparte lo señalado en el estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y los individuos culpables de los crímenes contra la humanidad y la aplicación de la prescripción, en el sentido de que la imprescriptibilidad se deduce de la gravedad de dichas conductas y que su diferencia con delitos de derecho interno adviene de la necesidad de represión eficaz de los graves crímenes conforme al derecho internacional, de la conciencia universal contra la impunidad de tales crímenes, y porque su falta de sanción provoca reacciones violentas de amplio alcance.

Huelga señalar, sostiene el Tribunal de San José, que esa interpretación constante se consolidó en el derecho internacional en 1998 con la aprobación del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, el cual establece su competencia respecto a los crímenes de lesa humanidad, los cuales, por supuesto, son imprescriptibles.

Refiere también que los crímenes de lesa humanidad son uno de los delitos de derecho internacional reconocidos, juntamente con los crímenes de guerra, el genocidio, la esclavitud y el crimen de agresión. Eso significa que su contenido, su naturaleza y las condiciones de su responsabilidad son establecidos por el Derecho internacional con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados. La característica fundamental de un delito de derecho internacional, es que amenaza la paz y seguridad de la humanidad porque choca a la conciencia de la humanidad. Se trata de crímenes de Estado, planificados y parte de una estrategia o política manifiesta contra una población o grupo de personas. Los perpetradores, típicamente, deben ser agentes estatales en cumplimiento de dicha política o plan, que participan de actos de asesinato, tortura, violación y otros actos repudiables contra civiles de manera sistemática o generalizada.

Luego de hacer un repaso sobre lo establecido en distintos tribunales internacionales respecto de los elementos de los crímenes de lesa humanidad, la Corte destaca que tribunales

nacionales de Argentina (mencionando entre ellas la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata, el día 26 de septiembre de 2006, en el Caso “Circuito Camps” y Otros, causa N° 2251/06), Colombia, Perú, Chile, Guatemala han reconocido como constitutivos de los crímenes de lesa humanidad los siguientes elementos: la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil o un grupo determinado de civiles, el cuál debe incluir actos inhumanos realizados como parte de un plan o política estatal coordinada para tal efecto. Asimismo, algunos tribunales consideran relevante la existencia de un móvil discriminatorio por motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

Subraya también que, en tanto la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*), la primera obligación de los Estados es evitar que estas conductas ocurran. Si ello no sucede, el deber del Estado es de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sus autores sancionados, de modo de no dejar en la impunidad esas conductas. Aun cuando determinadas conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad no estén tipificadas formalmente en el ordenamiento jurídico interno, o que incluso fueran legales en la ley doméstica, no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales. Es decir, la inexistencia de normas de derecho interno que establezcan y sancionen los crímenes internacionales, no exime, en ningún caso, a sus autores de su responsabilidad internacional y al Estado de castigar esos crímenes.

Ello así ya que desde su primera sentencia, señala la Corte, ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. La obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y tortura como parte de un ataque sistemático contra una población civil.

La particular y determinante intensidad e importancia de esa obligación en casos de crímenes de lesa humanidad, significa que los Estados no pueden invocar: i) prescripción; ii) el principio *ne bis in ídem*; iii) leyes de amnistía; así como iv) cualquier disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Además, como parte de las obligaciones de prevenir y sancionar delitos de derecho internacional, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de cooperar y pueden v) aplicar el principio de jurisdicción universal respecto a esas conductas.

En el caso concreto la Corte determinó que la detención, tortura y asesinato de Vladimir Herzog fueron, efectivamente, cometidos por agentes estatales como parte de un plan de ataque sistemático y generalizado contra la población civil considerada como “opositora” a la dictadura, en particular para lo que respecta al presente caso, periodistas y supuestos miembros del Partido Comunista Brasileño. Su tortura y muerte no fue un accidente, sino la consecuencia de una máquina de represión extremadamente organizada y estructurada para actuar de esa forma y eliminar físicamente cualquier oposición democrática o partidaria al régimen dictatorial, utilizándose de prácticas y técnicas documentadas, aprobadas y monitoreadas detalladamente por altos mandos del Ejército y del Poder Ejecutivo.

Por lo expuesto concluye que los hechos acaecidos en contra de Vladimir Herzog deben ser considerados como un crimen de lesa humanidad, tal y como es definido por el derecho internacional desde, por lo menos, 1945. Asimismo, y reafirmando su doctrina en el caso “Almonacid Arellano”, enfatizó que para el momento de los hechos relevantes al caso (25 de octubre de 1975) la prohibición a los delitos de derecho internacional y crímenes de lesa humanidad había alcanzado el status de norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*), lo que imponía al Estado de Brasil, y en efecto a toda la comunidad internacional, la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por dichas conductas una vez que constituyen

una amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional.

Por otra parte, concluyó que el Estado violó el derecho a conocer la verdad de las víctimas, pues no ha esclarecido judicialmente los hechos violatorios del presente caso y no ha deducido las responsabilidades individuales correspondientes en relación con la tortura y asesinato de Vladimir Herzog, a través de la investigación y el juzgamiento de esos hechos ante la jurisdicción ordinaria.

III. Reparaciones: En materia reparatoria la Corte, entre otras medidas, ordenó al Estado brasileño a reiniciar, con la debida diligencia, la investigación y proceso penal que corresponda por los hechos ocurridos el 25 de octubre de 1975 para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables por la tortura y asesinato de Vladimir Herzog, en atención al carácter de delito de crimen de lesa humanidad de tales hechos y las correspondientes consecuencias jurídicas de las mismas para el derecho internacional; y también le prescribió que adopte las medidas más idóneas conforme a sus instituciones, para que se reconozca, sin excepción, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.



OPINIÓN

RECUERDO

Un recuerdo es apenas
Un hálito de luz, un fósil que nos habla del pasado
Del ser que fuimos y aún somos en el tiempo
Si lo cargamos como un peso muerto
Entre olvidos del hoy que nos convoca
A luchar por el orbe galáctico
Donde se agujerea hasta el ozono
Y se mueren los verdes y las aguas.
Pero es vivo reencuentro
De tu mano creadora,
De tu única voz,
De la caricia que salva
Del desierto
Y del lugar que ocupas
En tanto somos
Un signo hacia el mañana
Una cana de la plateada cabellera
Del Dios,
Una energía
De lípidos fundantes
Y una ancha cintura
Redondenado
Los ciclos naturales del amor

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Martín Miguel de Güemes*
Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.
De la serie "Patriotas", 2018.

Para después del diluvio

E. Raúl Zaffaroni

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 497-502

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e196>

Heráclito tenía razón: *todo pasa*. El tiempo-espacio se curva dicen los físicos, lo que parece depender de la ley de la termodinámica, conforme a la cual el calor siempre pasa a lo frío y nunca a la inversa. Pero lo que es verdad en física no lo es en la dinámica del poder: allí no rigen las leyes de la termodinámica.

Por eso, que mucho se habla en el mundo de una *justicia transicional* para caracterizar procesos de cambio o *transición* de dictadura a democracia o de violencia a paz, es cuestión de reflexionar un poco.

No estoy seguro de que exista una *justicia transicional*, aunque no dudo de que hay *políticas transicionales* condicionadas por varios factores, según las circunstancias. Pero en general, el término se usa como si rigieran en la política las mismas leyes de la termodinámica, o sea, que toda transición sería del calor al frío.

Lamentablemente no es así, pues hay *transiciones* en sentido contrario y, por ende, existen *políticas transicionales regresivas*, que transitan de la democracia a la dictadura o de la paz a la violencia.

Son varios las naciones de nuestra región que viven esa *política transicional regresiva* y, por supuesto, también la nuestra. No es necesario mirar la casa vecina, porque entre nosotros se repite la misma regresión hasta en sus detalles, pues sólo nos diferencian algunos datos más o menos folklóricos o coyunturales. Basta mirarnos el ombligo para verificar que tenemos presos

políticos -empezando por el escandaloso caso de Milagro Sala-, jueces perseguidos por sus sentencias, censura de medios de comunicación, discurso único mediático, represión y letalidad policial, jueces dóciles, etc.

La economía argentina, agotó a increíble velocidad la nafta del tanque y ahora está consumiendo la reserva a cien millones de dólares por día. Mientras la banda toca a toda orquesta, ya se siente el roce del iceberg en el casco del *Titanic*, que sigue impertérrito rumbo al desastre.

Pero Heráclito tenía razón: *todo pasa*. El diluvio también pasó. Es hora de pensar qué hacer después del diluvio. La vida seguirá, el Pueblo Argentino también, quizá en una parte con la bronca propia del estafado, del que compró la máquina de hacer dólares que otros se están llevando y que, por desgracia, pagaremos todos.

Los males que dejará el diluvio son muchos, tanto materiales como inmateriales. Entre los últimos no será menor el desencanto con la llamada *justicia*, protagonista importante y clave de esta *política transicional regresiva*.

El método de repartir estiércol y otras inmundicias a través de los medios de comunicación monopolizados, para luego manipular a los *jueces propios* –como descaradamente reclamó el presidente– y obtener prisiones preventivas y condenas arbitrarias, es clave en esa *transición regresiva*.

Pero no podremos pensar qué hacer después del diluvio si no comprendemos qué es esta pesadilla que vivimos, esta especie de dictadura sin dictador y con uniforme escolar de democracia con trencitas y expresión infantil de globitos amarillos.

Lo que la tradicional política transicional no ha visto antes es, precisamente, que en política no rigen las leyes de la termodinámica, porque si la única *transición* fuese hacia la democracia y la paz, llegaríamos a la conclusión de que todos estamos más o menos camino del Paraíso.

Las cosas no son así, en política hay transiciones hacia adelante y hacia atrás, porque el Estado de derecho es un modelo

ideal nunca del todo realizado. Es útil como modelo orientador, pero a condición de saber que los Estados de derecho reales que hay en el mundo son *corsés institucionales* que contienen los esfuerzos de quienes buscan hegemonizar el poder, porque en toda sociedad hay quienes quieren hacerse del poder para manejarlo arbitrariamente en beneficio propio y de su minoría.

Justo es señalar que pocas veces esta hegemonización para la arbitrariedad enriquecedora, propia y de grupo, se ha visto tan clara como en el actual momento de nuestra pobre Nación.

Tienen todo el poder: los medios monopólicos creando realidades ilusorias, repartiendo inmundicias, los votos del Congreso mediante la extorsión a los gobernadores, los carpetazos amenazantes contra cualquiera, los *jueces propios* dispuestos a cualquier antojo, los jueces *impropios* amenazados; tienen todo menos un programa económico sustentable, porque su ciega voracidad los ha llevado a destripar a la gallina de los huevos de oro. Sólo por eso el diluvio llegará y también pasará.

¿Cómo se llegó a esto? Muchos se lo preguntan y no tienen una respuesta clara, porque no han caído en la cuenta de que el *corsé institucional* de nuestro Estado de derecho era demasiado débil, diría que completamente vulnerable. Y los gerentes de transnacionales y sus empleados supieron aprovechar hasta el último resquicio de institucionalidad defectuosa para hacerlo estallar. Ya no tenemos Estado de derecho, sino la voluntad arbitraria del grupo de *chief executive officers* y sus empleados y amanuenses que se hicieron del poder engañando con globitos y repartiendo estiercol.

¿Gobierno representativo, republicano y federal? El artículo 1º constitucional parece una ironía, una manifestación de buena voluntad, lirismo constitucional para escolares, de cuya irrealdad hasta los niños se dan cuenta. Después del diluvio nos espera la durísima tarea de tratar de hacer de esa ironía una realidad. No será tarea fácil.

Entre otras dificultades, no será menor la urgencia de curar la herida profunda que este poder arbitrario infirió a la democracia misma y, por supuesto, al Estado de derecho, porque debilita directamente nuestra cultura jurídica y cívica, de tan paciente y compleja formación. Para volver al Estado de derecho será necesario pensar una institucionalidad fuerte, inventar el nuevo corsé a la altura de las agresiones actuales, y eso importará poner nuevos límites institucionales al poder.

Pero la bronca de estafados y damnificados será grande. Muchos se rebelarán ante la propuesta de nuevos límites al poder: ¿Por qué limitar el poder? ¿Acaso no nos pasó esto por no ejercer suficiente poder? ¿No nos ha pasado por respetar demasiado los límites? ¿Acaso los otros respetan límites? ¿Siempre nosotros debemos ser los tontos? ¿Volveremos a ser tan idiotas y a respetarlos, cuando ellos nos ensucian, nos encarcelan y nos largan las policías de gatillo fácil?

Este es el daño inmaterial que está provocando la pesadilla que vivimos, porque mina la base misma de la democracia en el sentir popular. La verdadera *brecha* es la que están abriendo en la convicción democrática de nuestro Pueblo; es la herida que nos dejará esta reverberación repugnante de 1955.

Pero lo difícil no es lo imposible: lo superaremos. Cuando este vómito histórico colonialista de *gorilismo tardío y vendepatria* haya pasado, con esfuerzo y paciencia curaremos la herida. Nuestro Pueblo no es suicida ni violento por esencia, difícil pero no imposible es la tarea de restablecer la confianza en los límites institucionales, superando la bronca emocional con la prudencia de la razón.

Para eso es de vital importancia mostrar que la prudencia de la razón no es ingenuidad. A las preguntas del ciudadano indignado se debe responder que no queremos volver a respetar límites que otros no respetan y nos juegan sucio, sino *establecer nuevos límites que debemos respetar todos*, lo que importa una tarea bien diferente y nueva.

No se trata de reponer un corsé que no ajusta, que falla por todos lados, sino que nos urge pensar un nuevo corsé

institucional, firme, realmente republicano, representativo y federal en serio.

La actual Constitución Nacional es poco menos que un papel que se usa cuando conviene a la riqueza concentrada y a los intereses colonialistas, pero que después se cuelga en lugar poco conveniente. Es indispensable un nuevo proyecto de Estado, adecuado a una sociedad más justa y a una Nación más soberana, institucionalmente sólido como para evitar que lo burlen los voraces de poder y dinero.

Debemos comenzar a pensar en la enorme tarea que habrá que llevar a cabo después del diluvio. Temas centrales de nuestro Estado y que debemos debatir y resolver son, por ejemplo: control del poder presidencial, gabinete de ministros, coparticipación federal, pluralidad de medios de comunicación, control legislativo del endeudamiento, titularidad de las bancas legislativas, financiación de partidos políticos, servicios de inteligencia, función de las Fuerzas Armadas, control de los cuerpos de seguridad, tribunal constitucional, casación nacional, consejo de la magistratura, defensa del medio ambiente, pueblos originarios, presupuestos participativos, consejo económico-social y un largo *etcétera*.

La bronca emocional no se puede contener con ingenuidad, sino con la prudencia racional activa, no pasiva ni mucho menos *ingenua*, que sólo puede estar dada por la firme decisión de una institucionalidad nueva y mucho más sólida, por un corsé con las menores fallas posibles, que impida el reflujo de una *política transicional regresiva* como la que sufrimos.

Aunque la demolición sea muy fuerte, aunque los límites republicanos se hayan pisoteado como nunca en los últimos treinta y cinco años, en lo institucional debemos comprender que esta pesadilla no ha hecho más que derrumbar ruinas institucionales que ya no servían para contener a quienes había contenido, y el abuso descontrolado del poder arbitrario por parte de los oportunistas de turno, no es más que la mejor verificación de la inutilidad de las ruinas demolidas por la barbarie plutocrática.

Después del diluvio no será cuestión de reconstruir lo institucionalmente demolido, porque no sirve, sino de construir una nueva institucionalidad que, hasta donde sea humanamente posible, sea capaz de impedir que cualquier nuevo grupo de advenedizos oportunistas la pueda abatir en el futuro.

El triunfo de la abstracción: semiocapitalismo y dominación neoliberal

Ricardo Forster¹

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 503-515

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e197>

“Considero, entonces, y estas reflexiones pretenden dar cuenta de ello, que una mutación antropológica está sucediendo en nuestro tiempo y se trata, esencialmente, de una transición de la predominancia de un modo conjuntivo a la de un modo conectivo en la esfera de la comunicación humana (...); un cambio cuyo factor predominante es la inserción de segmentos electrónicos en el *continuum* orgánico de la comunicación y en el cuerpo mismo. Esto conlleva una transformación en la relación entre la conciencia y la sensibilidad y a un creciente intercambio desensibilizado de signos”.

Franco “Bifo” Berardi, *Fenomenología del fin*

Leo, no sin comenzar a preguntarme unas cuantas cosas que me remiten a nuestra actualidad, el último libro de Franco “Bifo” Berardi, *Fenomenología del fin. Sensibilidad y mutación conectiva*², en el que desmenuza la época de la digitalización y del predominio de la financiarización del mundo no sin derramar, al menos sobre mí, una sutil dosis de pesimismo civilizatorio que conduce más hacia la melancolía que a la rebelión. No por eso deja de ser un libro valioso y agudo en su intento

¹ Dr. en Filosofía. Profesor Titular de Historia de las ideas en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, *Distinguished Professor* de Maryland University (College Park).

² Franco “Bifo” Berardi, *Fenomenología del fin. Sensibilidad y mutación conectiva*, Buenos Aires, Caja negra, 2017.

de cartografiar la oscura complejidad de nuestra época. Me detengo en uno de los tantos párrafos de un texto inquietante: “El punto crucial de la crítica de Baudrillard es el fin de la referencialidad y la (in)determinación del valor. En la esfera del mercado, las cosas no son consideradas desde el punto de vista de su utilidad concreta, sino desde su intercambiabilidad y su valor de intercambio. De manera similar, en la esfera de la comunicación, el lenguaje es comercializado y valorado como *performance*. Es la efectividad, y no el valor de verdad, la regla del lenguaje en la esfera de la comunicación. Es la pragmática, y no la hermenéutica, la metodología para comprender la comunicación social, particularmente en la era de los nuevos medios de comunicación” (pág. 175). En estas reflexiones de Berardi se pone de manifiesto el proceso que, en el interior de la modernidad burguesa, concluyó, siglos después, en lo que él denomina el “semicapitalismo”, esa etapa en la que el signo lingüístico se ha emancipado plenamente de toda referencialidad para desplazarse por una espacialidad en la que domina la abstracción.

Citando a Jean Baudrillard –al que no se suele citar últimamente más allá del valor anticipatorio de muchos de sus análisis–, nos dice que el filósofo francés “propuso una semiología general de la simulación basada en la premisa del fin de la referencialidad tanto en la economía como en el campo lingüístico. En *El espejo de la producción* escribe: ‘[...] la necesidad, el valor de uso, el referente, `no existen`: no son sino conceptos producidos y proyectados en una dimensión genérica por el propio desarrollo del sistema del valor de cambio’. El proceso de autonomización del dinero, que es la principal característica del capitalismo financiero, puede inscribirse en el marco general de la emancipación de la semiosis de la referencialidad” (págs. 172-173). El capital financiero no sólo constituye el punto más avanzado de la “abstracción” ya señalado por Marx sino que, en la perspectiva de la comunicación, introduce, de forma radical, la autonomización del signo y de su impacto en la producción artificial de contenidos inmateriales que, sin embargo,

definen el vínculo con la realidad determinando la busca de rentabilidad por parte de un capital que ha abandonado la esfera de la producción para centrarse en la esfera financiera. Al evaporarse la referencialidad lo que también se termina es la vinculación argumentativa abriendo paso a la fabricación de sujetos impulsados por signos vacíos y abstractos que impactan de lleno en la dimensión afectiva y sensible.

Este pasaje cada vez más extendido desde la producción a la financiarización que, como lo destacaba Giovanni Arrighi³,

³ En su notable libro *Adam Smith en Pekin* (Madrid, Akal, 2007), Giovanni Arrighi destacó una serie de características históricas que, a la luz de nuestra actualidad, constituyen rasgos decisivos para intentar comprender el alcance de la actual crisis de hegemonía de Estados Unidos que, al decir del economista italiano, aunque “un veredicto sobre el resultado final de la recuperación económica de Estado Unidos de la década de 1990 podría ser prematuro, sabemos que la *belle époque* eduardiana terminó con la catástrofe de dos guerras mundiales y, entre ellas, el colapso económico global de la década de 1930” (pág. 126). Arrighi precisa mejor el carácter de la crisis al señalar que “hablaremos de crisis de hegemonía para designar una situación en la que el Estado hegemónico vigente carece de los medios o de la voluntad para seguir impulsando el sistema interestatal en una dirección que sea ampliamente percibida como favorable, no sólo para su propio poder, sino para el poder colectivo de los grupos dominantes del sistema. Las crisis no dan lugar necesariamente al fin de las hegemonías; especialmente relevante para nuestras preocupaciones es la distinción entre crisis de hegemonía que señalan problemas para los que cabe empero una solución relativamente prolongada —lo que llamaremos ‘crisis-señal’— y crisis que por el contrario se exacerban hasta dar lugar al fin de la hegemonía vigente, que denominamos ‘crisis terminales’” (págs. 160-161). Para Arrighi, Estados Unidos está yendo aceleradamente de una “crisis-señal” a una “crisis terminal” sin que, por supuesto, se pueda adelantar su desenlace ni precisar cómo será la nueva hegemonía. El proyecto estadounidense ha fracasado en su intención de constituirse, al mismo tiempo, en poder económico global y en imperio militar también planetario. Michael Mann, citado por Arrighi, afirma sin medias tintas que “el imperio estadounidense se convertirá en un gigante militar, un agente económico de segunda fila, un esquizofrénico político y un fantasma ideológico. El resultado es un monstruo deforme y perturbado que se tambalea torpemente por el mundo” (M. Mann, *Incoherent Empire*, Londres, Verso, 2003, pág. 13 en Arrighi, op. cit. Págs. 195-197). Siempre resulta interesante contrastar los puntos de vista del economista y el filósofo, en este caso de Giovanni Arrighi y de Bifo Berardi, ya que mientras que el segundo aborda las grandes transformaciones que se dan en el sujeto, en el lenguaje y en la tecnología adelantando una conclusión bastante oscura y desprovista, en gran parte, de perspectiva histórica, el primero repasa con hondura las distintas etapas por las que atravesó el capitalismo, el carácter de sus crisis, los puntos de coincidencia (por ejemplo el predominio del capital financiero en el momento crepuscular durante cada una de estas etapas) y lo hace tratando de sostener una posición que se nutre de la comparación y de la historia para intentar descifrar las tendencias que se abren en la

caracteriza también los momentos de crisis de hegemonía en cada etapa por la que fue atravesando el capitalismo desde comienzos de la modernidad, lo analiza con precisión y hondura Fredric Jameson. Siguiendo las descripciones críticas que Robert Kurz despliega en *Der Kollaps der Modernisierung* (Leipzig, Reclam, 1992, pág. 196) Jamenson “nos pide –haciéndose eco de la exigencia de Kurz– que imaginemos la extraordinaria movilidad de lo que ha llegado a ser una cantidad sin paralelo de capital derramándose por todo el globo, como agua en cuenco, a velocidades que se aproximan en sus límites externos a la instantaneidad”, –asociada a las mutaciones impresionantes de los soportes tecnológicos y a velocidades inimaginables que se sustraen a las percepciones humanas transfiriendo a la esfera de lo fugaz masas abstractas de capital que actúan, de modo impiadoso y violento, sobre cuerpos reales y sociedades completas que sufren las consecuencias de la era digital–. “Sin embargo, sus puntos de aterrizaje están gobernados por la taza de retorno prevalecientes, ellas mismas engranadas y sintonizadas con la industria de alta tecnología o con la posmodernidad industrial; en suma, las leyes más básicas del capital –su misma definición– excluyendo las inversiones en esas formas más viejas, puramente modernas, de productividad que asociamos con la anticuada forma industrial”. En el capitalismo neoliberal la disolución de la otrora centralidad de la producción, tanto de bienes materiales como inmateriales, se ha constituido en el factor desencadenante de las nuevas formas de sujeción, aquellas que ahora trabajan con los lenguajes de la virtualidad y con las tecnologías digitales avanzando de manera sistemática sobre las estructuras más profundas de la subjetividad; al mismo tiempo que determinan de manera abusiva y negativa los alcances de cualquier proyecto de crecimiento económico que pueda darse

actualidad. Podría decirse que mientras que el filósofo se vuelca hacia el pesimismo civilizatorio (y eso más allá de que Berardi trata de sustraerse a esa inclinación que se desprende de sus análisis), el economista neomarxista busca establecer las relaciones entre una posibilidad cierta de catástrofe del sistema de hegemonía vigente sin, por ello, caer en el fatalismo.

en los países periféricos. El reclamo nostálgico por un “capitalismo serio y productivo” constituye uno de los límites y de los problemas de los gobiernos nacional populares y progresistas que buscaron, desde adentro del sistema, romper la jaula de hierro de la financiarización y la primarización económica y se encontraron con la intransigencia de una globalización antagónica a esos intentos fallidos. “No solo sus tasas de ganancia son mucho menores de las que se obtienen en la tecnología de punta –continúa Jameson siguiendo a Kurz–, sino que además las velocidades de las nuevas transferencias internacionales hacen que sea más fácil para el capital móvil escapar de las lentas zonas estancadas de las viejas fábricas y teletransportarse hacia arreglos más sofisticados”. Esa imposibilidad de perseguir la quimera de la industrialización apelando a formas anacrónicas de desarrollo son las estrategias sin las cuales literalmente no hay camino posible, ya que “eran precisamente esas formas más viejas de la productividad moderna las que los países subdesarrollados (y aun aquellas partes subdesarrolladas de los países desarrollados o avanzados) necesitaban para ‘desarrollarse’ y ‘modernizarse’, para dotarse de una infraestructura variada que podría permitirles una cierta autonomía industrial. El capital internacional ya no va a perder tiempo con ellos, o con ninguna modernización en este sentido clásico. La coyuntura es por lo tanto supremamente desfavorable, para no decir contradictoria: para la gran mayoría de las naciones del Tercer y del antiguo Segundo mundo, el reloj todavía exige la modernización de un modo cada vez más perentorio y urgente; mientras que para el capital, que se mueve rápidamente de una situación de bajos salarios a la siguiente, solo la tecnología cibernética y las oportunidades de inversión posmodernas son en última instancia atractivas. Pero en el nuevo sistema internacional, solo unos pocos países pueden aislarse para modernizarse a su propio tiempo y de acuerdo con su propia conveniencia; la mayoría ya se ha incorporado a un circuito internacional de deuda y consumo del cual ya no puede liberarse. Por su parte, la nueva tecnología cibernética no tiene ningún uso inmediato para esos

países en desarrollo, por razones económicas y sociales; no crea nuevos empleos ni riqueza social; ni siquiera propicia una sustitución de importaciones, mucho menos una fuente nacional básica para las necesidades ordinarias. Como lo expresa Kurz, 'implacablemente, la ley del beneficio debe tarde o temprano reafirmarse, una ley que especifica que la única producción que tiene valor de mercado es la que se corresponde con el nivel internacional de la productividad hoy'.⁴ La crudeza del análisis de Jameson se relaciona con las grandes dificultades que encontraron algunos países sudamericanos para desprenderse del abrazo de oso del neoliberalismo a los largo de los últimos 17 años pero, atendiendo a que el libro de Robert Kurz al que hace referencia es de 1992 (cuando nada hacía prever el surgimiento de experiencias alternativas tan notables como las que inició Hugo Chávez en Venezuela y luego siguieron en Brasil, Argentina, Bolivia y Ecuador, para las que faltarían varios años aún), creo que se vuelve necesario matizar el énfasis puesto en una imposibilidad estructural incommovible. Lo que quizás ni Kurz ni Jameson podían anticipar era la potencia del desafío (y eso más allá de los límites y las derrotas) que iban a conllevar esos proyectos convertidos en experiencias anómalas en medio de la más absoluta hegemonía neoliberal a nivel global. Sucede que a veces la envergadura del desafío no se mide por la posibilidad del éxito sino por su capacidad para ir contracorriente abriendo fisuras en el muro sólido, hasta ese momento, de la dominación. Seguramente la condiciones tecnológicas del capitalismo de finales de siglo XX volvían impracticables vías alternativas allí donde los límites estructurales de economías subdesarrolladas se chocaban ya no apenas con la lógica tradicional del capital sino con una brutal metamorfosis de sus componentes técnicos y científicos asociados al privilegiamiento de lo financiero sobre lo productivo, de lo abstracto sobre lo concreto y de lo digital sobre lo analógico. En un sentido Benjaminiano la esperanza

⁴ Fredric Jameson, *Valencias de la dialéctica*, Buenos Aires, eterna cadencia, 2013, págs. 456-457

no puede surgir de la expansión progresiva de las fuerzas productivas sino de su interrupción bajo la potencia azarosa que se guarda en la materialidad de la historia. La grandeza de lo acontecido en Sudamérica no se mide por el éxito a largo plazo –que siempre es aleatorio y frágil– sino por su conversión en “hecho maldito” de una época que parecía clausurar todo desafío a contrapelo de la brutal hegemonía del capital.

Regresemos, por ahora, a la mirada más filosófica que busca adentrarse en una suerte de fenomenología de los vínculos entre subjetividad y nuevos dispositivos semióticos. “Todos los signos –escribe Baudrillard en *El intercambio simbólico y la muerte*– se intercambian entre sí en lo sucesivo sin cambiarse por algo real (y no se intercambian bien, no se intercambian perfectamente entre sí sino *a condición* de no cambiarse por algo real)”. Pensar las estrategias comunicacionales es adentrarse en esta hipérbole del signo en la que la operación de desplazamiento se ha consumado de forma definitiva impactando de lleno en la subjetivación de individuos que establecen vínculos con “la realidad” a través de esta “emancipación del signo de su función referencial”. En la era de la “posverdad” todo puede ser dicho y convertido en “verdad irrefutable”. Romper esta nueva forma de hechizo constituye el desafío más arduo y difícil de todo proyecto de liberación. Siguiendo nuevamente a Robert Kurz, pero ahora a través de un texto más reciente en el que el pensador alemán revisa el legado de Karl Marx buscando su actualización, nos encontramos con una fuerte crítica a aquellos que tienden a pensar esta época exclusivamente desde la óptica de las transformaciones tecno-comunicacionales desprendiéndolas de sus dimensiones histórico sociales como si se hubiera llegado a una lógica de la modernización en la que el capitalismo informático y semiológico se hubiera devorado definitivamente las tensiones, contradicciones y conflictos en el interior del sistema. Leamos a Kurz: “En la misma dirección (de una esquemática comprensión del neoliberalismo) apunta el reduccionismo tecnológico de este concepto de modernización desvinculado de todos los contenidos de naturaleza originariamente social, analítico-social

y económico-crítica. Si el acceso a internet y a la biotecnología deben serlo ya todo, entonces en el fondo eso no significa nada, pues las ciencias naturales y la tecnología no pueden existir por sí solas ni producir un progreso aislado. Éstas sólo son eficaces dentro de un contexto de desarrollo social y socioeconómico que supere estadios anteriores. Una modernización centrada en una naturaleza meramente tecnológica, que ya no quiera cuestionar el *statu quo* del orden social y que admita haber llegado al fin de la metamorfosis de las formas sociales a través de la economía de mercado y de la democracia, se descalifica a sí misma”⁵. No hay duda de que Kurz nos previene respecto de aquellas críticas que se visten con ropajes híper radicales a la hora de presentar una descripción catastrófica del estado de las subjetividades en la sociedad contemporánea sin, paradójicamente, ofrecer ninguna alternativa superadora a la expansión del sometimiento y la dominación cuasi perfecta. Kurz, que busca actualizar desdogmatizando el legado de Marx, percibe que ciertas críticas se desvían hacia una perspectiva que acaba en la parálisis y el pesimismo.

El peligro es que la dimensión real e imaginaria de este trastrocamiento de la materialidad en abstracción acabe por ser aceptada por los sujetos como la efectiva “realidad” sin chances de sustraerse a esta colonización cada vez más profunda. “La virtualización financiera –dice Berardi– es el último paso en la transición hacia la forma del semicapital. En esta esfera, aparecen dos nuevos niveles de abstracción, como fruto de la abstracción del trabajo sobre la que escribió Marx (...). La abstracción digital suma una segunda capa a la abstracción capitalista. La transformación y la producción ya no acontecen en el campo de los cuerpos, de la manipulación material, sino en el de la pura interacción autorreferencial entre máquinas informáticas. La información toma el lugar de las cosas y el cuerpo queda eliminado del terreno de la comunicación

⁵ Robert Kurz, “Las lecturas de Marx en el siglo XXI”, de la introducción a *Marx Lesen*, Frankfurt, 2001, publicada por el CEME, Santiago de Chile, 2005, pág. 2

(...). Luego, hay un tercer nivel de abstracción, que es el de la abstracción financiera. Las finanzas (...) se han desvinculado de la necesidad de la producción. El proceso de valorización del capital, es decir, aquel que incrementa el dinero invertido, ya no pasa por la instancia de la producción del valor de uso o, incluso, por la producción física o semiótica de bienes” (págs. 176-177). De todas formas, ya Giovanni Arrighi en su libro *El largo siglo XX* había destacado que en cada una de las etapas o ciclos atravesados por el capitalismo desde su primera estación genovesa se podía constatar un rasgo común a todas: que en sus períodos de declive se producía, en el centro hegemónico de cada época, un desplazamiento del capital comercial y productivo hacia el capital financiero (eso sucedió con Génova, Holanda, Gran Bretaña y, actualmente, con Estados Unidos que, según Arrighi, constituyen los cuatro ciclos de acumulación que definen el recorrido histórico de la economía-mundo capitalista). Rasgo más que interesante –aquella condición de hegemonía financiera en las épocas de decadencia de cada etapa del capital– que nos permite anticipar la crisis, quizás terminal, del ciclo dominado por Estados Unidos. Cómo si en el cuerpo inmaterial del capitalismo ya estuviese escrito, desde sus comienzos en el siglo XVI, la significación decisiva de la financiarización como núcleo último de su despliegue histórico y como marca de su condición crepuscular⁶.

⁶ En todo caso, tanto las referencias a Robert Kurz como a Giovanni Arrighi –acompañados por Fredric Jameson– apuntan a señalar los problemas que surgen de análisis como los de Bifo Berardi, del propio Baudrillard o, más recientemente, de Byung-Chul Han que tienden a exacerbar la metáfora de la “jaula de hierro” como el destino quizás último de una humanidad incapaz de encontrar alguna salida a las peores formas de la dominación que ya no nacen desde fuera del individuo sino que se proyectan desde su interior bajo la forma de una supuesta decisión libre. Kurz y Arrighi, fieles a sus perspectivas marxistas, buscan “historizar” la cuestión de la digitalización de la realidad y de los sujetos mostrando que nuevas estructuras del capital y que nuevas expresiones del fetichismo se encierran en esta etapa del neoliberalismo. En este sentido, vale, para ellos, y para filósofos como Jameson y Žižek, el carácter histórico de un sistema social, económico y tecnocultural, es decir, su condición temporal, sus mutaciones y su destino crepuscular. Tanto Berardi como Han tienden a absolutizar el presente y a desprenderlo de sus relaciones con el pasado como si la época actual se hubiese construido a sí misma alejándose por completo de cualquier

Claro que, y en esto hay que darle la razón a Berardi, el nivel de predominio del capital financiero en la actualidad es abrumador y constituye el eje central de la acumulación contemporánea hasta prácticamente reducir la producción de objetos materiales o inmateriales a la periferia en la búsqueda de rentabilidad. El semiocapitalismo se ha convertido en el punto máximo de abstracción del capital impactando directa y fulminantemente sobre individuos que viven, cada vez más, en el interior de realidades virtuales y bajo el signo de la desmaterialización de los vínculos intersubjetivos. Berardi agrega que la depredación del mundo real se hizo posible, en toda su extensión, en el preciso momento en el que el capital pudo prescindir de la producción de cosas útiles para centrarse casi con exclusividad en la dimensión abstracta de la circulación e inversión dineraria cuyo soporte técnico es asociable a la hiper velocidad y a la desmaterialización de la información. “La separación del valor de un referente conduce a la destrucción del mundo existente” (pág. 178). El dominio de la abstracción generalizada como rasgo decisivo de la etapa neoliberal no sólo avanza sobre una depredación del mundo real sino que también deja sin capacidad de reflexión, y por lo tanto de crítica, a una humanidad que es incapaz de comprender los mecanismos que han definido una actualidad demoledora sobre la que parece imposible intervenir en un sentido político.

Slavoj Zizek, a su vez, también insiste con este carácter desmaterializador y supuestamente a-ideológico del capitalismo contemporáneo, un carácter que vuelve indescifrable, para el individuo atrapado en las gruesas pero invisibles mallas del

herencia o determinación proveniente de una historia para siempre convertida en pieza de museo o en materia de ficciones cinematográficas. Esto no quita, por supuesto, la lucidez y el impacto sobre nosotros de esas interpretaciones que nos confrontan con los peligros de un tiempo de consumación bajo los rasgos del “crimen perfecto”, ese momento en el que el sujeto ya no sería solo dominado por los dispositivos de subjetivación del sistema sino que habría sido penetrado hasta la profundidad del inconsciente. Me permito alejarme de estas visiones apocalípticas pensando que la materialidad de la historia sigue insistiendo en su duro combate con la fugacidad y la eternización –al mismo tiempo– del presente.

consumo y la virtualidad, la trama de dominación que sigue ejerciendo su cuantioso poder sobre los cuerpos y la naturaleza al mismo tiempo que promueve una “verdad-sin-significado” que se adapta sin inconvenientes a la era de la digitalización y la comunicación de masas. En *Problemas en el paraíso. Del fin de la historia al fin del capitalismo* señala que quizás “es aquí donde deberíamos localizar uno de los principales peligros del capitalismo: aunque es global y abarca todo el mundo, mantiene una constelación ideológica *stricto sensu* sin mundo, privando a la gran mayoría de la gente de cualquier mapa cognitivo significativo. El capitalismo es el primer orden socioeconómico que *destotaliza el significado*: no es global a nivel de significado. Después de todo no existe ninguna ‘cosmovisión capitalista’, ninguna ‘civilización capitalista’ propiamente dicha: la lección fundamental de la globalización consiste precisamente en que el capitalismo se puede adaptar a todas las civilizaciones, desde la cristiana hasta la hindú o la budista, de Oriente a Occidente. La dimensión global del capitalismo sólo se puede formular a nivel de verdad-sin-significado, como Real del mecanismo global de mercado”⁷. Esa destotalización del significado se corresponde con el abandono de la acción reflexiva de parte de sujetos carenciados de aquellos instrumentos promovidos por la ilustración y que han quedado como restos arqueológicos de una historia vacía de contenido.

Hay una asfixia de la comprensión que es proporcional a la complejidad tecnológica a partir de la que se desplazan los infinitos flujos del capital financiero por la abstracción del éter informacional. Como si aquel sujeto de la ilustración se hubiera transformado, por mor de la digitalización de los dispositivos de la información y la comunicación, en un individuo pasivo que es hablado por una realidad desmaterializada en la que solo parece imperar el reino de la ficción y la artificialidad. Nada queda de la apuesta kantiana que postulaba individuos autónomos y

⁷ Slavoj Žižek, *Problemas en el paraíso. Del fin de la historia al fin del capitalismo*, Barcelona, Anagrama, 2016, pág. 16.

soberanos. El semiocapitalismo se mueve sin inconvenientes en el interior de una sociedad atrapada en las redes del binarismo digital. Bifo Berardi lo ha dicho de un modo directo y preocupante: “Hoy en día, la tecnología digital se basa en la inserción de *memes* neurolingüísticos y dispositivos automáticos en la esfera de la cognición, en la psique social y en las formas de vida. Tanto metafórica como literalmente, podemos decir que el cerebro social está sufriendo un proceso de cableado, mediado por protocolos lingüísticos inmateriales y dispositivos electrónicos. En la medida en que los algoritmos se vuelven cruciales en la formación del cuerpo social, la construcción del poder social se desplaza del nivel político de la conciencia y la voluntad, al nivel técnico de los automatismos localizados en el proceso de generación de intercambio lingüístico y en la formación psíquica y orgánica de los cuerpos” (pág. 34). Fenomenológicamente esto se puede observar en las estrategias desarrolladas por los medios de comunicación a la hora de construir dispositivos que operan bajo la lógica de los *memes* neurolingüísticos a los que hace referencia Berardi, buscando, precisamente, saltar la anquilosada capacidad reflexiva de los telespectadores o de los usuarios de internet y de redes sociales hasta alcanzar su más profunda sensibilidad en donde las respuestas se vinculan con el gesto automático que se manifiesta como un antes y, por qué no, como un bloqueador de toda acción argumentativa.

Más adelante, y siguiendo su deconstrucción de la era digital, Berardi precisa mejor su definición de la actual etapa de la sociedad dominada por la confluencia de lo semiológico y de lo financiero: “Llamo *semiocapitalismo* a la actual configuración de la relación entre lenguaje y economía. En esta configuración, la producción de cualquier bien, ya sea material o inmaterial, puede ser traducida a una combinación y recombinación de información (algoritmos, figuras, diferencias digitales). La semiotización de la producción social y del intercambio económico implica una profunda transformación en el proceso de subjetivación. La infoesfera actúa directamente en el sistema nervioso de la sociedad, afectando a la psicoesfera y a la sensibilidad en particular.

Por esta razón, la relación entre economía y estética es crucial para entender la actual transformación cultural” (págs. 127-128). La masa de los ciudadanos-consumidores se mueve en el interior de este proceso de estetización del mundo que se corresponde con lo que Nicolás Casullo llamaba la “culturalización de la política”, perspectiva que nos lleva directamente a la influencia decisiva que se ha establecido entre las esferas del lenguaje y de la economía en el interior del semiocapitalismo, una categoría perturbadora que busca descifrar la fabricación de subjetividad y los nuevos dispositivos de la servidumbre voluntaria que ya no se despliega en la dimensión exclusiva de la imagen sino que intenta penetrar en los intersticios del lenguaje hasta alcanzar su núcleo más profundo e inconsciente. Los sujetos sujetados en el interior de esta lógica del capital son, ahora, *hablados* por esta configuración hecha de algoritmos, figuras y diferencias digitales. La trampa ya ha sido construida y hemos caído en sus redes. ¿Seremos capaces de romper sus nudos?

La cárcel hecha ficción

Stefania Giovanna Alba Nájera

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 516-524

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e198>

Se estrenó la serie *El Marginal II*. Horas más tarde, los medios de comunicación publicaban noticias acerca del maravilloso rating¹ que alcanzó el estreno: “*El batacazo de El marginal 2: infló el rating de la TV Pública con un número inusual*”, Diario La Nación, 18/07/2018. También: “*Excepto el fútbol, ninguna serie había logrado un número semejante en esta señal, asegura Diario Show*.”, Diario Los Andes, 18/07/2018. Esos fueron algunos de los tantos títulos que auspiciaron el regreso de la serie dramática que en su primera temporada logró galardonerse con el Martín Fierro de Oro² correspondiente al año 2017. La historia en su primera temporada³, narraba la vida de un policía que con una identidad falsa ingresó como convicto en la prisión de San Onofre con la misión de descubrir el paradero de la hija de un juez que había sido secuestrada por una banda de presos del penal. La segunda temporada, estrenada el día 17 de julio del corriente año, con diferente protagonista, es una precuela⁴ de la primera entrega retrocediéndose el tiempo unos tres años y contando la historia de los hermanos Borges –vaya apellido eligieron– que ingresan al penal. En ambas temporadas

¹ Se denomina *rating* al índice de audiencia de un programa de televisión o radio.

² Premios que se entregan a la televisión y radio argentinas, siendo el de oro el de mayor relevancia.

³ La primera temporada de “El Marginal” consta de 16 capítulos que se pueden ver en la plataforma digital de Netflix.

⁴ El concepto de precuela se utiliza en la industria artística para nombrar a una obra que aparece después de una entrega precedente, pero que en la cronología propia de la saga se desarrolla en el pasado.

casualmente los protagonistas se encuentran en prisión sin haber cometido crimen alguno, es decir, siendo completamente inocentes. En definitiva nos preguntamos por qué el común de las personas consumen este estilo de contenidos, que satisfacción encuentran viendo el sufrimiento, ficticio en definitiva, pero ajeno. Cuál es entonces la construcción de la idea de la prisión moderna; como la conocemos.

La historia puntualiza en la vida en comunidad dentro de una prisión intentando mostrar drama, acción, y por supuesto, violencia excesiva. Lo curioso del exitoso estreno fue que además de que registró un alto número de audiencia la presentación entre los actores se realizó montando una villa⁵ ficticia, simulando en definitiva la misma escenografía que en la serie televisada.

Llamativamente, o no tanto, pasó más desapercibido la noticia de la crisis bonaerense respecto a la superpoblación carcelaria evidenciando una clara violación a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, que las noticias relacionadas con el furor de lo expuesto en la televisión ficticiamente.⁶

Evidentemente las historias carcelarias vienen desde hace años acumulando éxito. Podemos mencionar a “Tumberos”⁷ en su momento o el film “Leonera”⁸. En el plano internacional podemos encontrarnos con series como “Orange is the New Black”, que cuenta en definitiva la estadía de una mujer en una prisión norteamericana y “Prision Break” que es la historia de un hombre que ingresa a una cárcel de máxima seguridad para ayudar a escapar a su hermano.

⁵ Se denomina *villa* al nombre que se le da en Argentina a los asentamientos informales.

⁶ En línea en: <https://www.grupolaprovincia.com/buenos-aires/piden-un-comite-de-emergencia-por-la-superpoblacion-carcelaria-181425>

⁷ Miniserie Argentina emitida en el año 2002, filmada en la ex cárcel de Caseros, al igual que la serie actual “El Marginal”.

⁸ Película Argentina estrenada en el año 2002, escrita y dirigida por Pablo Trapero. Aborda la temática de la maternidad en contextos de encierro.

Sin intención alguna de *spoilear*⁹ el contenido de El Marginal II, la idea es ir más allá de lo estrictamente anecdótico de la cuestión y poder hacer una lectura más fina, concentrando la atención más que nada en el hecho de que existe un amplísimo público que dispone de su tiempo para ver y fanatizarse en muchos casos con estas historias inventadas sobre personas que han perdido su libertad. Es como si la sociedad pudiera incluso sensibilizarse a través de una pantalla, como si en definitiva sintiera por la duración del capítulo cierta empatía con los personajes. Quizás lo interesante sea indagar acerca de qué ocurre con estos sentimientos colectivos cuando la ficción acaba... Cuando esos sesenta minutos transcurren y se tiene la posibilidad, desde el hogar, de cambiar de canal? Se apaga el dispositivo transmisor y hasta se puede cambiar al canal de noticias habitual; seguramente no faltará quién se indigne por la falta, a su criterio, de penas establecidas en la ley, o en la libertad de alguna persona mediáticamente establecida como chivo expiatorio. Es un resultado absolutamente contradictorio; como si no pudiese haber conexión entre ficción y realidad.

Se genera entonces una ilusión sobre las supuestas realidades carcelarias sin tener acceso efectivo a ella; salvo para pocos operadores judiciales que tienen oportunidad de visualizar las condiciones de detención de manera real.

La serie nos muestra un prototipo de preso como sucio, mal hablado, inculto, que pasa su tiempo mediando entre los mismos detenidos intentando muchas veces “hacer justicia” por algún hecho que pueda plantear el guión. Son personas fuertes emocionalmente, que no se quiebran, que no tienen ningún tipo de padecimiento, seguros de sí mismos y combativos. Se los muestra por demás violentos. La historia además se desarrolla en un patio superpoblado por que el guión plantea que no hay lugar en los pabellones; esto es una clara muestra de hacinamiento, de superpoblación.

⁹ Término inglés que suele emplearse para nombrar al texto que anticipa la trama de una película, un libro u otra obra.

Es cierto que esto coincidiría absolutamente con la realidad pero apela a que el público lo naturalice o lo acepte como divertido o “más jugoso” para la trama, cuando en realidad es una emergencia que se vive actualmente en países como el nuestro.

La serie entonces, se vende como una especie de muestrario de la realidad. Es aquí cuando deberíamos preguntarnos a que realidad se refiere. A la realidad construida colectivamente extra muros o a la realidad que pueden dar testimonio las personas privadas de la libertad o quienes trabajan dentro de un penal. Seguramente sean realidades completamente diferentes, pero entonces, porque se va en busca de evidenciar supuestas realidades? La motivación del trabajo sigue siendo la misma; intentar comprender lo colectivo de esta curiosidad por el sufrimiento ajeno, por la violencia extrema, por los personajes que no transmiten más que apariencias de fortalezas; que se presentan como desafiantes y peleadores todo el tiempo.

Asistimos a contenidos audiovisuales que reproducen formas de violencia y relaciones constantes de poder. Esto no se da solamente en el ámbito nacional; basta acceder a alguna de las plataformas *streaming*¹⁰ y zambullirnos en la oferta que tienen. En su mayoría se trata de series que tratan de crímenes, abusos, cárceles, abusos de poder, etc.

Esto es producto en definitiva de lo que el público busca mirar a través de una pantalla. Lejos estoy de criticar lo que las personas consumen a través de las pantallas, o de catalogar como bueno o malo un producto televisivo. Lo que me hace ruido o me llama la atención, es, lo que sucede en el plano de la realidad con los consumidores de semejante drama. La sociedad en su mayoría anula y olvida a esas personas privadas de la libertad que en definitiva son parte de la comunidad, o intentarán, más allá de que odie la utilización de estas ideologías; intentaran reinsertarse. El común de los videntes posiblemente

¹⁰ Se llama *streaming* a la distribución digital de contenido multimedia. Ejemplos de estas plataformas son Netflix, HBO.

desconozca el real estado de las cárceles que supera la escenografía ficcional; desconoce seguramente el estado de hacinamiento producto de la superpoblación carcelaria, entre otras cosas. Tampoco lo desconoce por una cuestión ingenua de que nadie se lo ha mostrado, sino que no le interesa, es apático. No estamos proponiendo realizar visitas a las cárceles como si fuera un zoológico, aunque verdaderamente muchas universidades o grupos de trabajo realizan actividades que se asimilan a eso. Basta informarse con diferentes tipos de noticias; en especial los informes realizados por organismos especializados que se dedican a denunciar la violación de los derechos humanos de las personas en cárceles.¹¹ Los y las privados y privadas de la libertad no tienen existencia excepto cuando se reclaman medidas más punitivas como puede ser agravamiento de determinadas penas, la baja de edad de inimputabilidad, la construcción de mayor número de prisiones, entre otras cosas. En nada importa el porqué llegaron a prisión; de nada importa conocer su contexto social. Es difícil entender que el proceso de selectividad del sistema penal comienza mucho, muchísimo antes de que una persona termine en prisión.

En definitiva esta exaltación de la cárcel es vanagloriar dicha forma de castigo cuando la criminología, así como también la sociología del castigo, nos vienen demostrando que la prisión solo sirve a los fines capitalistas y que son meras reproductoras de dolor y sufrimiento. Además de descartar del plano social a una gran cantidad de personas molestas; sin que nadie se ocupe de ellas. Es un ocultamiento detrás de los muros.

Lo que se pone en riesgo entonces es la formación de una consciencia que siga aceptando a la prisión como el castigo por excelencia. La cárcel puede ser ficcionada; nadie podría impedir que el arte se encargue de temáticas acerca de los excluidos; no será la primera ni la última vez, pero en realidad lo que se busca es que la emisión semanal consiga más puntos de rating

¹¹ Pueden verse fuentes como por ejemplo el CELS: <https://www.cels.org.ar/web/>.

porque en definitiva eso es lo que atrae a la publicidad, y es la publicidad la que genera las ganancias.

No propongo que se apague la televisión y se niegue el público a disfrutar en definitiva de un contenido audiovisual. Mi propuesta es tener una mirada crítica y empática, en la cual apagar el aparato transmisor no anule el pensamiento crítico, y pueda dejar una puerta abierta a las preguntas desde lo más complejo que sería la funcionalidad de la prisión como pena hasta simplemente cuestionarse las condiciones reales de detención y la posibilidad de que otro modelo penitenciario es posible.

Aproximación a la realidad

Me gustaría señalar algunos de los efectos que produce la prisión en las personas privadas de su libertad, a manera de evidenciar que los personajes rudos y combativos que nos muestra la televisión en la realidad no existen ya que los seres privados de la libertad, son plausibles de deterioros tanto físicos, psíquicos y emocionales. Es dable aclarar que las aclaraciones provienen de autores renombrados que han podido realizar estudios de campo en diferentes momentos históricos. La realidad carcelaria es muy difícil de conocer en su profundidad.

Erving Goffman, con su libro *Internados*, nos acerca de alguna manera al mundo de las instituciones totales¹². Entre muchas cuestiones que abarca, señala que los internos llegan con una llamada “cultura de presentación” que se configura por el estilo de vida que llevan hasta la entrada en el establecimiento y que, con el paso del tiempo se dará lugar a la “desculturización”, lo que le quitará herramientas para cuando vuelva al mundo exterior. Comienzan entonces una serie de depresiones, degradaciones, humillaciones y profanaciones del yo. La persona es despojada de su rol. Si cumplía con determinado

¹² Goffman, E., *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, 2001.

rol fuera del establecimiento, ahora deberá ser reemplazado por otro que durara todo el día posiblemente por años. Estas pérdidas sufridas dentro del establecimiento no son totalmente recuperadas en caso de egreso.

Eugenio Raul Zaffaroni considera a la prisión como una “escuela de niños grandes” donde el preso es sumergido en un medio completamente artificial, en una sociedad con valores completamente distinto a los que se dan en una sociedad libre. Nos comenta también sobre el condicionamiento regresivo:

(...) el preso es eximido de las obligaciones del adulto, porque está impedido de trabajar o emprender alguna industria o negocio... Todo esto provoca su regresión a una etapa anterior y superada de su vida, lo que en modo alguno estimula la maduración de la persona. Parece algo tan absurdo como vaciar una piscina para enseñar a nadar (Zaffaroni, 2011: 537).

Agrega también el concepto de la cárcel como fabrica de cadáveres refiriendo al riesgo que existe por muerte violenta o por suicidios, considerando al establecimiento carcelario como un lugar inseguro para la vida y la salud.

No podemos olvidar que la idea de la prisión no es que la misma sea perpetua por lo cual la persona tiene la proyección de su salida en un determinado momento. Aquí el rol que la persona tenía antes de su ingreso al penal ha sido eliminado definitivamente; la prisionalización puede acabar con todo proyecto de vida extra-muros como límite del deterioro.

Aquí también se abre un amplio debate que no es tema en este trabajo pero considero no puede dejar de mencionarse. Tiene que ver con el instituto de la reincidencia. El mismo puede considerarse producto en parte de la derivación de la teoría del etiquetamiento o Labeling Approach. Quien en definitiva es tratado como delincuente será más propenso a delinquir que quien no ha sido etiquetado como tal. El castigo entonces etiquetará a alguien de delincuente. Y será reproductor del crimen. No es ajeno haber escuchado que la cárcel funciona como la “universidad del crimen” o “escuela de criminalidad”.

Esta nueva identidad tendrá consecuencias significativas en el comportamiento. Si es un ladrón irá con ladrones, actuará con ellos, aprenderá con y de ellos. Por ello se afirma que la etiqueta actúa a modo de “profesía que se auto-cumple”, el definido como “ladrón” acaba siendo un ladrón (Larrauri, 1992:36).

Por otra parte, la privación de la libertad de un sujeto produce efectos colaterales a la familia del penado. Es una pena residual también para quienes conforman el grupo familiar de la persona que ingresa en una institución total. Son en definitiva familias que se ven atravesadas por cambios profundos como pueden ser la separación de hijos de sus padres/madres, la pérdida del soporte económico del hogar. En definitiva es coincidente con la tesis de Wacquant que habla de la cárcel no como fábrica de delincuentes sino más bien como fábrica de miseria ya que desestabiliza constantemente a las familias y los barrios sometidos a su tropismo.¹³

Podemos incluso señalar los datos de los informes respecto a la superpoblación en la Provincia de Buenos Aires que arrojan el resultado de un total de 38 mil personas distribuidas en 50 cárceles y 12 alcaldías que sólo tienen capacidad para 20 mil plazas.¹⁴ Todos estos números arrojan una superpoblación que en el año 2017 ha alcanzado su pico máximo llegando a 91 %; 20 puntos más que en 2016 y 37 por encima del promedio anual de los últimos veinte años.

Ante todos estos análisis no podemos entonces preguntarnos el para qué de la pena. Hemos visto que no le sirve ni a la sociedad, ni al propio penado. Pero esta discusión nos llevaría ríos de tinta y aún así no llegaríamos a conclusiones amigables.

Para finalizar el presente trabajo solo resta reflexionar entonces sobre la pena, entendiendo que la misma es:

¹³ Wacquant Loic: *Las cárceles de la miseria*, Manantial, 2015.

¹⁴ Informe anual 2018, El sistema de la crueldad XII, Comisión Provincial por la Memoria, año 2018.

- a- Una coerción.
- b- Que impone una privación de derechos o un dolor.
- c- Que no repara ni restituye.
- d- Que no detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.¹⁵

¹⁵ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar: *Manual de derecho penal parte general*, 2012.



BARRIO POBRE

Fuga el color del sol
A contraluz del viento de tormenta
Un pétalo se anima, ala de ángel
Adonde quiera el aire llevarlo en su tibieza
Pañal de hierba el musgo
Abre en flor su matiz de abanico en la piedra
Voces de pájaros, los niños en sus juegos
Y sillas en las puertas
Más teta, teta a boca
Del barrio en su grandeza

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Pascuala Meneses*

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

Los derechos (in)humanos en el delito de trata de personas

*Dolores Marengo*¹

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 527-542

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e200>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5870-9539>

I. Introducción

La trata de personas es uno de los tres negocios ilícitos más rentables del mundo junto con la venta ilegal de armas y el narcotráfico. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) denuncia que, en la actualidad, el trabajo forzoso y la trata de personas son prácticas delictivas que afectan a más de 21 millones de personas en todo el mundo y que generan beneficios por más de 150.000 millones de dólares. Y, aunque estos delitos son repudiados en toda la comunidad internacional por la sistemática violación a los derechos humanos que ejercen, el delito persiste y se multiplica².

En pleno siglo XXI, los derechos humanos ocupan un lugar central en la agenda del derecho internacional y en el debate actual sobre políticas públicas regionales y locales. Sin embargo, la trata de personas tiene en su génesis la violación de numerosos de estos derechos fundamentales que son sus causas y consecuencias: pobreza, falta de vivienda adecuada,

¹ Licenciada en Comunicación Social, con orientación en Periodismo (UNLP). El presente trabajo se desarrolló en el marco de la Maestría en Derechos Humanos que imparte el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

² *El trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la situación de talleres clandestinos en la Ciudad de Buenos Aires*. Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2016. Pág.22

el no acceso a recursos como agua potable, educación, salud y la falta de oportunidad laboral, son algunos de los derechos vulnerados.

La trata de personas y el trabajo forzoso afectan, sin excepción, a los sectores más vulnerables de la sociedad; sin embargo, existen entre ambos delitos ciertas diferencias y por ello, en este trabajo, me dedicaré exclusivamente al delito de trata de personas.³

Esta figura delictiva configura una nueva forma de esclavitud que reduce a las personas a meras mercancías, sustrayéndoles todo componente de humanidad y excluyéndolas de un sistema jurídico que debiera reconocerlas como ciudadanas. Un ciudadano no es un mero ser viviente, sino aquel que puso su vida natural a disposición del poder político⁴. El poder político le otorga carácter de ciudadano al hombre que, además de vivir en comunidad bajo la órbita del Estado, adquiere en ese momento derechos y prerrogativas.

El presente trabajo desarrolla cómo en el delito de trata de personas⁵ el Estado se encuentra ausente a la hora de garantizar los derechos humanos de las víctimas antes, durante y después de ejecutarse el delito y cómo se les sustrae toda la protección que debieran garantizarle las normas. Durante la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, se les niega el conocimiento de paradero tanto a la víctima directa como a sus familiares y allegados. Al momento del secuestro, el sujeto pierde el sentido de pertenencia, su identidad –sus documentos son sustraídos, hay un desarraigo de la comunidad y un quiebre en los lazos familiares- y con ello la socialización, además de perder su condición de beneficiario de derechos.

³ Sobre trabajo forzoso véase el artículo 2 del Convenio 29 de la OIT.

⁴ *El Estado de excepción*. Agamben, G. Adriana Hidalgo Editora. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2014.

⁵ Trata de personas según la definición del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional artículo 3.

¿Qué ocurre con los derechos humanos de los excluidos de la comunidad política cuando ya no son útiles, cuando ya no son reconocidos o tratados como humanos? ¿No son los derechos humanos los derechos de aquellos que ya no tienen derechos?

¿Cómo el Estado define y garantiza a los derechos humanos cuando la lógica de los Estados neoliberales pone por encima la defensa del mercado por sobre las personas? ¿Es el Estado el primer responsable del delito de trata por no garantizar, de forma previa a la concreción del delito, los derechos humanos de los sectores más vulnerables?

II. La víctima de trata y la ausencia del Estado

Las amenazas propiciadas a las víctimas o a las familias de ellas, la violencia o los abusos a la vulnerabilidad o los engaños están presentes sin excepción en tiempo completo. Las víctimas vulnerables a la trata de personas para fines de explotación laboral y sexual comparten factores que no pueden obviarse al hablar de este delito: pobreza, falta de oportunidades laborales, discriminación y la condición de migrantes, de mujeres, niños y/o niñas⁶.

Loïc Wacquant ha trabajado las desigualdades sociales y la pobreza en tiempos actuales y, aunque ha realizado su estudio de campo en sectores marginales de Europa y Estados Unidos, bien nos sirve su reflexión:

“El final del siglo XX presencia una trascendental transformación de las raíces, la composición y las consecuencias de la pobreza urbana en la sociedad occidental. Junto con la modernización económica acelerada, provocada por la reestructuración global del capitalismo, actual sistema económico occidental, la cristalización de una nueva división internacional del trabajo (fomentada por la velocidad frenética de los flujos financieros y los trabajadores a través de fronteras nacionales porosas) y el

⁶ Informe especial A/65/288, Naciones Unidas, 2010, párr. 21

desarrollo de nuevas industrias de uso del conocimiento, basadas en revolucionarias tecnologías de la información generadoras de una estructura ocupacional dual, se ha producido la modernización de la miseria: el ascenso de un nuevo régimen de desigualdad y marginalidad urbanas” (Wacquant: 2015, 168).

En el contexto del delito de trata de personas, la pobreza tiene una doble vía que es central en la generación del delito. Por un lado, la pobreza y la marginalidad subyacente a la misma es una generalidad en las víctimas de trata. Pero por el otro lado, la existencia del propio delito genera pobreza. Los sujetos son mercancías, la mano de obra es mercantilizada y por lo tanto se genera un dueño que se hace propietario de la vida humana.

En este marco cabe preguntarse, hasta qué punto una persona puede elegir libremente cómo vivir. La libertad de elección es una ilusión condicionada por el modelo neoliberal que en lo formal pareciera posible pero que, en lo real, esa elección nada tienen de libre. Para Marx, la libertad en el sistema capitalista es una libertad abstracta, ilusoria e ideológica, pero al mismo tiempo, necesaria: “De libertad en el sistema capitalista sólo puede hablarse en cuanto que al individuo se le abstrae de las condiciones de su existencia que constituyen, la verdadera base de alienación”⁷.

¿Hasta dónde alguien en situación de vulnerabilidad social y económica es libre de negarse a una “propuesta laboral” aun sabiendo o sospechando que los beneficios futuros no fueran tales? En muchos casos, las víctimas hasta invierten sus pocos ahorros en el traslado a, lo que lejos de ser una oportunidad de trabajo, son los centros de explotación y retención⁸.

⁷ Marx y los derechos humanos. Atienza, M. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 1982, 1, 13-33, Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/172348>

⁸ La definición del delito de trata de personas en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas de Naciones Unidas distingue que, sí existe algún tipo de decisión personal o consentimiento cuando se ejecuta del traslado o la captación de la víctima, esto no sea tenido en cuenta al momento de su tipificación como delito o al momento de juzgamiento de los tratantes.

Slavoj Žižek (2011) llama a esto pseudo-elección: cuando las condiciones materiales de existencia son las que condicionan al sujeto de realizar una elección susceptible de ser verdaderamente libre: “(...) en la era de la “sociedad de riesgo”, en la que la ideología reinante se esfuerza por decirnos que las mismísimas inseguridades causadas por el desmantelamiento del Estado de bienestar suponen una oportunidad para alcanzar nuevas oportunidades (p. 117)”

Esa sociedad de riesgo resulta del desmantelamiento del sistema público educativo y de salud, de la seguridad social, del pleno empleo; y en la lógica del mercado neoliberal, estas pérdidas deberían generar nuevas oportunidades. Pero, ¿quiénes son los capacitados de alcanzar esas nuevas oportunidades?

Si partimos de la idea de que antes de ser víctima de trata, una persona ya fue vulnerada en sus derechos más básicos, esas nuevas oportunidades de las que ironiza Žižek, no las incluye. Las causas de este delito tienen como punto de partida la vulnerabilidad a las que ya fueron expuestas en materia de políticas migratorias restrictivas, discriminación en el mercado laboral, condiciones de desigualdad y pobreza, restricción en el acceso al sistema de salud y de educación, discriminación racial y de género, entre otros derechos vulnerados. Qué pasa con el carácter protector de los derechos humanos ante las sociedades democráticas, capitalistas y liberales que basan su existencia en el respeto de los derechos humanos como fundamento de lo políticamente correcto.

Por otra parte, es interesante pensar en las condiciones de detención, retención y ocultamiento en las que son sometidas las personas víctimas de trata en relación, y de forma amplia, al Estado de excepción que Giorgio Agamben ha trabajado en sus escritos. Es en el Estado de excepción donde convive lo que está incluido en el orden jurídico –la trata como delito y violación de los derechos humanos– y lo excluido de ese ordenamiento –la regulación, el control, las penas a los tratantes.

Es, en ese Estado de excepción, donde la víctima de trata retorna a la condición de nuda vida, y los derechos del

“ciudadano de libre voluntad y contrato social” (Agamben: 1998, 138) dejan de operar “y el Estado de excepción, en tanto crea las condiciones jurídicas para que el poder disponga de los ciudadanos en tanto vidas desnudas, es un dispositivo biopolítico de primer orden (Ídem)”.

Existe un poder que opera sobre los ciudadanos en condiciones de vulnerabilidad para convertirlos en víctimas de trata de personas, los convierten en simples seres vivientes al servicio del mercado; regresan al estado de naturaleza (lo excluido cuando el poder político opera sobre el hombre) durante su cautiverio porque existe un Estado de derecho que deja hacer, no controla y omite las condiciones jurídicas que garantizan la ciudadanía.

El estado de naturaleza, dice Agamben, es en verdad, un Estado de excepción.

“Esta, por otra parte, se refiere *inmediatamente* a la vida (y no a la libre voluntad) de los ciudadanos, que aparece, pues, como el elemento político originario, el *Urphänomenon* de la política: pero esta vida no es simplemente la vida natural reproductiva, la zoe de los griegos, ni el *bíos*, una forma cualificada; es más bien la nuda vida del *homo sacer* y del *wargus*, zona de indiferencia y de tránsito permanente entre el hombre y la bestia, la naturaleza y la cultura” (Ídem, 141).

Los campos de concentración tienen como último objetivo la dominación total del hombre y allí, ese hombre, de lo único que no puede desprenderse, lo único que no pueden sacarle es su naturaleza humana, la nuda vida pero, pierden allí, su identidad jurídica.

Es necesario entender a los campos de concentración en un sentido más amplio de lo que entendemos estrictamente por estos. Siguiendo la lectura de Agamben, por ejemplo los talleres clandestinos o los lugares de secuestros de mujeres, de niñas y niños para la explotación sexual son campos de concentración. Esos lugares no nacen de la norma y se mantienen por fuera del orden jurídico pero, sin embargo, se naturaliza su existencia,

se incorporan y se incluyen a la vida social y económica de un Estado, invisibilizándolos. Son lugares que están ahí: el taller clandestino, el prostíbulo y los campos algodonereros, por ejemplo, conviven en la sociedad y garantizan la competitividad del mercado.

En este sentido, el mercado necesita sostener la existencia de esos “alguienes”, esos otros, esos subhumanos, que no son incluidos en el sistema legal porque de esa forma maximizan la generación de lucro dentro de un capitalismo cada vez más individualista y competitivo.

De esta forma, los diversos proveedores de servicios y productos de mano de obra ilegal se incorporan a los mercados económicos, tanto locales como mundiales, bajo las normas que estos imponen, convirtiendo a la trata de personas eficaz para el sistema. Lo ilegal, lo que está por fuera del derecho, se vuelve funcional a este y al modelo económico actual. El Estado de excepción es “ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de la exclusión (Agamben: 2014, 7)”.

Asimismo, es necesario pensar de forma amplia –tal como lo hemos hecho con los conceptos de Estado de excepción y campo de concentración- el derecho a la vida. Este derecho no se circunscribe únicamente a la prohibición de matar. El derecho a la vida de las personas víctimas de trata ya fue violado antes de su arribo a los lugares clandestinos, cuando las condiciones materiales y culturales de existencia no fueron garantizadas por el Estado; de igual forma, fue violado el derecho a la vida durante su alojamiento en esos lugares de detención, aunque la vida, en términos biológicos, no fue quitada.

El artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁹ indica, en su segundo párrafo, los derechos que de ninguna forma pueden ser suspendidos, aun en

⁹ Naciones Unidas, 1966.

situaciones excepcionales para la nación y los Estados partes de dicho Pacto. Entre ellos, el derecho a no ser sometido a torturas, el derecho a no ser sometido a esclavitud, no ser encarcelado por no cumplir con una obligación contractual, el derecho a su reconocimiento jurídico, el derecho a la libertad de pensamiento, religión, opinión y, sobre todo, nadie podrá atentar al derecho a la vida, en cuyo artículo sólo hace referencia al derecho de que nadie quite la vida a otro siendo esta una condición inherente a la persona humana.

Teniendo en cuenta que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos es uno de los tratados fundantes y fundamentales en materia de derechos humanos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la definición del concepto de vida se circunscribe a un concepto biologicista del mismo, entendiéndose a ésta de manera restrictiva, la “vida y muerte no son propiamente conceptos científicos, sino conceptos políticos que, en cuanto tales, solo adquieren un significado preciso por medio de una decisión” (Agamben: 1998, 208).

III. Los derechos al servicio del mercado

La OIT ha señalado, en 2015, que 21 millones de hombres, mujeres, niños y niñas son víctimas de trata de personas y trabajo forzoso, que el 90% de ellas son objeto de explotación económica privada y que 150.000 millones de dólares son las ganancias ilegales de las industrias y empresas que se benefician con estas prácticas ilícitas¹⁰

La problematización de los derechos humanos en el marco de una sociedad neoliberal es poner en jaque estas prácticas que, en su nombre, controlan a la población y la defensa del derecho, es la defensa de un Estado capitalista; el derecho esta siempre del lado del buen ciudadano, entendiendo por buen ciudadano al que se encuadra dentro del derecho.

¹⁰ Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ob.Cit. Pag. 30

El capitalismo no podría existir sin un Estado y sin normas que garanticen su existencia y su acumulación de ganancias, por ejemplo: garantizando patentes y subsidios a grandes empresas, imponiendo impuestos discriminatorios e interviniendo para acceder a mercados internacionales o garantizando y sosteniendo los mercados internos.

“Los derechos humanos cumplen, en el sistema capitalista, una función ideológica, la función de enmascarar la explotación capitalista dando a la misma una apariencia de relaciones presididas por la libertad e igualdad¹¹”. Tanto la igualdad como la libertad son concebibles cuando se refieren a la circulación pero no cuando se encuentran en los planos de producción, cuando se habla del mercado.

Por su parte, Marcelo Raffin define al derecho como “uno de los elementos fundamentales para el mantenimiento del orden. En todo espacio social, puede verificarse que toda composición de poder sirve de una constelación de discursos y dispositivos (ideológicos y físicos) para asegurar su posición, es decir, para establecer y fijar cierto *statu quo*¹²”

Giorgio Agamben retoma a Hannah Arendt cuando pone en crisis el concepto de derechos del hombre al referirse a la figura del refugiado, esto es cuando el hombre pierde las cualidades y las relaciones y queda reducido sólo al hecho de ser humano: “En el sistema del Estado-nación los pretendidos derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de cualquier tutela y de cualquier realidad desde el momento mismo en que deja de ser posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado (Agamben: 1998, 161)”.

Pero, ¿qué sucede con aquellos que han quedado por fuera de ese encuadre de la norma? Si la razón de ser de un Estado-nación es la defensa de sus ciudadanos y la garantía de sus derechos humanos ¿qué sucede con el Estado cuando se trata

¹¹ Atienza, M. Ob.Cit. Pag 27.

¹² *Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur*. Raffin, M. Ed. Del Puerto, 2006, Buenos Aires, Argentina.

de no ciudadanos o de “subhumanos”? ¿Podría el derecho, en nombre de los derechos humanos, hacer frente a estas prácticas ilegales que dejan millones y millones de dólares de ganancias a costa de la vida humana? Si bien la intervención directa del Estado en la concreción del delito de trata de personas es de difícil identificación, ¿podría explicarse el crecimiento de esta industria ilegal, la facilidad de traslados de las personas, el sometimiento a explotación sin una connivencia o aquiescencia del Estado?

La categorización de lo humano¹³ es una construcción cultural y colectiva. Sin embargo, en las sociedades actuales lo humano es establecido como algo natural que no se cuestiona, apenas se reconoce, y así los derechos humanos se conciben para garantizar esa “condición humana” universal. Sin embargo, esa condición humana la construimos con la mirada, con las prácticas sociales, las prácticas profesionales, con el reconocimiento y con lo que le da sentido a la existencia.

Pero en el delito de trata de personas, la víctima es invisibilizada: es la negación de su existencia para con su familia y su entorno, y para la misma víctima que desconoce su paradero y a la que le ha sido coartada la posibilidad de comunicación con el exterior de su lugar de detención. La víctima de trata volvió a su estado de vida desnuda, desapareció de su comunidad y de sus relaciones específicas, que las incluía en ella. Las personas víctimas están por fuera del Estado que sólo las vuelve a incluir cuando el horror, la muerte, las vejaciones toman estado público y las sacan a la superficie.

En marzo de 2006 se incendió un taller textil clandestino en el barrio de Caballito, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provocando la muerte de seis personas. En el lugar vivían alrededor de 64 personas, 38 de ellos eran niños y niñas, mayormente bolivianos. Las condiciones de vida eran de hacinamiento y operaban 23 máquinas. La jornada laboral se extendía desde

¹³ *Derechos, ¿para qué humanos? Control biopolítico y prácticas de derechos humanos*. Schneivar, E. II Congreso Latinoamericano y Caribeño de Ciencias Sociales, 2010 Distrito Federal de México, Flacso.

las 7 de la mañana hasta las 11 de la noche, pero nunca cobraron el salario prometido. En planta baja funcionaba el taller y el piso de arriba era usado como vivienda de los talleristas, con un solo baño y dividido en diferentes compartimentos con maderas y telas. El taller había comenzado a funcionar cinco años antes del incendio y los vecinos del barrio habían realizados reiteradas denuncias sobre su funcionamiento sin que el Estado o la justicia investigara¹⁴.

Las prácticas ilegales expuestas en la trata de personas se amplían a la imposibilidad de acceder al sistema de salud y de educación, falta de alimentación adecuada, castigos corporales, sustracción de documentación personal al momento de ingresar al lugar de retención, así como también, la prohibición de salir de allí. Si la persona logra escapar o le permitieran irse, no tiene donde recurrir ni medios para independizarse. Por otro lado, las víctimas de trata son, en general, convertidas en deudoras de sus propietarios a cuenta de pasajes para traslados, comida que los mismos dueños les venden y otras cuestiones vinculadas a su lugar de detención, lo que impide aún más, salir del circuito de trata.

Estas personas han perdido su condición humana, quedan fuera de lo humano, reduciéndolas en mercancías dentro de la cadena de producción ilegal o son el Estado de exclusión: “la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de exclusión” (es decir la posibilidad absoluta de que cualquiera le mate) (Agamben: 1998, 18).

No es posible construir una humanidad, cuando las víctimas son sometidas a condiciones denigrantes y a tratos crueles e inhumanos durante su retención y ocultamiento en lugares

¹⁴ El ejemplo del taller de la calle Luis Viale en Caballito sirve para ilustrar brevemente las condiciones en las que viven millones de víctimas de este delito, en todo el mundo. El mencionado fue un caso paradigmático para los medios de comunicación que después de 10 años obtuvo sentencia judicial. Sin embargo, continúan en funcionamiento decenas de este tipo de talleres ilegales en la Ciudad de Buenos Aires y las muertes se reproducen diariamente en todo el mundo: en 2012, 120 personas murieron por la misma causa en Bangladesh y 1100 personas en 2013; en Pakistán, también en 2012, un incendio dejó un saldo de 300 muertos.

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ob. Cit. Pág 66

clandestinos de trabajo: “El Estado de Derecho define lo que es del orden del Derecho Humano, pero hay que considerar que, como Estado liberal, el Estado de Derecho define lo Humano a partir de la lógica del mercado. La defensa, por encima de todo, es de la libertad del mercado” (Scheinvar: 2010, 21).

La industria textil es una de las formas más claras para poder visualizar la prácticas generalizadas de trata personas, aunque no es la única empresa en la que participa este delito en su cadena de producción. En nuestro país, el mercado de la trata también implica la producción agropecuaria, las quintas de hortalizas, la construcción, los cortadores de ladrillos, entre otros. La trata de personas brinda amplias ventajas competitivas al permitirle a las empresas reducir costos y riesgos a partir de desentenderse de los derechos y obligaciones de los trabajadores. Las empresas textiles a nivel mundial han desverticalizado la cadena de producción que incluye desde la obtención de materia prima hasta la distribución del producto final. En funciones que son consideradas estratégicas para la competitividad, las empresas trasladan a países con mano de obra barata y sin restricciones legales y terciarizan a proveedores independientes, siendo los talleres clandestinos, por ejemplo, el eslabón más frágil de la cadena de producción.

La persona víctima de trata se convierte en un eslabón esencial en la cadena de producción del sistema capitalista garantizando no sólo mano de obra barata, sino también, el funcionamiento, mantenimiento y reproducción del sistema del mercado actual. Allí, donde el Estado no ha reconocido a los alguienes o “subhumanos”, como los llama De Sousa Santos, como merecedores de derechos y de garantías sociales y económicas, es donde el delito de trata de personas encuentra su existencia, el Estado mismo ha puesto el límite y las fronteras.

IV. Cuando lo humano es el límite de los derechos humanos

Zizek (2011) se pregunta si los derechos humanos no debieran constituir una defensa contra el exceso de poder. Los

agentes estatales, políticos, judiciales y de las fuerzas de seguridad, son por acción u omisión defensores del “ejercicio incondicional del poder: las leyes no me atan realmente, puedo hacer lo que quiera, puedo tratarte como si fueras culpable si así lo decido, puedo destruirte a capricho (p. 121).

Los derechos humanos son bien vistos y aceptados cuando se replantean la tortura y el Estado de emergencia permanente, pero no cuando se trata del “otro”, ese otro menos humano, que tiene una presencia intrusiva, que atemoriza y pone en permanente cuestión el orden establecido. Allí, los derechos humanos, siempre pensados desde un universal neutro y no como un instrumento político que son, justifican la intervención sobre los pobres, los vulnerados de derechos con prácticas de control social; es necesario para el sistema actual que nada salga de sus límites, que no se escape del modelo liberal establecido.

La privación de los derechos humanos no radica en la privación del derecho a la vida, a la justicia o a la libertad sino, en el perder un lugar en el mundo donde hacer efectivas las acciones¹⁵. La víctima de trata de personas durante su captación, detención y ocultamiento para su explotación pierde las dos condiciones: se lo sustrae de su comunidad (ya no hay una pertenencia) y sus acciones ya no lo identifican; no les son propias, y los derechos humanos se encuentran con estos “otros” cuando la atrocidad los vuelve públicos.

Los factores subyacentes que hacen vulnerables a las víctimas de trata de personas se superponen constantemente.

“Los datos indican que más de tres cuartas partes de los migrantes internacionales se dirigen a un país con un nivel de desarrollo humano superior al de su país de origen para mejorar sus medios de vida. Asimismo, millones de personas abandonan su lugar de origen desplazándose dentro del país o cruzando una frontera internacional debido a la inseguridad y a los conflictos.

¹⁵ *El origen del totalitarismo*. Arendt, H. Capítulo IX: La decadencia de la Estado-nación y el final de los derechos del hombre. Ed. Planeta, 1994, Barcelona, España.

Ello señala que en muchas situaciones las causas profundas de la migración y la trata pueden atribuirse al hecho de que los *Estados no garantizan los derechos humanos fundamentales de todas las personas en su jurisdicción*.¹⁶

Es interesante observar que la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños hizo referencia a la situación de todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado, sin hacer distinción de ciudadanía, nacionalidad o cualquier otro criterio discriminatorio. Es obligación, entonces, preguntarse por ejemplo sobre la ausencia del Estado en el cuidado y protección de las 64 personas de nacionalidad boliviana víctimas del incendio del taller de la calle Luis Viale. ¿Cómo puede resultar tan fácil para los tratantes la captación, el traslado y la retención de tantas personas?

El Estado que debiera garantizar los derechos de quienes son víctimas, es el primero en violarlos. Los derechos humanos, dice De Sousa Santos, se encuentran en tensión poniendo énfasis en el rol que juegan los Estados en garantizar el cumplimiento de los derechos civiles y políticos por un lado y por el otro, distinguiéndolos de los derechos económicos y sociales:

“mientras la primera generación de derechos humanos se diseñó como una lucha de la sociedad civil contra el Estado como único violador de los derechos humanos, la segunda y tercera generación recurre al Estado como garante de los derechos humanos. (...) Por razones que no puedo explicar aquí, todo esto cambió a partir de los años ochenta en adelante con el crecimiento del neoliberalismo. El Estado pasó de ser una fuente de soluciones infinitas a una fuente de problemas infinitos, la sociedad civil dejó de ser el reflejo del Estado y se transformó en lo opuesto al Estado y, en consecuencia, una sociedad civil fuerte acabó exigiendo un Estado débil” (De Sousa Santos: 2010, 65).

¹⁶ Informe especial A/65/288, Naciones Unidas, 2010, párr. 21. El resaltado es propio.

Los derechos humanos son un concepto en disputa. Y el derecho a la vida ha sido en la historia del hombre el fin último de los derechos humanos. Sin embargo, en esta disputa sobre los derechos humanos universales e inalienables ¿qué entendemos por el derecho humano a la vida? ¿Cuáles son las condiciones que hacen a la garantía de ese derecho? ¿Se trata sólo de no quitar la vida o de crear condiciones para hacer de la vida una vida digna de ser vivida en una sociedad?

Bibliografía

- Agamben, Giorgio. (1998) *Homo Sacer. El poder ciudadano y la nuda vida*. Valencia, España: Editorial Pretextos.
- Agamben, Giorgio. (2014) *El Estado de excepción*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo Editora.
- Arendt, Hannah. (1994) Capítulo IX: La decadencia de la Estado-nación y el final de los derechos del hombre. El origen del totalitarismo. Barcelona, España: Editorial Planeta –agostini.
- Atienza, Manuel. (1982) Marx y los derechos humanos. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 1, 13-33, Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/172348>
- De Sousa Santos, Boaventura. (2010) *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República.
- Defensoría del Pueblo. (2016) *El trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la situación de talleres clandestinos en la Ciudad de Buenos Aires*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Ilieff, Aberto B. (2008) La trata de personas y el capitalismo. *I Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de personas*. Congreso desarrollado en Buenos Aires, Argentina.
- Naciones Unidas, Asamblea General “Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, A/65/288 (9 de agosto de 2010) disponible en: undocs.org/A/65/288

- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ACNUDH *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. (Ginebra: Naciones Unidas, 2010) disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 1966. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf
- Raffin, Marcelo. (2006) *Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur*. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto.
- Schneivar, Estela. (2010) *Derechos, ¿para qué humanos? Control biopolítico y prácticas de derechos humanos. II congreso latinoamericano y caribeño de ciencias sociales*, Congreso llevado a cabo en Distrito Federal de México, organizado por Flacso.
- Wacquant, Loïc. (2015). *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Manantial.

Evolución de la protección del patrimonio cultural en los tratados del derecho internacional humanitario

*Pedro Luis Sisti*¹

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 543-564

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e201>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5195-0300>

I. Introducción

Para comenzar debemos adelantar que el presente trabajo, por sus propias características, no pretende ser un estudio acabado de todo el material referente a la protección del Patrimonio Cultural dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo, sino una mera introducción a una cuestión que merece mayor desarrollo y profundización. Por lo tanto, intentaremos justificar el recorte epistemológico que nos vemos obligados a realizar, buscando sin embargo lograr una suficiencia en relación a la temática abordada.

Dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo se habla habitualmente de dos corrientes, aunque esta postura no es unánime en la doctrina (Salmon- 2004), que son claramente diferenciables una de la otra: la corriente de La Haya y la corriente de Ginebra (Bugnion- 2001). Es cierto que esta distinción es meramente analítica, ya que una y otra se complementa y resultan interdependientes, ya que “No es divisible la protección del ser humano en batalla” (Bugnion- 2001). La

¹ Abogado (UNLP), Director de la Clínica en Derecho de Interés Público (UNLP) El presente trabajo se desarrolló en el marco de la Maestría en Derechos Humanos que imparte el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

corriente de Ginebra ha tenido principalmente el objetivo de brindar protección a víctimas, es decir protección de personas que puedan sufrir violaciones de derechos a causa de la guerra, ya sea quienes combaten en la misma o quienes pueden verse afectados por la guerra a pesar de no participar activamente. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) tuvo un papel preponderante en el desarrollo de esta corriente, y quizás por eso cuenta con facultades más claras de intervención (Bugnion- 2001).

La corriente de La Haya por su parte ha regulado todo lo referente a la conducción de las hostilidades, y es una pequeña parte de esta corriente la que procederemos a analizar. Si bien esta corriente es la más antigua dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo, el CICR no tuvo un rol tan importante en su primer desarrollo, a punto tal que hasta se ha cuestionado que tuviese facultades de intervención en su protección/cumplimiento, algo que entendemos ha sido claramente resuelto en favor de la facultad de intervención del CICR (Bugnion- 2001).

Más allá de los debates acerca de la facultad de intervención del CICR en la corriente de La Haya, a medida que la misma ha ido evolucionando, podemos decir que la protección que brinda ha ido diversificándose. Una de estas “nuevas” facetas de protección es sin dudas la del Patrimonio Cultural, y es en esta temática donde centraremos nuestro análisis: la evolución de la protección de los Bienes Culturales dentro del Derecho Internacional Humanitario. Si bien debemos aclarar que en los Protocolos I y II de 1977 a la convención de Ginebra de 1949 también se brinda protección a los Bienes Culturales, con lo cual podemos decir que ambas corrientes brindan protección a los Bienes Culturales, y no solamente la de La Haya.

Cierto es que existen antecedentes que tienen siglos de antigüedad donde se ha buscado garantizar dentro del marco de guerras la protección de Bienes Culturales (habitualmente ligados a cuestiones religiosas), estas protecciones eran

habitualmente solamente respetadas por quienes compartían una cultura similar (Bugnion- 2001). También abundaron después de la Paz de Westfalia (1648) tratados con cláusulas específicas donde se preveía la restitución de Bienes Culturales (UNESCO- 2008). Por lo que la protección del Patrimonio Cultural con vocación universal resulta sin dudas una vertiente reciente y que viene ganando en importancia en las últimas décadas.

Si bien ya a principios del siglo 20 podemos encontrar en tratados las primeras cláusulas de protección del Patrimonio Cultural, por ejemplo, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, indudablemente la protección del Patrimonio Cultural ha tenido un crecimiento exponencial en la segunda mitad de dicho siglo luego de la sanción de la Convención de La Haya de 1954, como consecuencia de lo experimentado/sufrido en la segunda guerra mundial.

Así como en el siglo 20 fue evolucionando la protección del Patrimonio Cultural con su (cada vez mayor y mejor) consagración en instrumentos internacionales, en lo que va del siglo 21 hemos presenciado una proliferación de casos de jurisprudencia internacional donde se han sancionado violaciones a las cláusulas de los Tratados, dándole nuevas interpretaciones y empezando a conformar una jurisprudencia cada vez más rica en esta materia.

En el presente trabajo analizaremos la evolución de la protección del Patrimonio Cultural dentro de los Tratados del Derecho Internacional Humanitario. Primero realizaremos una evolución histórica de la recepción de esta protección en los distintos Tratados generales, para luego analizar algunos antecedentes locales de protección específica de la materia, para luego profundizar un poco más en la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. Como ya mencionamos, en los Protocolos I y II de 1977 a la convención de Ginebra de 1949 también se brinda protección a los Bienes Culturales, pero por una cuestión de espacio no se analizará esta protección.

II. Primeros casos de protección en Tratados Generales de Derecho Internacional Humanitario

Como ya adelantamos, existen antecedentes muy antiguos y en distintas culturas que protegían al Patrimonio Cultural (como conjunto de Bienes Culturales) en situaciones de guerra, de hecho, se han encontrado en la antigua Grecia, en la edad media o en el islam (Bugnion- 2001). Pero ya hemos adelantado que en este trabajo nos concentraremos en su evolución más cercana en lo que se refiere al Derecho Internacional Humanitario contemporáneo.

Si bien encontramos antecedentes concretos y más cercanos en el tiempo tanto en el Código Lieber de 1864, como en la Declaración de Bruselas de 1874 (Fernández Liesa- 2009), en este capítulo específicamente analizaremos los primeros casos de consagración que ha tenido en Tratados generales (que abordan distintas temáticas de Derecho Internacional Humanitario), para luego continuar en el siguiente capítulo con los instrumentos específicos sobre protección de Bienes Culturales.

a) Las Convenciones de La Haya (1899 y 1907) relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre

En dichas convenciones², se consagró en el art. 27 la primera protección al Patrimonio Cultural dentro del Derecho Internacional Humanitario con cláusulas prácticamente idénticas:

“En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares.

² La Convención II relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre fue aprobada en La Haya el 29 de julio de 1899, y la Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, también en La Haya el 18 de octubre de 1907.

Los sitiados están en la obligación de señalar esos edificios o lugares de asilo con signos visibles especiales que se harán conocer de antemano al sitiador.”

La única diferencia entre ambos artículos 27 es que en la Convención de 1907 se incorporó la protección a “monumentos históricos”, que no se había establecido en la anterior Convención³. Esta ampliación de los bienes protegidos fue claramente un avance si lo analizamos puntualmente desde lo que hace a la protección de los Bienes Culturales.

Aparte de la cláusula ya analizada, también se hacía referencia a la protección del Patrimonio Cultural en el art. 56 de ambas convenciones con redacciones muy similares entre sí, estableciendo en la Convención de 1899:

“Los bienes comunales, los de los establecimientos consagrados al culto, a la caridad y a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun perteneciendo al Estado, serán tratados como la propiedad privada.

Toda apropiación, destrucción o daño intencional de dichos establecimientos, de monumentos históricos, obras de arte y de ciencia están prohibidas y deben ser perseguidas”⁴.

Como se puede ver, esta primera protección del Patrimonio Cultural se realizó conjuntamente con otros bienes que cumplían distintas funciones muy distintas, pero que todas ellas compartían un mismo principio del Derecho Internacional

³ El art. 27 de la Convención de 1899 reza: “En los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los hospitales y los centros de reunión de enfermos y heridos, siempre que no se utilicen dichos edificios con un fin militar.

El deber de los sitiados es señalar estos edificios o sitios de reunión con signos visibles y especiales, que serán notificados de antemano al sitiador”.

⁴ La Convención de 1907 reza: “Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada.

Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas”.

Humanitario: el de Distinción. Pero en lo que a este trabajo respecta, lo importante es que comenzamos a identificar (más claramente en la Convención de 1907) una vocación de proteger específicamente a los Bienes Culturales.

b) La Convención IX de La Haya de 1907 relativa al bombardeo por fuerzas navales en tiempos de guerra

En esta convención⁵ se estableció en su segundo capítulo, artículo 5, la siguiente protección:

“En el bombardeo por fuerzas navales deben tomarse por el Comandante todas las medidas necesarias para librar en lo posible los edificios consagrados a los cultos, a las artes, a las ciencias o a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares destinados para enfermos o heridos, a condición de que no sean empleados al mismo tiempo en algún fin militar.

El deber de los habitantes es señalar estos monumentos, edificios y lugares con signos visibles que consistirán en grandes tableros rectangulares, rígidos, divididos diagonalmente en dos triángulos, de color negro el de arriba y blanco el de abajo”.

Como se puede ver, la protección tiene similares características a las ya analizadas (del art. 27), no aplicando al caso concreto las demás disposiciones (del art. 56) que se refieren a tratamiento como propiedad privada y prohibición de apropiación, deterioro, etc. Por las características propias del combate naval.

Resulta evidente que la protección a los Bienes Culturales dentro de las Convenciones analizadas resultaba cuanto menos tangencial, ya que se protegía a estos bienes entre muchos otros, por lo que entendemos que son antecedentes importantes, pero que no podemos decir que en ese momento la protección del

⁵ Recordamos que esta es la IX parte de la Convención cuya parte IV (especialmente su anexo) ya analizamos en el acápite anterior, y obviamente también se sancionó el 18 de octubre de 1907 (la conferencia en cuestión comenzó el 15 de junio del mismo año).

Patrimonio Cultural fuera un eje de gran importancia dentro del Derecho Internacional Humanitario.

III. Antecedentes en el Sistema Interamericano

En el marco de la Organización de Estados Americanos se dieron una serie de antecedentes entre las Convenciones de 1899 y 1907 ya analizadas y la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 que se analizará en el siguiente capítulo, cabe resaltar que todas estas Convenciones se sancionaron en La Haya.

a) Tratado sobre la Protección de Bienes Muebles de Valor Histórico

Este es un Tratado de 1935⁶ que tiene muy pocos países signatarios⁷, y aún menos países que lo han ratificado⁸. Si bien se pueden realizar una serie de críticas a la técnica de redacción del mismo⁹, es importante destacar que como antecedente tiene un gran valor, atento a realizar por un lado una definición de los bienes que protege¹⁰, y por el otro establecer una serie de criterios de protección que debían implementar los países firmantes.

Algunas de las medidas eran que las aduanas debían requerir los permisos correspondientes a quienes trasladaran estos bienes, debiendo los países legislar en esta materia a fin de que solamente se autorice la exportación si quedan en el país de origen otros bienes iguales o de valor semejante; o también que si un gobierno tomaba conocimiento de una exportación ilegal

⁶ Firmado el 15 de abril de 1935.

⁷ Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela.

⁸ Chile, El Salvador, Guatemala, México y Nicaragua.

⁹ Realiza clasificaciones de los bienes según su época: precolombina, colonial, de la emancipación y de todas las épocas. Identificando qué bienes pertenecen a cada categoría.

¹⁰ Si bien la definición no es la mejor, ya que habla de "monumento muebles", resulta un antecedente a destacar de cualquier manera.

podía requerir al país donde se encontrara dicho bien que lo devolviese; pero sin dudas la medida más interesante se da en su art. 4, donde establece que quienes tengan estos objetos que hayan sido declarados monumentos solamente gozarán de su usufructo y solo podrán transmitirlo dentro del mismo país¹¹.

Hasta ahora solamente hemos hecho referencia a cuestiones relacionadas con la protección de los Bienes Culturales, pero nada hemos dicho acerca de la conexión entre este Tratado y el Derecho Internacional Humanitario. La razón por la que incluimos este Tratado como antecedente en esta materia es por su art. 8, donde establece que “Los gobiernos signatarios declaran que los monumentos muebles no pueden ser botín de guerra”.

Como puede verse, el objeto principal del tratado no es el de regular cuestiones relacionadas con la guerra, sino con los Bienes Culturales. Pero esta cláusula hace que debamos contarlo como un antecedente a tener en cuenta también dentro del Derecho Internacional Humanitario.

b) El Tratado sobre la Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y de los Monumentos Históricos

Este Tratado que también es conocido como Pacto Roerich, al igual que el anterior instrumento analizado (el Tratado sobre la Protección de Bienes Muebles de Valor Histórico), también se firmó el 15 de abril de 1935, pero a diferencia del anterior tuvo una mayor cantidad de países signatarios¹² y ratificaciones¹³.

¹¹ Cabe destacar que Chile hizo una reserva al art. 4, por considerar que este artículo contrariaba lo establecido en su Constitución Política (<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/c-4.html>).

¹² Firmaron 21 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

¹³ Ratificaron: Brasil, Chile, Colombia, Cuba, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, República Dominicana y Venezuela, sin que ninguno de los países realizara reserva alguna (<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/c-4.html>).

A diferencia del anterior Tratado analizado, este indudablemente podemos considerar que tuvo como uno de sus objetivos centrales su aplicación en tiempos de guerra, por lo que sin ningún lugar a dudas podemos considerar que forma parte del Derecho Internacional Humanitario. Ya desde su propio prólogo menciona que su objeto es “la adopción universal de una bandera, ya creada y difundida, para preservar con ella, *en cualquiera época de peligro*, todos los monumentos inmuebles de propiedad nacional y particular que forman el tesoro cultural de los pueblos», y con el fin de que los tesoros de la cultura *sean respetados y protegidos en tiempo de guerra y de paz*” (el subrayado nos pertenece).

Pero si bien su preámbulo ya menciona expresamente la palabra guerra, no deja ningún lugar a dudas cuando en su primer artículo establece:

“Serán considerados como neutrales, y como tales, respetados y protegidos por los beligerantes, los monumentos históricos, los museos y las instituciones dedicadas a la ciencia, al arte, a la educación y a la conservación de los elementos de cultura.

Igual respeto y protección se acordará al personal de las instituciones arriba mencionadas.

Se acordará el mismo respeto y protección a los monumentos históricos, museos e instituciones científicas, artísticas, educativas y culturales, así en tiempo de paz como de guerra.”

En este Tratado vemos una mayor claridad conceptual que en el anterior en lo que a Bienes Culturales se refiere, aunque con una protección claramente orientada hacia los inmuebles, razón por la cual encontramos que hace expresa mención a que estos bienes perderán los privilegios que establece este tratado si fuesen usados para fines militares (art. 5).

Específicamente las características de la bandera (símbolo) en cuestión se encuentran establecidas en su art. 3:

“Con el fin de identificar los monumentos e instituciones a que se refiere el artículo 1, se podrá usar una bandera

distintiva (círculo rojo, con una triple esfera roja dentro del círculo, sobre un fondo blanco) conforme al modelo anexo a este tratado”.

Luego de analizar estos Tratados, vemos que en el tiempo que transcurre entre las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y la de 1954, la protección del Patrimonio Cultural dentro del Derecho Internacional Humanitario tuvo importantes antecedentes dentro del Sistema Interamericano. Analizando el contexto internacional, resulta entendible que este desarrollo haya sido importante en este sistema y no tanto dentro del Sistema Europeo, considerando que fue en ese territorio donde se desarrolló ambas Guerras Mundiales durante el transcurso del lapso mencionado¹⁴, lo cual claramente dificultaba tremendamente (si es que no truncaba) el avance de tratados de este tipo.

IV. Convención de La Haya de 1954 para la protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado, su reglamento y protocolos

Después de la Segunda Guerra Mundial y de los horrores que ocurrieron derivó en una serie de Instrumentos Internacionales que modificarían al Derecho Internacional Público para siempre, teniendo todos como eje de protección a las personas. Dentro de estos Instrumentos debemos mencionar a las Declaraciones de Derechos Humanos (Universal e Interamericana) de 1948, a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 entre otros.

También como consecuencias de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial, es que se creó la Organización de las Naciones Unidas, y dentro de ellas la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO

¹⁴ Si bien debemos remarcar que al momento de la sanción de los tratados analizados en este capítulo la Segunda Guerra Mundial aún no había iniciado, no obstante lo cual la situación que se vivía en Europa en ese momento (1935) era ya de una gran tensión.

por sus siglas en inglés)¹⁵, que tendría un papel preponderante en la sanción de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado que analizaremos en este capítulo.

a) Protección General: Salvaguardia y Respeto

Lo primero que debemos remarcar es que este fue el primer tratado dentro del sistema universal de protección de derechos que se centró específicamente en la protección del Patrimonio Cultural en caso de conflictos armados. El análisis de este Tratado bien podría ser en sí mismo un trabajo autónomo, es que solamente se destacarán las cuestiones más salientes del mismo, a sabiendas de que existe profusa doctrina que aborda pormenorizadamente todas las cláusulas de este Tratado.

Lo primero que debe destacarse es que la definición de Bienes Culturales es realmente amplia, ya que el art. 1 consagra que:

“Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

(a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;

(b) los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado (a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como

¹⁵ La Constitución de la UNESCO fue aprobada el 16 de noviembre de 1945 en Londres.

los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado (a);

(c) los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados (a) y (b), que se denominarán «centros monumentales».

Como podemos ver, la definición de Bienes Culturales es ampliamente mejor que la que se había realizado en los antecedentes¹⁶, abordando tanto la protección de bienes muebles como inmuebles en un mismo instrumento, y dando fórmulas menos taxativas al momento de establecer los bienes que gozan de protección. En los siguientes artículos se establece que la protección de los bienes entraña tanto la Salvaguardia (en el art. 3) como el Respeto (en el art. 4).

La Salvaguardia es la obligación que tienen los Estados Parte¹⁷ en tiempos de paz de:

“- Preparar la salvaguarda de los bienes culturales situados en su propio territorio (Artículo 3 de la Convención). En el Artículo 5 del Segundo Protocolo se prevé también la preparación de inventarios, la planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o el derrumbamiento de edificios, la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada in situ de esos bienes, y la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguarda de los bienes culturales. Conviene destacar que se ha demostrado que estas medidas no sólo suelen ser muy útiles en caso de conflictos armados, sino también en caso de desastres naturales o para luchar eficazmente contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

- Considerar la posibilidad de colocar bajo protección “especial” un número restringido de refugios, centros

¹⁶ Nos referimos en particular a los antecedentes del Sistema Interamericano que analizamos en el anterior capítulo.

¹⁷ Esta obligación es también extensible a la UNESCO de acuerdo a lo establecido en el art. 23 del Tratado.

monumentales y otros bienes culturales inmuebles de suma importancia mediante su inscripción en el “Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial” (Capítulo II de la Convención y Artículos 11 a 14 de su Reglamento de ejecución). Además una protección “reforzada” está prevista en el Capítulo 3 del Segundo Protocolo.

- Prever la utilización del emblema distintivo especial para facilitar la identificación de los bienes culturales (Artículos 6, 16 y 17 de la Convención y Artículo 20 de su Reglamento de ejecución).

- Preparar o establecer – en tiempo de paz – servicios o personal especializado dentro de las fuerzas armadas que se encarguen de velar por el respeto a los bienes culturales y de colaborar con las autoridades civiles (Artículo 7 de la Convención).

- Difundir ampliamente las disposiciones de la Convención (Artículo 25) y las del Segundo Protocolo (Artículo 30).

- Alejar, en la medida de lo posible, los bienes culturales muebles de las proximidades de objetivos militares y evitar la ubicación de objetivos militares en las proximidades de bienes culturales (Artículo 8 del Segundo Protocolo).

- Adoptar en el marco de su sistema de derecho penal todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la Convención (Artículo 28 de la Convención). Esta obligación la refuerzan las disposiciones del Capítulo IV del Segundo Protocolo sobre violaciones graves, infracciones de otro tipo, procedimiento penal y asistencia judicial recíproca” (UNESCO- 2008).

El Respeto por su parte es la obligación que tienen los Estados en tiempo de Conflicto Armado de:

- “- Respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes de la Convención, absteniéndose de todo

acto de hostilidad contra ellos (párrafo 1 del Artículo 4 de la Convención). Esta obligación se refuerza con las disposiciones del Capítulo II del Segundo Protocolo, y más concretamente las contenidas en los Artículos 6, 7 y 8 sobre el respeto debido a los bienes culturales y las precauciones en caso de ataque o contra los efectos de las hostilidades. El respeto de los bienes culturales se impone también en los conflictos de carácter no internacional (Artículo 19 de la Convención), y además a estos conflictos se les aplica también el conjunto de las disposiciones del Segundo Protocolo (Artículo 22).

- Prohibir toda medida de represalia contra los bienes culturales (párrafo 4 del Artículo 4 de la Convención).

- Prohibir, prevenir y hacer cesar cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación de bienes culturales, así como todo acto de vandalismo contra ellos (párrafo 3 del Artículo 4 de la Convención).

- Imponer las sanciones penales o disciplinarias necesarias a las personas que hayan cometido u ordenado que se cometa una infracción de la Convención (Artículo 28 de la Convención) y aplicar las disposiciones penales del Capítulo IV del Segundo Protocolo.

- Proteger los bienes culturales situados en territorio ocupado y, en especial, adoptar las medidas necesarias para conservarlos, si es posible (Artículo 5 de la Convención). Esta obligación la refuerza el Artículo 9 del Segundo Protocolo, que prohíbe toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales” (UNESCO- 2008).

Por último debemos remarcar que más allá de las obligaciones de Salvaguardia (en momentos de Paz) y de Respeto (en momentos de Conflicto Armado), también existen obligaciones al momento de finalización de las hostilidades, que son las siguientes:

- “- Devolver los bienes culturales exportados a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado (párrafo 3 del Artículo I del Protocolo de 1954).

- Prohibir la retención de bienes culturales a título de reparaciones guerra (párrafo 3 del Artículo I del Protocolo de 1954)” (UNESCO- 2008).

La Salvaguardia y el Respeto son identificados como los principios fundamentales de la protección y preservación de los Bienes Culturales, y puede entenderse que los mismos forman parte del *ius cogens* (derecho consuetudinario). Si bien hay quienes dicen que podría tomarse como antecedente lo establecido en el Tribunal Internacional de Nuremberg entendió que las reglas del Convenio (IV) de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre formaban parte del derecho consuetudinario, en la vigésimo séptima reunión de la Conferencia General de la UNESCO de 1993 se adoptó la Resolución 3.5 sobre la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, y ahí se sostuvo que estos principios (que figuran en los arts. 3 y 4 de dicha Convención) podrían considerarse parte del derecho consuetudinario.

Dentro de la Protección General también se establece una serie de obligaciones al estado ocupante, como así también la obligación de identificar los Bienes Culturales y una serie de deberes militares a cumplir en tiempo de Paz sobre los que no nos explayaremos por una cuestión de espacio, siendo claras las disposiciones de los artículos 5, 6 y 7 respectivamente.

b) Protección Especial: Inmunidad, Señalamiento y Vigilancia

Lo primero que cabe destacar es que puede brindarse una protección especial a un número restringido de bienes pero brindándoles una mayor protección a los mismos, siempre y cuando cumplan con las siguientes condiciones establecidas en el párrafo 1 del art. 8:

“(a) se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible, como, por ejemplo, un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o

una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones;

(b) no sean utilizados para fines militares” (párrafo 1 del art. 8 de la Convención).

Los párrafos 3 y 4 del art. 8 realizan interpretaciones acerca cuándo se considera que se utilizan los Bienes Culturales para fines militares. Para que opere esta protección especial resulta necesario que los Bienes se encuentren registrados en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, conforme lo establece el párrafo 6 del art. 8. El Registro está regulado en el artículo 12 del Reglamento, donde se establece su creación y que el mismo estará a cargo del Director General de la UNESCO, quien debe enviar copias de dicho Registro al Secretario General de las Naciones Unidas.

Según el art.9 los Estados están obligados a garantizar la inmunidad de los Bienes Culturales bajo protección especial, absteniéndose de cualquier acto de hostilidad contra los mismos (salvo lo establecido en el párrafo 5 del art. 8¹⁸). Respecto del señalamiento y vigilancia el art. 10 establece que:

“En el curso de un conflicto armado, los bienes culturales bajo protección especial deberán ostentar el emblema descrito en el artículo 16 y podrán ser objeto de inspección y vigilancia internacional, del modo previsto en el Reglamento para la aplicación de la Convención”.

El emblema al que hace referencia el art. 16 consiste en un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco y puede usarse una aislado o repetido tres veces en formación de triángulo (un escudo en la parte interior). En el

¹⁸ Párrafo 5 del art. 8: “Si uno de los bienes culturales enumerados en el párrafo primero del presente artículo está situado cerca de un objetivo militar importante en el sentido de ese párrafo, se le podrá colocar bajo protección especial siempre que la Alta Parte Contratante que lo pida se comprometa a no hacer uso ninguno en caso de conflicto armado del objetivo en cuestión, y, especialmente, si se tratase de un puerto, de una estación ferroviaria o de un aeródromo, a desviar del mismo todo tráfico. En tal caso, la desviación debe prepararse en tiempo de paz”. Esta excepción también sirve para que aún en caso de cercanía a un centro industrial u objetivo militar, como surge del propio texto.

primer párrafo del art. 17 se establece cuándo puede utilizarse el emblema repetido tres veces:

“...para identificar: (a) los Bienes Culturales inmuebles que gocen de protección especial; (b) los transportes de bienes culturales en las condiciones previstas en los artículos 12 y 13; (c) los refugios improvisados en las condiciones previstas en el Reglamento para la aplicación de la Convención”.

Mientras que en el segundo párrafo del art. 17 se establece cuándo debe utilizarse el emblema aislado:

“(a) los bienes culturales que gozan de protección especial; (b) las personas encargadas de las funciones de vigilancia, según las disposiciones del Reglamento para la aplicación de la Convención; (c) el personal perteneciente a los servicios de protección de los bienes culturales; (d) las tarjetas de identidad previstas en el Reglamento de aplicación de la Convención”.

Destacamos que los artículos 12 a 16 del Reglamento para aplicación de la Convención se dedican a establecer el funcionamiento del Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, regulando el funcionamiento del mismo, como así también la solicitud de inscripción, la oposición, la efectiva inscripción y la cancelación de la inscripción en el Registro. El art. 11 regula el establecimiento de Refugios Improvisados.

c) Transporte de Bienes Culturales y Aplicación de la Convención

Resulta de vital importancia que los Bienes Culturales que puedan sufrir algún tipo de daño durante un Conflicto Armado puedan trasladarse a refugios donde los mismos se preserven. Los arts. 12 y 13 de la Convención regulan las condiciones del Transporte de Bienes Culturales, regulando el art. 12 el Transporte bajo protección especial, mientras que el art. 13 regula los Transportes en casos de urgencia. Estableciendo el art. 14 la

Inmunidad de embargo, de captura y de presa, que se obtendrá como explicaremos a continuación.

A fin de obtener la Inmunidad de la que hablamos en el anterior capítulo y poder realizar este Transporte, una de las Partes debe realizar la correspondiente petición la cual deberá dirigirse al Comisario General de Bienes Culturales, quien luego de analizar la petición (y si considera que la misma corresponde) consultará a las Potencias protectoras qué medidas proponen para ejecutar el transporte, para luego notificar a las Partes y designar inspector/es a fin de que se trasladen solamente los bienes indicados en la petición con los correspondientes emblemas (art. 17 del Reglamento para aplicación de la Convención). Los arts. 18 y 19 del Reglamento establecen las condiciones del Transporte al extranjero y cuándo el Transporte de Bienes Culturales por una Parte ocupante (aún cuando no cumpla con las condiciones ya mencionadas del art. 17) sea acorde a lo establecido en la Convención, evitando así que se tache de ocultación o apropiación (establecido en el párrafo 3 del art. 4 de la Convención).

Es importante señalar que desde el momento en que sea de aplicación la Convención los Bienes Culturales (y también su Transporte) estarán sujetos a controles internacionales, quedando a cargo dicho control del Comisario General, los delegados de las potencias Protectoras, los inspectores y los expertos, conforme lo establecen los primeros 10 artículos del Reglamento para la aplicación de la Convención.

Respecto de la Aplicación de la Convención, el art. 18 establece claramente que:

“Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor en tiempo de paz, la presente Convención se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos o más de las Altas Partes Contratantes, aun cuando alguna de Ellas no reconozca el estado de guerra.

2. La Convención se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una

Alta Parte Contratante, aun cuando esa ocupación no encuentre ninguna resistencia militar.

3. Las Potencias Partes en la presente Convención quedarán obligadas por la misma, aun cuando una de las Potencias que intervengan en el conflicto no sea Parte en la Convención. Estarán además obligadas por la Convención con respecto a tal Potencia, siempre que ésta haya declarado que acepta los principios de la Convención y en tanto los aplique”.

El art. 19 por su parte establece que en casos de Conflictos Armados No Internacionales que surjan dentro del territorio de una de las Partes, las mismas tendrán la obligación de aplicar (como mínimo) las disposiciones de esta Convención relativas al Respeto de los Bienes Culturales. Sin perjuicio de que podrán establecerse acuerdos especiales para que se aplique el resto de la Convención y que la UNESCO pueda ofrecer sus servicios.

Pero ante un Conflicto Armado Internacional debemos recordar lo que dijéramos acerca del carácter consuetudinario de los principios de Salvaguardia y Respeto, por lo que entendemos que más allá de la literalidad de lo establecido por el mencionado art. 19, deberían ser de aplicación lo establecido en los arts. 3 y 4 de la Convención, por resultar principios fundamentales respecto de la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflictos Armados.

d) Protocolos de la Convención

Como ya ha quedado en evidencia al analizar distintos puntos de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, la misma posee dos protocolos, uno adoptado al mismo tiempo que la Convención (en 1954), que brinda una protección específica a los Bienes Culturales muebles, abordando el problema de las dificultades para su restitución. Entre otras medidas, este Protocolo prohíbe que los Bienes Culturales sean exportados de los territorios ocupados por las partes contratantes (art. 1), y también queda prohibida la retención de Bienes Culturales en concepto de reparaciones de guerra (art. 3).

Los distintos actos vandálicos y daños causados al Patrimonio Cultural a lo largo de los distintos Conflictos Armados desencadenados durante los años 80 (y principios de los 90) dejaron en evidencia que en lo que se refería a la protección de Bienes Culturales en casos de Conflictos Armados, existían nuevos desafíos a raíz de que los conflictos solían ser “internos” y de “carácter étnico”, lo cual hacía que la regla del art. 19 y la aplicación de los principios fundamentales resultaran insuficientes, principalmente porque justamente por las características de los conflictos, el Patrimonio Cultural se convertía directamente en un objetivo militar directo a fin de humillar a la etnia rival y destruir su legado histórico y cultural.

Esta experiencia desembocó en el Segundo Protocolo de 1999 (aunque su proceso inició en 1991), que buscó reforzar distintas disposiciones de la Convención, relativas a la Salvaguardia y el Respeto, a fin de crear una “protección reforzada” para aquellos Bienes Culturales de suma importancia para la humanidad, definiendo las sanciones en caso de atentados graves perpetrados contra dichos bienes y las condiciones en las que se incurrirá en una responsabilidad penal individual. También creó un Comité para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, este segundo protocolo entró en vigor en 2004 (UNESCO- 2008).

V. Conclusión

Conforme podemos ver del desarrollo de este trabajo, la importancia de la protección de los Bienes Culturales en casos de Conflictos Armados ha ido creciendo a lo largo del tiempo y empieza a ocupar un espacio cada vez de mayor importancia dentro del Derecho Internacional Humanitario. Claros ejemplos de esta mayor relevancia pueden ser la Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del Patrimonio Cultural de 2003¹⁹,

¹⁹ Motivada por la destrucción de los Budas de Bamiyan en Afganistán por parte del régimen talibán.

o la Resolución 2347 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 2017 relativa al Patrimonio Cultural. Esta Resolución es la primera que se centra exclusivamente en el Patrimonio Cultural²⁰.

También se ha dado la particularidad en lo que va del Siglo XXI que aparte de contar con Instrumentos específicos de protección, podemos empezar a hablar de una jurisprudencia en materia de protección de los Bienes Culturales en casos de Conflictos Armados. Por ejemplo los casos del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia: Tihomir Blaskic, Dario Kordic y Mario Cerkez, Biljana Plavsic, Radislav Krstic, Mladen Naletilic y Vinko Martinovic, Milomir Stakic, Miroslav Dernjic, Miodrag Jokic y Pavle Strugar, Radoslav Brdanin, Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, Momcilo Krajisnik, Milan Martić, Milan Milutinovic (y otros) y Vlastimir Dordevic (Lostal Becerril- 2012).

También debemos destacar el reciente caso de la Corte Penal Internacional, donde se declaró a Ahmad al-Faqi al-Mahdi, dirigente del grupo islamista Ansar Eddine, culpable de la comisión de crímenes de guerra por los ataques y la destrucción de edificios históricos y religiosos en Tombuctú durante los enfrentamientos que tuvieron lugar en Mali en el año 2012²¹.

Indudablemente, la protección de los Bienes Culturales está hoy por hoy en la agenda del Derecho Internacional Humanitario como una de las facetas centrales de protección, así lo demuestran las distintas referencias cercanas en el tiempo que hemos analizado. Lamentablemente a pesar de ser una cuestión presente en la agenda, aún no se ha logrado que en los Conflictos Armados recientes la protección de los Bienes Culturales sea efectiva, pero indudablemente los mencionados casos de responsabilidad penal individual son un gran paso en ese sentido.

²⁰ Se puede ver la noticia en: <https://es.unesco.org/news/consejo-seguridad-onu-adoptar-resolucion-historica-proteccion-del-patrimonio-cultural>.

²¹ Ver noticia: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/la-sentencia-contra-al-mahdi-primer-paso-hacia-la-justicia-tras-el-conflicto-de-mali/>.

Bibliografía

- BUGNION, François. (2001) “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2014) *El ABC del Derecho Internacional Humanitario*. Berna, Suiza.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (2009). “Evolución jurídica de la protección internacional de los bienes culturales en los conflictos armados” en Anuario español de derecho internacional, volumen XXV. En línea en: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/21364>
- KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L. (2001) *Restricciones en la conducción de la Guerra. Introducción al Derechos Internacional Humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra
- LOSTAL BECERRIL, Marina (2012) “La Protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”. *Revista Electrónica de Derechos Internacionales (REEI)*, Número 24.
- SALMÓN, Elizabeth. (2004) “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”. CICR- Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- UNESCO. (2005) “La respuesta jurídica: el derecho internacional antes de la adopción de la Convención de La Haya de 1954” en *Proteger los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado*.



TRABAJOS DE EXTENSIÓN

HERENCIA

De otro recibí
Palabra, estilo, verbo
Y oficio de escribir
Con letras que designan
El simbólico pan
El agua, el fuego
Para decirte hoy, aquí y ahora
Que las parcas se han muerto
En el silencio
Que el destino es tu luz, herida en la mañana
Y que el final de estrella no es meta
Sino apenas paso
De tu acontecer el universo
Para que otro reciba
El fuego que cocine su pan
El agua para lavar la herida,
Y ejecute su oficio
En medio del destino,
Mate otra vez la parca
Y reciba los símbolos
Con los que signe
Palabra, estilo, verbo
Y oficie, en la mañana, /su acontecer humano, /apenas

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: Felipe Varela

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

Clínicas jurídicas en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP: generando un nuevo espacio para aprender, investigar y trabajar en temas de interés público¹

*Francisco Verbic*²

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 567-583

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e203>

I. Introducción

Luego de más de 6 meses de trabajo y discusión, en el mes de Octubre del año 2008 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata aprobó la reglamentación en función de la cual se implementó el Programa “Clínica Jurídica”.³ Poco tiempo antes de cumplirse 3 años desde la toma de tal decisión, la finalidad de esta ponencia es divulgar las principales características del Programa y compartir algunas de las cuestiones que se presentaron a la hora de su diagramación e implementación.

A tal efecto describiré cuáles son los alcances y objetivos del Programa, en qué tipo de asuntos se enfoca el trabajo, cuáles son

¹ Ponencia presentada por el autor en el “XI Congreso Iberoamericano de Extensión Universitaria. Integración extensión, docencia e investigación para la inclusión y cohesión social”, desarrollado en la Universidad Nacional del Litoral, ciudad de Santa Fe, Argentina, del 22 al 25 de noviembre de 2011.

² Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de esa misma Facultad. Diagramador del Programa “Clínica Jurídica” y Coordinador Académico del mismo durante sus tres primeros años (2008-2011).

³ Expediente Nº 400-5525/08, Resolución Nº 398/08.

las razones que llevaron a la generación de un reglamento para definir roles y coordinar tareas, qué tipo de organización interna tiene este Programa en particular, cuáles son las directrices y principios que sostienen la iniciativa y guían las actividades allí realizadas, cuál es el procedimiento que debe seguirse para habilitar la intervención de cualquiera de las comisiones en un asunto determinado, cómo se resolvió regular el tema de los honorarios a devengarse en el marco de los casos patrocinados por el Programa, y –finalmente- qué mecanismos complementarios fueron ideados para brindar apoyo y profundizar el desarrollo del espacio sin alterar su carácter fuertemente pedagógico.

II. Principales objetivos del Programa

Los objetivos primordiales del Programa son de diversa índole. Tal vez el más interesante de todos sea el de ofrecer a estudiantes avanzado de la carrera de Abogacía y a jóvenes graduados un espacio de formación distinto al que por lo general éstos encuentran durante el transcurso de la carrera de grado.⁴

Un espacio que les permite reunirse con colegas que comparten similares inquietudes, capacitarse por medio del trabajo sobre conflictos reales de interés público, asumir la responsabilidad de estudiar y construir el caso, y experimentar todo lo que implica trabajar en equipo y patrocinar a los sujetos involucrados ante los estrados de la justicia o en sede administrativa.

En definitiva, un espacio que les permite aprender de su propia experiencia.⁵

⁴ Sobre los orígenes de este tipo de metodología de enseñanza en los Estados Unidos de América y su contraste con las ideas tradicionales que gobernaban esta área ver Víctor Abramovich "La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática", publicado en "Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales", Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, "Defensa Jurídica del Interés Público".

⁵ En este sentido Abramovich destaca que "No existe consenso acerca de cual es el principal objetivo de la enseñanza en las clínicas legales, aunque la opinión predominante señala como tal, proveer al estudiante técnicas de análisis y ciertas destrezas profesionales que sirvan de medios para aprender de su propia experiencia" (Víctor Abramovich "La enseñanza

Vale destacar también que, además del trabajo en casos judiciales, el Programa aspira a constituirse en una usina de pensamiento con vocación para analizar problemas jurídicos desde una discusión seria y con una perspectiva interdisciplinaria para incidir en la agenda pública y privada mediante: (i) la emisión y difusión de dictámenes y declaraciones que contengan las conclusiones obtenidas en la discusión; y (ii) la generación de propuestas legislativas y reglamentarias.⁶

Desde otra perspectiva, y más allá de los objetivos (y evidentes beneficios) pedagógicos del Programa, importa subrayar que la litigación de casos de interés público y la emisión de dictámenes y declaraciones sobre problemas del género configuran una interesante herramienta para que la Facultad asuma una participación más activa en el área social y política, lo cual resulta sumamente relevante en el marco de un sistema democrático como el argentino. Participación que está particularmente orientada hacia la defensa de grupos desaventajados, y que intenta generar nuevos canales de participación para obtener cambios en aquellas prácticas culturales, sociales, políticas y económicas que impiden el desarrollo libre del propio plan de vida de las personas.⁷

del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática”, publicado en “Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales”, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, “Defensa Jurídica del Interés Público”).

⁶ Ver en el mismo sentido el documento preparado por la Clínica jurídica COLADIC de Mendoza “Propuesta de implementación de clínicas jurídicas de interés público”, presentado en “Jornadas Sobre Clínicas Jurídicas de Interés Público en Argentina, Desafíos y Alternativas de Implementación”, Córdoba, 12 y 13 de julio de 2002 (allí se explica que “Las actividades de la Clínica pueden ser muchas. Los casos suelen ser disparadores de proyectos o actividades paralelas o alternativas tendiente a desarrollar la temática que involucran. Estas actividades pueden consistir en el desarrollo de investigaciones teóricas sobre temáticas vinculadas al derecho de interés público, la realización de seminarios o cursos, formulación de pre- proyectos legislativos, etc.”).

⁷ Sobre el concepto y alcance de la noción “grupos desaventajados” ver Steven E. Mayer “What is a ‘Disadvantaged Group?’”, Effective Communities Project, Minneapolis, working paper, 2003; Marcelo Bernal “Pobreza estructural, grupos desaventajados y desarrollo asimétrico en la Argentina de principios de milenio. Una mirada desde el derecho”, Provincia N° 18, julio-diciembre 2007. pp. 97-113.

En resumidas cuentas, entonces, los objetivos fundamentales del programa pueden resumirse en tres postulados:

- (i) Situar a la Facultad a la altura de los tiempos que corren en materia de metodología de enseñanza del derecho;
- (ii) Dar un paso decisivo en pos de consolidar las relaciones de esta casa de estudios con la comunidad, fortaleciendo el compromiso social que debe asumir la Universidad Pública.
- (iii) Servir de brazo activo de la Facultad para que ésta se erija como un verdadero agente de cambio en la lucha por la libertad, la igualdad y la justicia.

III. Pautas de trabajo: ¿por qué un reglamento escrito?

Una de las discusiones más interesantes que se dio a la hora de implementar el Programa fue justamente sobre la necesidad o conveniencia de sancionar una regulación escrita orientada a regir el trabajo allí desarrollado. El dilema principal que se planteó a la hora de resolver esta cuestión giraba en torno a las posibles dificultades y limitaciones que podría generar un reglamento escrito, frente a la aparente mayor libertad y capacidad de respuesta que permitiría un esquema “menos formal”, por ponerlo de alguna manera.

En este punto cabe destacar que en líneas generales la mayoría de las Clínicas Jurídicas de nuestro país no cuenta con una regulación de este tipo.⁸ Sin embargo, a mi modo de ver ello puede explicarse debido al contexto en el cual realizan su trabajo. En tal sentido, no creo que pueda asimilarse la posibilidad de avanzar con este tipo de iniciativas en el marco de universidades privadas o instituciones del tercer sector con lo que implica hacer lo propio en el marco de una universidad pública.

No digo que sea más fácil o más difícil, sólo digo que es diferente. Sucede que el modo de funcionamiento y la cultura

⁸ Entre las excepciones a la regla se cuenta la Universidad Nacional del Litoral, cuyo reglamento de Clínicas Jurídicas fue consultado durante el desarrollo del trabajo de implementación del Programa en la UNLP y sirvió de guía orientadora en diversos aspectos.

organizacional que caracteriza a las universidades privadas y las organizaciones del tercer sector es muy diferente de la pesada estructura burocrática que sostiene la marcha cotidiana de una universidad pública. Esto influye directamente en el grado de agilidad y flexibilidad en el manejo de programas y proyectos, así como también influye directamente en la forma de deslindar responsabilidades frente a la toma de decisiones que –en el marco de tales programas y proyectos- puedan generar responsabilidades para la institución (no sólo responsabilidades económicas, sino también de tipo político y político-institucional).⁹

Tomando todo esto en consideración, a la hora de resolver el asunto se optó por generar un reglamento que denominamos “Pautas de Trabajo”. El Programa se implementó en función de las premisas allí establecidas, las cuales serán presentadas en esta ponencia.

IV. Carácter extracurricular y organización interna

El Programa fue implementado en la órbita de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.¹⁰

Esto significa que las Clínicas Jurídicas no configuran una asignatura de la carrera de Abogacía ni un requisito para la

⁹ Para comparar las estructuras, temas de trabajo y metodologías de diversos programas de Clínica Jurídica puede consultarse el relevamiento realizado por Internet por parte de la Comisión Pro Bono del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (disponible en http://www.probono.org.ar/downloads/158_download.pdf). 8 Ver Claudio Díaz y Liliana Herrera “Extensión Universitaria”, disponible en <http://www.educ.ar/educar/lm/1192812847436/kbee:/educar/content/portal-content/taxonomia-recurso>

¹⁰ Ver Claudio Díaz y Liliana Herrera “Extensión Universitaria”, disponible en http://www.educ.ar/educar/lm/1192812847436/kbee:/educar/content/portal-content/taxonomia-recurso/s/recurso/ec45ee6d-0d82-4a59-9591-b0e4d6749b7d.recurso/9b4dff31-a3f5-4fff-99a8-cda0af6e2ca1/extension_universitaria.pdf (destacando que la Extensión Universitaria “cumple la función de integrar la cultura, la ciencia y la tecnología a los problemas del quehacer diario y que toma de la sociedad los insumos necesarios para orientar la investigación y el trabajo académico. Su característica flexible se manifiesta como instrumento y nexo entre la Universidad y la sociedad”).

graduación. Por el contrario, se trata de una actividad puramente extracurricular que –en cuanto tal– permitió sumar al diálogo y al trabajo dentro de las comisiones no sólo a estudiantes sino también a jóvenes graduados.

Las Pautas de Trabajo prevén la existencia de tres comisiones temáticas “sin perjuicio de las que puedan crearse en el futuro”. Asimismo, determinan la competencia material de cada una de tales comisiones con la aclaración expresa de que ella no es excluyente de la que pudiera asistir a otras sobre el mismo asunto. De esta forma el trabajo quedó dividido en tres áreas:

(i) Comisión de Derechos Humanos, cuyo rol fundamental es intervenir en aquellos supuestos en que resulte necesario defender los derechos humanos reconocidos a los habitantes de nuestro país por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional y las leyes vigentes de la Nación.

(ii) Comisión de Derechos de Consumidores y Usuarios, cuya labor es difundir la importancia de esta clase de derechos e intervenir en la defensa judicial y extrajudicial de todos aquellos casos que afecten el sector, tanto individual como colectivamente.

(iii) Comisión de Derecho Ambiental, con competencia para difundir y concienciar a la comunidad sobre la existencia, el alcance y la importancia de esta clase de derechos, y para intervenir en aquellos supuestos en que resulte necesario tutelar o defender el ambiente o lo urbano-ambiental en beneficio de las generaciones actuales o futuras.

Hacia finales del año 2010, el Programa se expandió mediante la creación de una cuarta comisión que se ocupa de trabajar en el tema de acceso a la información pública. Ello fue posible gracias al acuerdo concertado entre la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Open Society Institute (OSI).

En lo que hace a la coordinación de las actividades, el trabajo en las Comisiones está a cargo de un Director elegido por el Sr.

Decano. El Director debe ser un docente de la Facultad “versado en la temática de la comisión respectiva”. Asimismo, para brindar mayor apoyo al trabajo se prevé la figura del Sub-Director, quien es elegido por el Director de la Comisión respectiva con acuerdo del Secretario de Extensión Universitaria.

Finalmente tenemos la figura de Coordinador Académico del Programa, quien opera como nexo entre el Secretario de Extensión Universitaria y los Directores de Comisión.¹¹ El Coordinador Académico tiene a su cargo el desarrollo institucional del Programa, la organización y planificación de actividades de capacitación suplementarias para los equipos de trabajo, y la promoción de relaciones de cooperación y colaboración con otras universidades y con organizaciones de la sociedad civil.¹²

V. Conformación de las Comisiones: número de integrantes, composición y elección, coordinación del trabajo, tiempo de participación

Según las Pautas de Trabajo originales, las Comisiones deben conformarse con cinco graduados y cinco estudiantes (con posterioridad el número fue elevado a un total de doce, tal como explicaré más adelante). Para el supuesto que no hubiera aspirantes en alguno de los dos estamentos se prevé que el número final puede compensarse con integrantes del otro. Asimismo, se establece expresamente que “en ningún caso” el número de integrantes excederá de diez (hoy, doce). Vale detenerse aquí por un momento ya que éste fue un punto muy discutido a la hora de diagramar el Programa, y volvió a aparecer en escena durante su implementación.

¹¹ Expediente N° 400-5525/08, Alcance 2, Resolución N° 87/09.

¹² En el marco del Programa fueron suscriptos Convenios de Colaboración y Cooperación Mutua con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Asimismo, en el marco de la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas se promovió y coordinó desde el Programa el Proyecto “Banco de Documentos sobre Litigio Estratégico, Derecho de Interés Público y Enseñanza Clínica del Derecho” (ver detalles en <http://clinicasjuridicas.org/proyecto-banco-documentos.htm>).

Sucede que en la primera convocatoria se presentaron más de 100 postulaciones para cubrir los lugares disponibles, que eran sólo 30 (15 estudiantes y 15 graduados en total). Si bien para entonces era un tema ya zanjado por la reglamentación, con motivo de tan alta convocatoria se volvió a debatir sobre la conveniencia de ampliar el número de integrantes de las comisiones a fin de permitir la participación de una mayor cantidad de interesados. A pesar de haber algunas buenas razones que sostenían tal iniciativa, la decisión fue no hacerlo. Y la razón más importante para tomar tal decisión tuvo que ver con la importancia de mantener un número reducido de participantes para fortalecer el perfil institucional del Programa. Si se tratara de un área dedicada sólo al litigio estratégico, tal vez la respuesta hubiera sido otra. Pero en el contexto de un programa de clínicas jurídicas el número reducido de participantes es esencial para permitir una correcta supervisión del trabajo y una dinámica acorde con los objetivos pedagógicos que estos espacios implican por definición.¹³

En cuanto al modo de selección, los integrantes de las comisiones son elegidos por el Secretario de Extensión Universitaria de una lista de aspirantes que lleva dicha Secretaría. A tal efecto se toman en cuenta los antecedentes académicos y laborales del aspirante, y se realiza una entrevista personal por cuenta del Secretario de Extensión Universitaria o personal que éste designe al efecto. Hasta el día de hoy, estas entrevistas han sido conducidas mayormente por los propios Directores de las comisiones. Pueden inscribirse como aspirantes sólo aquellos egresados de la Facultad con menos de cuatro años desde la fecha de expedición del título, y aquellos alumnos que cuentan con las asignaturas Derecho Procesal II (Civil y Comercial) y

¹³ Sobre algunos de los problemas que pueden derivarse en términos de supervisión ver Richard Lewis "Clinical Legal Education Revisited", disponible en <http://www.law.cf.ac.uk/research/pubs/repository/212.pdf>. En torno a la conveniencia de mantener un número bajo de participantes para evitar que se desnaturalice la metodología pedagógica ver Kristine Strachan "Curricular Reform in the Second and Third Years: Structure, Progression, and Integration", 39 J. Legal Educ. 523 (1989).

Derecho Civil II (Obligaciones y Daños) aprobadas. La decisión que acepta o rechaza la postulación es irrecurrible.

En otro orden, se prevé que los estudiantes y graduados participarán del Programa por el término de un año y no podrán ser reelegidos, salvo que existan vacantes para cubrir. La razón de esta limitante se encuentra en el objetivo de difundir e incentivar el desarrollo del derecho de interés público y en la consiguiente importancia de permitir, a tal fin, la participación de nuevos interesados en forma regular. Los Directores, a su turno, duran en su cargo tres años y pueden ser reelegidos indefinidamente. En este caso, los motivos que inclinaron a provocar cierta permanencia de los Directores guardan relación con la dificultad que presentan los casos trabajados en el Programa y con los tiempos reales que maneja el sistema de administración de justicia. El objetivo principal es asegurar al menos cierta continuidad en la coordinación de los asuntos, en el entendimiento de que ella es conveniente para una mejor instrucción y tramitación de los casos. Finalmente, las Pautas de Trabajo establecen que los sub-Directores se mantendrán en el cargo mientras hagan lo propio los Directores que los hubieran elegido al efecto.

VI. Metodología de trabajo

El proceso de aprendizaje en el marco del Programa debe producirse por medio de una dinámica fundamentalmente colectiva, la cual exige (y en cierto punto impone) utilizar mecanismos participativos y deliberativos de tomas de decisión respecto de las distintas cuestiones que puedan presentarse. En este sentido, las Pautas de Trabajo establecen expresamente la necesidad de situar a los integrantes del grupo ante el desafío de exponer y defender argumentos frente a sus compañeros, frente al Director de la comisión respectiva y, eventualmente, incluso frente al cliente.¹⁴

¹⁴ Como señala Abramovich “La actuación del estudiante es objeto de un intenso y riguroso análisis crítico. Con el auxilio de un supervisor y otros estudiantes, el trabajo ejecutado es

Asimismo, el reglamento recoge y explicita ciertas directrices que considera “fundamentales” para orientar y guiar la metodología de trabajo. Ellas son:

- (i) Incentivar la investigación y el desarrollo de un espíritu crítico y constructivo frente a los asuntos que conformen el objeto de trabajo.
- (ii) Propender a la discusión desde el respeto mutuo.
- (iii) Abogar por la cooperación y el trabajo en equipo.
- (iv) Evitar metodologías pedagógicas de tipo dogmático y atender especialmente a que sean los propios integrantes de la Comisión quienes encuentren y consensúen las respuestas y los cursos de acción a seguir, siempre bajo la supervisión de los directores.
- (v) Fomentar el desarrollo de una actitud comprometida, responsable y ética frente a los asuntos que conformen el objeto de trabajo, frente a los eventuales clientes del programa y frente al rol profesional del abogado en el marco de la sociedad.
- (vi) Desarrollar consciencia de la importancia que reviste el hecho de adquirir ciertas destrezas y actitudes frente al conflicto para poder desempeñarse adecuadamente en cualquier espacio institucional que toque ocupar en el futuro.

Evidentemente, el rol del docente a cargo de la comisión dista de ser aquél que tradicionalmente conocemos en nuestras facultades de derecho. En el marco del Programa este rol está orientado mayormente a coordinar y moderar el debate entre los integrantes del grupo. Así, desde cierta perspectiva puede decirse que el docente asume un rol más secundario del que tradicionalmente ha desempeñado en el marco de la clase

recreado y criticado, cada paso de su planificación, decisión y acción es revisado y cuestionado” (Víctor Abramovich “La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática”, publicado en “Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales”, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, “Defensa Jurídica del Interés Público”).

“magistral”. Pero al mismo tiempo, y esto debe ser subrayado, asume otro tipo de compromisos y responsabilidades.¹⁵ Uno de los más importantes es, como explicitan las directrices mencionadas, guiar la discusión de forma tal que sean los propios participantes del Programa quienes arriben a las conclusiones necesarias para tomar decisiones a efectos de avanzar hacia el cumplimiento de los objetivos trazados.¹⁶

Desde una perspectiva más formal, cabe señalar que, siempre de acuerdo con las Pautas de Trabajo, los Directores de Comisión son los encargados de coordinar las tareas y de capacitar a los integrantes del grupo para concretar los objetivos del Programa. Asimismo, se establece que ellos deben informar bimestralmente al Sr. Secretario de Extensión Universitaria respecto del avance del trabajo en sus respectivas áreas. Estos Directores gozan de amplia libertad para fijar tanto los horarios como la periodicidad de los encuentros con el grupo, atendiendo para ello al volumen de trabajo y la complejidad de los asuntos en tratamiento. El piso mínimo para los encuentros es una reunión plenaria cada quince días. Respecto de este tema, el reglamento también establece que el cronograma de reuniones debe ser distribuido entre todos los integrantes de la comisión al iniciar el ciclo, y que -en la medida de lo posible- debe ser consensuado con ellos.

¹⁵ Según Abramovich “La tarea de supervisión es el mayor desafío del profesor en la clínica y seguramente una de las actividades docentes con mayor grado de responsabilidad en toda la educación legal en los EEUU” (Víctor Abramovich “La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática”, publicado en “Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales”, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, “Defensa Jurídica del Interés Público”).

¹⁶ En esto también seguimos las ideas de Abramovich, quien explica que “La supervisión requiere una participación activa del docente que, sin embargo, en ningún caso puede reemplazar al estudiante en la toma de decisiones en el caso” (Víctor Abramovich “La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática”, publicado en “Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales”, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, “Defensa Jurídica del Interés Público”).

VII. Intervención concreta de la Clínica, tipo de casos a tratar, procedimiento de autorización y responsabilidad por el patrocinio

Resulta muy difícil determinar en abstracto cuándo se está en presencia de un caso “de Interés Público” que amerite la intervención del Programa. Sucede que el contenido de la expresión se encuentra influenciado y determinado por diversas variables sociales, económicas, políticas y culturales que exigen -a fin de poder definir su alcance- un análisis concreto ya no sólo de las características del conflicto sino también del contexto en el cual éste se presenta.¹⁷

En razón de la mencionada dificultad, y toda vez que las medidas de acción a tomar involucran directamente la responsabilidad político-institucional de la Facultad, la decisión final relativa a si el caso será patrocinado por el programa recae en el Sr. Decano de la Facultad y es irrecurrible.

A fin de tomar tal decisión, las Pautas de Trabajo establecen un mecanismo especial: el Sr. Decano debe contar con un dictamen previo emitido por una Comisión Evaluadora ad hoc, la cual que estará conformada por el Secretario de Extensión Universitaria, el Director de la Comisión respectiva que pretenda promover el caso, y otro de los Directores a elección del Secretario de Extensión Universitaria. Esta Comisión Evaluadora se reúne cuando es necesario a fin de considerar las propuestas presentadas desde las propias comisiones. El dictamen debe tener en consideración estándares de relevancia social, jurídica, económica, política e institucional con relación al caso concreto.

A su turno, el Director de la Comisión interesada en promover el caso debe asistir a la reunión de la Comisión Evaluadora

¹⁷ Respecto de los alcances y el desarrollo inicial de la noción de Derecho de Interés Público en la Argentina ver el pionero trabajo de Martín F. Bohmer “Sobre la Inexistencia del Derecho de Interés Público en la Argentina”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, Número 1. Para más referencias sobre desarrollos comparados ver <http://pilnet.org/>

ad hoc con un dictamen emitido por los integrantes del grupo a su cargo, previa deliberación llevada adelante al efecto. Dictamen que, más allá de su finalidad instrumental en el contexto de este mecanismo de autorización, también forma parte por sí mismo del proceso pedagógico del Programa. Sucede que la discusión relativa a si el caso es o no “de interés público” configura una tarea sumamente interesante al exigir un abordaje meditado e interdisciplinario del asunto, así como también la necesidad de arribar a cierto consenso entre los integrantes del grupo. Una vez resuelta la intervención de la Clínica por parte del Sr. Decano, éste da intervención a la Comisión competente para continuar con la actividad. Idéntico procedimiento debe llevarse a cabo a fin de emitir un dictamen, declaración pública o propuesta legislativa. Vale destacar que hasta el día de la fecha todos los pedidos de intervención del Programa han sido autorizados.

Finalmente, a la hora de efectuar cualquier planteo formal en sede judicial o administrativa los Directores de Comisión son los encargados de actuar como patrocinantes del cliente. Creo que este es otro punto relevante para decidir a la hora de implementar un programa de clínicas jurídicas. Una alternativa posible que fue discutida en el marco del Programa de la UNLP era permitir que el patrocinio fuera ejercido por alguno de los jóvenes graduados que forman parte de las comisiones, o bien por el sub-Director del área correspondiente. Principalmente con motivo de la responsabilidad institucional que implica la promoción de la acción judicial o reclamo administrativo, se optó por fijar ese rol sólo en cabeza de los Directores.¹⁸

¹⁸ Ver Ernesto Domenech “Clínicas Jurídicas. Itinerario, Obstáculos, Dificultades y Programa”, presentado en “Jornadas sobre Clínicas Jurídicas de Interés Público En Argentina, Desafíos y Alternativas de Implementación”, Córdoba, 12 y 13 de julio de 2002 (explicando que “Directamente relacionado con los roles de dirección de la clínica, docente invitado o tutor y profesional habilitado que emplea su matrícula se encuentra el problema de la responsabilidad profesional ante una eventual mala praxis, y la medida en que esta responsabilidad puede involucrar a la institución que propicia la Clínica, y eventualmente el patrimonio”).

VIII. Honorarios

Con relación a los honorarios que pudieran devengarse en el marco de un litigio judicial o de un procedimiento administrativo patrocinado por el Programa, las Pautas de Trabajo establecen que el Director debe suscribir un convenio con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP por medio del cual cede a ésta tal derecho y se obliga a ingresar la totalidad que resulte de la regulación en la cuenta de dicha Casa de Estudios. Ello, claro está, una vez deducidos los pertinentes aportes previsionales y cargas tributarias que pudieran corresponder.

IX. Mecanismos complementarios para apoyar el trabajo de las comisiones y profundizar el desarrollo del Programa

A poco de comenzar a andar, el Programa demostró la necesidad de contar con mayor participación, sea para enfrentar casos que llegaron a su conocimiento por medio de denuncias o bien para tener capacidad de reacción suficiente a fin de desarrollar una agenda de trabajo más agresiva. Esta necesidad instaló como tema de discusión, nuevamente, el número de integrantes de las comisiones.

Ante una demanda importante demostrada en el número de aspirantes y un potencial caudal de trabajo también importante, la primera reacción fue pensar en el aumento de tal número. Sin embargo, luego de algunas discusiones se optó por mantenerlo dentro de los parámetros originales por los motivos ya explicados (esto es, para permitir una adecuada supervisión y no desnaturalizar el perfil pedagógico de la iniciativa).¹⁹

Claro que esto no solucionaba el problema. La necesidad y conveniencia de contar con más apoyo para avanzar los objetivos del Programa era evidente. Es por ello que a comienzos del año 2010 se diagramaron y aprobaron dos mecanismos

¹⁹ Si bien por Resolución N° 179/10 el número se elevó de diez a doce, seis por cada estamento (estudiantes y graduados).

complementarios que permiten: (i) obtener la participación buscada; y (ii) evitar el riesgo de convertir al Programa en un área de litigio estratégico sin el perfil pedagógico que caracteriza este tipo de experiencias.

Uno de tales mecanismos fue denominado “Cuerpo de Apoyo del Programa Clínica Jurídica”,²⁰ el cual está integrado por aquellos ex participantes del Programa que se inscriban al efecto en una lista que lleva la Secretaría de Extensión Universitaria. La función de los integrantes del Cuerpo de Apoyo es estar a disposición del Director de la Comisión que hubieran conformado oportunamente a fin de participar en reuniones “ampliadas” (con los miembros actuales del Programa) que fueran convocadas por aquél. Asimismo, los integrantes del Cuerpo de Apoyo pueden ser convocados para realizar tareas específicas inherentes a los casos en que hubieran trabajado.

En los fundamentos de la Resolución que creó este Cuerpo de Apoyo se menciona la conveniencia de mantener en la órbita del Programa a aquellos alumnos y graduados que participaron del mismo para facilitar la transición de conocimientos entre los nuevos participantes y los salientes, así como también para mantener con mayor solidez el curso de acción iniciado en el marco de los diversos casos de interés público en que se encuentran trabajando las comisiones. Asimismo, se deja en claro que la continuidad de los participantes salientes “debe articularse de tal manera que no perjudique la metodología clínica de trabajo”. De ese modo, el Cuerpo de Apoyo permite mantener el número de integrantes dentro de pautas razonables y asegura un recambio regular, mientras que al mismo tiempo habilita la posibilidad que –quienes estén interesados– puedan continuar aportando su trabajo al Programa.

El segundo mecanismo fue denominado “Junta Consultiva del Programa Clínica Jurídica”.²¹ En este caso, la finalidad

²⁰ Expediente N° 400-5525/08, Alcance 12, Resolución N° 179/10.

²¹ Expediente N° 400-5525/08, Alcance 13, Resolución N° 177/10.

perseguida era incorporar de alguna manera todo el apoyo posible que puede prestar el claustro docente de la Facultad, ya no sólo en beneficio del Programa sino también para atender una demanda generada desde algunos docentes que informalmente había manifestado su intención de participar. Este nuevo espacio se pensó para estar conformado por todos aquellos docentes de la Facultad que se inscriban en la lista que lleva al efecto la Secretaría de Extensión Universitaria y revistan el carácter de Jefe de Trabajos Prácticos, Profesor Adjunto Ordinario o Profesor Titular. La Resolución de creación de la Junta establece que, al inscribirse, los interesados deben presentar curriculum vitae y constituir una dirección de correo electrónico.

De acuerdo con los fundamentos de esta Resolución, el apoyo docente puede traducirse en investigación sobre temáticas concretas, participación en reuniones ampliadas a fin de discutir nuevas perspectivas de análisis de los casos, revisión y control del producto final a emitir, entre otras alternativas. En líneas generales, puede decirse que el objetivo principal que persigue este mecanismo es permitir a los Directores de Comisión la posibilidad de consultar con otros docentes, por canales formales, aquellos aspectos de los casos que consideren necesario o conveniente. Según el art. 3 de la Resolución, el Director que necesite apoyo de parte de la Junta tiene total discreción para elegir el o los docentes que estime conveniente para el cumplimiento de los objetivos puntuales que persiga. También se prevé que tal elección y el objeto del requerimiento se hará saber a los docentes por medio de un correo electrónico, y que la respuesta de parte de los integrantes de la Junta que fueran requeridos debe efectuarse por esa misma vía. Para responder el requerimiento los docentes cuentan con un plazo de 15 días hábiles, salvo que por razones de urgencia el Director solicite que respondan en uno más breve o bien que con motivo de la complejidad del asunto se requiera un plazo mayor.

X. Una experiencia sumamente enriquecedora

La diagramación de las Pautas de Trabajo y la posterior implementación del Programa fue una experiencia sumamente enriquecedora para todos los que tuvimos oportunidad de participar en el proceso.

Los mecanismos ideados para proceder en tal sentido pueden ser objeto de reformas y mejoras, sin duda. Pero lo más interesante a la hora del balance es que, gracias a la voluntad política de las autoridades de turno, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP logró generar un relevante espacio institucional de trabajo en temas de derecho de interés público.

El desafío por delante es cómo profundizar el proyecto y cómo continuar desarrollando institucionalmente el Programa.

El objetivo será siempre el mismo: formar profesionales comprometidos socialmente, proteger a quienes más lo necesitan por carecer de otros canales de acceso al diálogo institucional, e incidir cada vez con mayor eficiencia en la agenda pública.



SECCIÓN ESPECIAL

PASADO Y PRESENTE DEL SISTEMA POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL DE MEXICO

MAR

Qué bello el mar
¡Cuánta memoria tiene de caricias!
La elipse del pasado
Trae cielos ausentes
Pero reúne las voces
Que acompañan su ir y su venir
Y vuelvo a verlos.
Antes, todos, miramos lo profundo del ser
Desde sus aguas,
Luego se fueron yendo algunos
Y el mar, allí quedó con sus secretos
Guardando para unos el lugar donde fueron
Y son o serán felices,
El eco y las sombras de las olas
Para otros, más cerca ya
De otras mareas;
Pero el mar, siempre bello
Nos junta en su bondad
Nos reconoce
Nos da una fuente
Adonde volver
Para mirarnos,
pequeños, en lo inmenso

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Martina Chapanay*

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

El carácter pionero de la Constitución de México de 1917¹

*Paulo Bonavides*²

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 587-599

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e205>

I. El constitucionalismo social: de la doctrina al Derecho

El constitucionalismo social tiene una trayectoria que va de la doctrina al texto legislativo, de la idea al hecho, de la utopía a la realidad, de lo abstracto a lo concreto. De forma habitual, aquél se encuentra impregnado de valores o principios que históricamente le han dado legitimidad.

En realidad, la esfera teórica en la que se desarrolló la base de tal constitucionalismo es aquella en la que prevalece el pensamiento de igualdad vinculado a una noción de justicia. En esa base se combinan elementos doctrinarios, ideológicos y utópicos cuyas raíces se remontan a pensadores de la estatura de Platón y Rousseau, de Aristóteles y Althusius, de Tomás Moro y Saint-Simon, de Santo Tomás de Aquino y Proudhon, de Carlos Marx y Haroldo Laski.

Ya la esfera pragmática, a su vez, comienza a dibujarse en la modernidad con la Constitución francesa de 1793, que, de cierta forma, radicalizó la Revolución por el tenaz empeño de sus constituyentes en hacer que la igualdad subiera por la escalera

¹ En ocasión de la celebración del centenario de la Constitución mexicana de 1917, pionera del constitucionalismo social en el mundo, dedicamos este artículo *in memoriam* a Jorge Carpizo, autor de una obra clásica sobre el tema.

² Profesor emérito de la Universidad Federal de Ceará; Doctor *honoris causa* de las universidades de Lisboa, Buenos Aires, Federal de Río de Janeiro e Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú); profesor distinguido de la Universidad de San Marcos (Lima, Perú) y miembro del Comité de Iniciativa que fundó la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Belgrado).

de las instituciones hasta alcanzar un escalón tan alto como el de la libertad. Sin embargo, el constitucionalismo social, subyacente a aquel estatuto revolucionario, y que tiene ahí su certificado de nacimiento en el campo de la positividad, sólo toma realmente complejidad definida y concreta, filtrada en el espíritu, en la conciencia y en la vocación de la contemporaneidad, a partir de la promulgación de la carta magna de México, de 1917.

En efecto, el tratamiento normativo de la materia social brilla precursoramente en el texto mexicano, a saber: en sus artículos 3o., 4o., 5o., 25 al 28 y 123, los cuales, a nuestro ver, tienen un contenido cualitativo y cuantitativo, cuyo alcance excede al de la Constitución de Weimar promulgada en 1919, dos años después.

II. ¡Querétaro y no Weimar!

Así, el constitucionalismo social se implanta en México dos años antes de alcanzar Europa con la célebre Constitución de Weimar, que irradian de Alemania amplio e inmediato influjo sobre las Constituciones promulgadas entre las dos grandes guerras mundiales de 1914 y 1939.

Pero fue México –esta es la gran verdad histórica– la cuna de ese constitucionalismo social, cuyo primer momento de institucionalización en términos formales ocurrió con la carta magna de 1917.

La innovación revolucionaria y la relevancia histórica de los constituyentes de Querétaro fueron sintetizadas por Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona en estos términos:

Concluyó el periodo único de sesiones el 21 de enero de 1917 y se promulgó la Constitución el 5 de febrero del mismo año, fecha en que se entregó a los mexicanos la primera carta social cuyo contenido revolucionó también el derecho constitucional de la época, cuando dejó de ser un documento meramente político, para transformarse también en uno de carácter eminentemente social.³

³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, Derecho constitucional mexicano y comparado, 4a. ed., México, Porrúa-unam, 2005, pp. 93 y 94.

De igual importancia son las conclusiones irrefutables de Jorge Carpizo acerca de la contribución mexicana a la llegada del constitucionalismo social en su concretización normativa:

La fuente de nuestra actual Carta Magna es el movimiento social mexicano del siglo xx, donde las armas victoriosas impusieron un nuevo sistema de vida de acuerdo con la dignidad del hombre. Y de este movimiento social brotó nuestra Norma Fundamental, primera constitución que al epíteto de política agregó el de social, y se proyectó a la humanidad. El águila del Anáhuac extendió sus alas y su sombra cubrió cinco continentes.

Además, ese movimiento social no fue obra de la improvisación. Dice Carpizo: “Se ha dicho, y con razón, que en nuestra historia hay unhilo conductor. El pensamiento social mexicano no se improvisó en la segunda década de este siglo; fue el resultado de un pensamiento cronológicamente viejo, pero nuevo y vivo en la realización”.

En suma, remata el insigne constitucionalista sobre la presencia primordial de México en la apertura de la era social en las Constituciones:

La Constitución Mexicana de 1917 es el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo XX. Las necesidades y aspiraciones de los mexicanos estaban detenidas por la barrera de la reglamentación jurídica. El movimiento rompió con el pasado y llevó al pueblo a darse una constitución que estuviera de acuerdo con su manera de ser, vivir y pensar.⁴

Gamas Torruco, jurista mexicano, también se refiere a la primacía de su país relativa al constitucionalismo social:

En México brotó la primera revolución social del siglo xx que culminó en La expedición de la Constitución de 1917. En ella aparecen, por primera vez, en los textos constitucionales, principios de nacionalismo económico,

⁴ Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana de 1917”, Edición conmemorativa de la Constitución de 1917, México, unam, Coordinación de Humanidades, pp. 13 y 15.

defensa de los recursos naturales, definición del papel intervencionista del Estado y estableciendo derechos en beneficio de los grupos sociales menos favorecidos, obreros y campesinos, así como principios básicos de protección social.⁵

Por último, dos eminentes constitucionalistas brasileños, Afonso Arinos de Melo Franco y Fábio Comparato, también se manifestaron sobre la antelación mexicana en la formulación normativa del constitucionalismo social.

Escribió Afonso Arinos:

No habiendo sido aplicadas las disposiciones avanzadas de la Constitución de 1857, y al continuar en México la explotación de la masa campesina por la oligarquía de los propietarios, se inició en 1910 el gran ciclo revolucionario que terminó con la promulgación de la Constitución de 1917, que es en el capítulo del orden social verdaderamente pionera. Además de la disposición vigorosa de la Declaración de Derechos, referente a los derechos sociales, la Constitución mexicana del 1o. marzo de 1917, fecha simbólica, incluyó por primera vez un título (sexto) dedicado exclusivamente al trabajo y a la seguridad social. Es importante consignar que esa Constitución es anterior a la victoria de la Revolución socialista en Rusia, y también al Tratado de Versalles, que introdujo el famoso capítulo sobre los derechos sociales y creó la Organización Internacional del Trabajo. A partir de la Constitución de México y de la Segunda Guerra Mundial, se difundió en las Constituciones escritas la inclusión de dispositivos que reconocían los derechos sociales como integrantes de los derechos individuales.⁶

Fábio Comparato se expresó así:

La Carta Magna mexicana de 1917 fue la primera en atribuir a los derechos laborales la cualidad de derechos

⁵ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa-unam, 2001, p. 72.

⁶ Arinos de Melo Franco, Afonso, *Direito constitucional, teoria da Constituição, as Constituições do Brasil*, Río de Janeiro, Forense, 1976, p. 48.

fundamentales, junto con las libertades individuales y los derechos políticos (art. 5o. y 123). La importancia de esse precedente histórico debe ser destacada, pues en Europa la consciencia de que los derechos humanos tienen también una dimensión social sólo fue posible después de la Gran Guerra de 1914-1918, que de hecho cerró el “largo siglo xix”; y en los Estados Unidos, la extensión de los derechos humanos al campo socioeconómico aún es ampliamente cuestionada. La Constitución de Weimar, en 1919, recorrió el mismo camino que la Carta Magna mexicana...⁷

Le es debido un reconocimiento universal; una primacía en la que Hugo Preuss, el padre de la Constitución de Weimar, no puede tomar el lugar de los constituyentes de Querétaro.

Ni a los alemanes ni a los soviéticos de la antigua URSS les correspondió, por lo tanto, dar ese primer paso tan significativo, tan injustamente olvidado.

Tal vez en virtud de la repercusión privilegiada que pronto alcanzó en toda Europa la carta magna, que hizo que Alemania diera el giro político inesperado de la caída de la monarquía y la posterior instauración de su primera república.

En la investigación que hicimos de autores alemanes, principalmente de aquellos que se ocuparon de la Constitución de Weimar y de su fracaso republicano, democrático y federativo, no encontramos mención alguna del precedente mexicano relativo al constitucionalismo social.

La grosera omisión oculta así un hecho histórico de gran dimensión, que urge reavivar en la memoria contemporánea, porque es sumamente honroso para la historia constitucional de México.

En efecto, los clásicos del constitucionalismo del siglo pasado que nos fue posible consultar —y fueron tantos!—, ya sea los de la República de Weimar o los de la República de

⁷ Comparato, Fábio, *A formação histórica dos direitos humanos*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 184.

Bonn, deplorablemente cayeron en el craso error de omitir la antecedencia mexicana en lo que respecta a la introducción del constitucionalismo social en las leyes fundamentales.

Tan grave omisión nos parece una ofensa a la historia, a la justicia, a la verdad; ofensa perpetrada también en Europa por constitucionalistas de renombre.

El error deplorable de aludir a la primogenitura alemana aún persistía en 1979, ¡expresada por Bleckmann 62 años después de ser promulgada la Carta Magna de los constituyentes de Querétaro!

Léase a continuación el texto de ese jurista:

La Constitución de Weimar trajo al mismo tiempo una novedad que debería, en consecuencia, tener fuerte influencia en el mundo, a saber, la de las nuevas ideas sociales estampadas en la Constitución, la cual por primera vez daba la bienvenida a los principios de orden económico, de la vida social y de los derechos sociales fundamentales.

Enseguida, enumera Bleckmann artículos relacionados con la supuesta acción constituyente anticipadora promovida por la asamblea de Weimar.

Sin embargo, el artículo de Wilhem Mürkens en el Jahrbuch de Koellreutter y Triepel, como veremos a continuación, es en sí mismo La refutación tácita cabal del lapsus de Bleckmann.

III. La contribución alemana a la historia constitucional de México

Alemania no fue del todo indiferente y silenciosa en relación con el constitucionalismo mexicano.

En efecto, hubo un constitucionalista de la República de Weimar, Wilhelm Mürkens, Gerichtsreferendar en Colonia, que escribió un largoy denso ensayo sobre la Constitución mexicana de 1917, intitulado “Derecho constitucional de los Estados Unidos de México” (“Das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Mexiko”).

El artículo apareció en 1929 en el volumen 17 del Anuario Del Derecho Público de la Actualidad (Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart), publicación editada por Otto Koellreutter con la cooperación del célebre internacionalista Heinrich Triepel, siendo sin duda una de las más útiles fuentes de consulta y estudio del derecho público en la Alemania de la segunda década del siglo XX.

El contenido del trabajo comprende dos partes distintas.

La primera parte se intitula “Panorama de la historia del derecho constitucional mexicano” (“Überblick der Geschichte des mexikanischen Verfassungsrecht”), y la segunda, “El derecho constitucional vigente en los Estados Unidos de México” (“Das geltende Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Mexiko”).

En la primera, el autor presenta una visión panorámica de la historia del derecho constitucional mexicano, que consta de cinco capítulos.

El primer capítulo versa sobre el origen del Estado mexicano en el periodo de la Regencia (Regentschaft) y del Imperio (Kaiserreich).

El segundo relata la fundación de la República federativa de México en la Constitución del 4 de octubre de 1824.

El tercero trata de la historia constitucional mexicana desde 1824 hasta 1857.

El cuarto se ocupa de México bajo la Constitución vigente. En un anexo, Wilhelm Mürkens incluye íntegramente el texto de La Constitución mexicana de 1917.

Ese fue el único análisis detallado con el que nos encontramos por parte de especialistas en derecho público alemanes de la República Weimar acerca del constitucionalismo mexicano desde sus bases y Orígenes más remotos hasta el texto pionero de 1917.

La exposición histórica y jurídica de Mürkens representa, por consiguiente, una excepción a la ausencia alemana corroborada por él mismo en su bibliografía, de la cual constan únicamente dos estudios en idioma alemán, los cuales, sin embargo, no se vinculan directamente al constitucionalismo mexicano: uno de

Gunther, llamado Manual de México (Handbuch von Mexico, Leipzig, 1912) y otro de García Calderon, con el título Las democracias latinas de América (Die lateinischen Demokratien Americas, Leipzig, 1913), ambos, como puede verse, anteriores a la promulgación de la carta magna de 1917.

El cuadro trazado por Mürkens nos parece correcto, y podría servir, si tuviéramos espacio para tal, para hacer una reflexión complementaria que comparara las similitudes y vicisitudes que el México de Querétaro y la Alemania de Weimar pasaron, bajo la tormenta revolucionaria e ideológica que generó el constitucionalismo social. Esse constitucionalismo alcanza en el siglo XXI, finalmente, su mejor fase de universalidad, concretización y normatividad en lo referente a La competencia de los poderes y a la consagración efectiva de los derechos fundamentales, bajo el auspicio de la democracia, de la justicia y de la libertad.

IV. La Revolución Mexicana vista por un constitucionalista de la República de Weimar

En su comentario a la Constitución de 1917, Mürkens resalta que La carta magna cumplió con las postulaciones liberales y sociales de la Revolución que estalló en 1910.

Observa que las exigencias revolucionarias fueron pronta y completamente atendidas (“Die revolutionären Forderungen wurden voll und ganz erfüllt”).

Además, refiriéndose al artículo 27 de la Constitución, dijo que las superpotencias del capital extranjero fueron removidas en su esencia, la reelección presidencial vetada y la desapropiación y la distribución de la tierra permitidas a gran escala.

Se creó, de acuerdo con él, un derecho del trabajo impregnado Del espíritu social, o sea, “ein von sozialen Geiste getragenes Arbeitsrecht wurde geschaffen”.

Se reconocía así por vía tácita en el artículo 27 la prevalencia histórica de México sobre Alemania con respecto a la introducción, por primera vez, de la norma social en las Constituciones,

inaugurando los derechos de segunda generación, como son conocidos los derechos sociales en el lenguaje jurídico de nuestro tiempo.

Después, Mürkens alude al ensayo de Bransh que aparece en los Anales de la Academia Americana de Ciencia Política y Social (volumen LXXI, suplemento), en el que compara las dos Constituciones mexicanas más importantes para el tema aquí tratado: la de 1857 y la de 1917.

En ese momento, el constitucionalista de Weimar plantea una indagación problemática de crítica constitucional: la de saber la profundidad y latitud de la Revolución mexicana, y si ésta dio continuidad al orden jurídico establecido en 1857 o si generó un nuevo orden estatal.

En otras palabras, como literalmente el autor formula la cuestión: si el Estado en México, bajo la Constitución de 1917 era, desde el ángulo jurídico, el mismo de la Constitución de 1857 (“Die Frage, ob der Staat Mexiko unter der Verfassung von 1917 rechtlich derselbe ist wie der unter der Verfassung von 1857”).

La respuesta de Mürkens fue categórica y negativa.

Dijo que el antiguo Estado, aniquilado por la fuerza, había sido sustituido por otro, y, categórico, señaló también que “la Constitución de 1917 es hija de la Revolución” (“Der alt Staat wurde mit Gewalt vernichtet und ein neuer an seine Stelle gesetzt, der seine Existenz der reinen nackten Tatsächlichkeit verdankte. Die Verfassung von 1917 ist das Kind der Revolution”).

Aceptó, finalmente, concluyendo la primera parte de su densa monografía sobre los eventos políticos y constitucionales de la nación mexicana, que hubo una ruptura o cesura entre el viejo y el nuevo imperio.

De hecho, una de las causas del fracaso de la República de Weimar se ha atribuido a la forma en la que transcurrió el proceso revolucionario en la Alemania de Hugo Preuss y su Constitución.

Él no pudo crear la nueva era constitucional rompiendo los lazos con la clase en la que imperaba aún un eslabón de conciencia, de alma y de memoria con las instituciones del pasado imperial.

Esa clase, siempre y cuando colaborara como colaboró para ejecutar un proyecto de renovación del régimen bajo la inspiración republicana y democrática, nunca retrocedió, salvo cuando lo hizo temporalmente debido al efecto inmediato del impacto de la Primera Guerra Mundial, sin perder, no obstante, las esperanzas de restaurar la hegemonía política de la era bismarckiana. La República de Weimar, en crisis y en convulsión, se transformó en un campo de batalla política, económica y social, donde el prejuicio, el resentimiento y la incertidumbre del conflicto ideológico volvían inestables al sistema y a las instituciones.

En suma, los derechos sociales programados, que en Weimar reconciliaban constitucionalmente al trabajo y al capital, acabaron fracasando. Y el desenlace de aquella socialdemocracia se consumó en 1933 con la dictadura del nacionalsocialismo.

V. Los prolegómenos revolucionarios de la Constitución de 1917

El constitucionalista alemán describió y comentó, en una admirable síntesis, lo que sucedió en México de 1910 a 1917, a saber: durante el periodo comprendido entre el inicio de la acción revolucionaria que derrocó a la dictadura de Díaz y la promulgación el 10. de mayo de 1917 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, obra de los constituyentes de Querétaro. Señala que a finales de 1910, ya con 82 años de edad, el dictador se postula por séptima vez a la presidencia de la República, al tiempo que ocurre algo nunca visto en los últimos 25 años de la historia mexicana: un candidato de oposición se presenta en la persona de Francisco Madero (“Als sich hierbei Diaz, bereits 82 Jahre alt, zum siebten Male zur Wahl stellte, ereignete sich ein in den letzten 25 Jahren in Mexiko unmöglich gewordenes Schauspiel, man präsentierte erinen Gegenkandidaten in der Person von Francisco Madero”).

Pero Díaz lo manda capturar para llevar a cabo su reelección por el método habitual, sin alternancia de poder, recorriendo

así el camino que condujo a la Revolución de la cual resultó su derrocamiento.

Citando a James-Martin, autor de la obra *The Republics of Latin-América* (p. 344), el especialista en derecho público weimariano refiere que Madero lanza el Programa de la Revolución, plasmado en tres puntos: “sufragio efectivo, no reelección y distribución de la tierra” (“Effectual suffrage, no-reelection, redistribution of land”).

Después, aún sobre el derrocamiento de Díaz y el papel de Madero en el movimiento revolucionario, Wilhelm Mürkens stampa, de outro especialista en derecho público norteamericano, esta sentencia conclusiva y sumaria: “Díaz no fue derrocado por Madero, sino por un sentimiento público universal, que él no creó ni representó” (“Díaz was not overthrown by Madero, but by a universal public sentiment, which Madero neither created nor represented”).

En efecto, la Revolución mexicana llevó a Madero a una presidencia efímera el 6 de noviembre de 1911. Se dio entonces un periodo de inestabilidad en la sucesión presidencial de la república, generando una crisis que comprendió desde la toma de posesión de Victoriano Huerta en febrero de 1913 hasta la llegada del gobierno de Venustiano Carranza, que comenzó en octubre de 1915 y terminó en mayo de 1920.

El jurista de Colonia e historiador constitucional de México prosigue en su presentación de hechos que antecedieron al restablecimiento de la normalidad republicana y constitucional en el país, haciendo mención a la agresiva intervención de los Estados Unidos en 1914, con el pretexto de proteger los capitales invertidos en el “México revolucionario” (“Im Jahre 1914 geriet das revolutionäre Mexiko in kriegesische Verwicklungen mit der nordamerikanischen Union. Die der Revolution zugrunde liegende Tendenz der möglich Bereinigung des Landes vom ausländischen Kapital... zwang die Vereinigten Staaten von Northamerika zu einer aggressiven Intervention zum Schutz ihren gewaltigen in Mexiko investierten Kapitalien”).

Debido a esto, el 16 de octubre de 1915 los Estados Unidos reconocieron al gobierno de Carranza, pero tan sólo como jefe de un gobierno de facto, es decir, “as head of the facto government” (“Unter dem 19.Okt.1915 wurde Carranza durch die Vereinigten Staaten ausdrücklich nur anerkannt, ‘as head of the facto government’”).⁸

VI. Mürkens no comparó ambas constituciones

Mürkens escribió dicho comentario en el Jahrbuch de Koellreutter y Triepel en 1929, en el auge de la efervescencia ideológica que atravesó la República de Weimar desde sus orígenes, después de la catástrofe de la Primera Guerra Mundial y las estipulaciones del Tratado de Versalles, altamente lesivas para el resurgimiento de Alemania.

El país, con la economía arruinada y dilacerada por problemas de política interna y externa, vivía un cuadro de inestabilidad de enormes proporciones, cuyo epílogo se dio con la caída de la república constitucional de Hugo Preuss y el terremoto institucional, por vías aparentemente legales, provocado por la ascensión de Adolfo Hitler al poder.

A partir de ahí, con la dictadura nacionalsocialista, el mundo fue conflagrado y ensangrentado por segunda vez en el siglo XX. Por lo tanto, es de señalar que en nuestra lectura de los comentarios y de los análisis constitucionales de la historia mexicana, de su formación y evolución, no nos encontramos con ninguna observación comparativa de lo que ocurrió en México y Alemania, ambos países azotados por turbulencias de tipo político, ideológico y económico de un proceso revolucionario, generador de sacrificio y sufrimientos.

En la Germania abatida, la crisis del constitucionalismo social solo concluyó con la Ley Fundamental de Bonn, generada por el

⁸ James-Martin, *The Republics of Latin-America*, p. 345, *apud* Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, *op. cit.*, p. 330.

influjo democrático después del colapso del nacionalsocialismo, precedido éste por la disolución de la República de Weimar.

En México, el mismo constitucionalismo social pasó también vicisitudes revolucionarias de un lento proceso, que comienza en las luchas políticas más relevantes inauguradas desde el fin de la era dictatorial de Porfirio Díaz, de las cuales tenemos aquel relato abreviado, pero, a nuestro ver, razonablemente aceptable y elucido de los acontecimientos más importantes de transformación política y acción revolucionaria que antecedieron a la estabilidad de una Constitución, la cual, para admiración del mundo, es ahora celebrada y festejada a cien años de su promulgación.

Las analogías constantes de las omisiones de Mürkens podrán, sin embargo, ser inferidas fácilmente a partir del traslado que llevamos a cabo del lugar de su texto, donde consta la síntesis descriptiva de lo que ocurrió en el México revolucionario de 1910, a saber: el ocaso del antiguo orden con la destitución de Díaz y los subsecuentes acontecimientos del presidencialismo mexicano, que redundaron en la Constituyente de Querétaro y en la Constitución de 1917.

Bibliografía

- Arinos de Melo Franco, Afonso (1976). *Direito constitucional, teoria da Constituição*, as Constituições do Brasil, Río de Janeiro, Forense.
- Bleckmann, Albert (1979). *Allgemeine Grundrechtslehre*, Köln-Berlin, Carl Heymanns Verlag.
- Comparato, Fábio, A. (2003) *formação histórica dos direitos humanos*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva.
- Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona (2005). *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa-unam.
- Gamas Torruco, José (2001). *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa- UNAM.
- Mürkens, Wilhelm (1929) "Das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten Von Mexiko", in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, Herausgegeben Von Otto Koellreuter.

Cambio de época en México. Presagios para América Latina

*Daniel Cieza*¹

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 600-611

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e206>

I. Resumen

El triunfo electoral de Andrés Manuel López Obrador (AMLO) por más del 50% en las elecciones generales de julio de 2018 en la república mexicana tiene un significado que trasciende largamente el cambio de Presidente en este país. Se avecinan cambios en el modelo de acumulación y en el régimen político del segundo país más poblado de América Latina, y que además tiene una relación especial con Estados Unidos.

México tiene un sistema de dominación política muy particular, que desvela a los politólogos y que fue descrito como la “Dictadura perfecta” por un liberal-conservador como Vargas Llosa. Este esquema comienza a ser demolido con el rotundo triunfo de López Obrador.

El rápido crecimiento de MORENA luego de la derrota fraudulenta del 2012 donde el PRI compró millones de votos y la tenacidad de su líder constituye un episodio aleccionador. En seis años surgió y se fortaleció un nuevo Partido que hoy tiene decenas de miles de comités de base en todo el territorio mexicano y que ganó en más de 20 estados

El programa de Gobierno de AMLO es otro ejemplo a rescatar. Los puntos programáticos recogen propuestas de miles

¹ Profesor UBA_UNLP. Ex Profesor en la Universidad Veracruzana de México. Acreditado como Observador –Visitante Extranjero en el proceso electoral de México 2018

de asambleas populares. Se destacan los planteos de no endeudarse y de proteger el mercado interno, y de desplegar una nueva ética. En relación a la Patria Grande el planteo es no intervención en los asuntos internos.

El criterio amplio y pluralista para armar el equipo de gobierno es otro ejemplo a seguir. Se convocó a distintas generaciones y a distintas tradiciones políticas para desarrollar políticas de estado. El triunfo de AMLO es una reivindicación de la acción política. En semanas México pasó de ser un país desolado por la violencia y humillado por el Gobierno de Estados Unidos a un país con nuevas energías y respetado por sus vecinos.

II. El huracán Andrés es algo más que una tormenta tropical

El triunfo electoral de Andrés Manuel López Obrador (AMLO) por más del 50% en las elecciones generales de julio de 2018 en la república mexicana tiene un significado que trasciende largamente el cambio de Presidente en este país.

Se avecinan cambios en el modelo de acumulación y en el régimen político del segundo país más poblado de América Latina, y que además tiene una relación especial con Estados Unidos.

México tiene una población de alrededor de 125 millones, lo que significa el segundo lugar en el sub-continente después de Brasil. La economía crece a una tasa del 2% anual promedio en los últimos 40 años y el PBI per cápita es de unos 9.000 dólares. Recibe unos 29.000 millones de dólares anuales en concepto de remesas de los mexicanos residentes en Estados Unidos, lo que significa el segundo rubro de ingresos del exterior. Se estima que hay unos 40 millones de mexicanos en Estados Unidos.

Pero además México tiene un sistema de dominación política muy particular, que desvela a los politólogos y que fue descripto como la “Dictadura perfecta” por un liberal-conservador como

Vargas Llosa. Este esquema comienza a ser demolido con el rotundo triunfo de López Obrador.

Definido como un pintoresco triunfo de un “predicador tropical” por algunas almas bellas del parnaso intelectual de México, la epopeya de AMLO en rigor constituye un huracán devastador para las viejas formas de dominación política en ese país, y una lección para el movimiento popular del subcontinente.

AMLO no es solamente un tenaz dirigente social que llega al Gobierno en una encrucijada singular de la historia, como sostienen otros intelectuales. En verdad se trata de un político con mayúsculas. Formado en el Partido Revolucionario Institucional (PRI) desarrollista de los años 70, participa de la utopía de la “Revolución Democrática” en las décadas siguientes junto a Cuauthemoc Cárdenas y dentro del naciente Partido de la Revolución Democrática (PRD). Es candidato a Gobernador de su Estado natal, Tabasco y luego accede a la jefatura de Gobierno de la Ciudad más grande de América Latina, el Distrito Federal (D.F.). En 2006 y 2012 es candidato a Presidente y es derrotado por el fraude estructural. Finalmente, decide impulsar su propio movimiento, el MORENA, levantando las viejas banderas del nacionalismo económico y la anticorrupción.

Tampoco es un dirigente “social-demócrata”, con buenas intenciones pero funcional a la dominación secular del Imperio como vaticinan algunos teóricos autodefinidos como “zapatis-tas”. En rigor se trata de un líder de masas que está abriendo un sendero inédito.

Politólogo plebeyo graduado en la UNAM, sus pautas programáticas son resultado no tanto de los textos universitarios sino de sus cientos de mitines y asambleas populares realizados en toda la república mexicana. Aunque reconoce como su maestro a un intelectual nacionalista revolucionario como Arnaldo Córdoba, no se cansa de repetir que cada uno de los puntos de su programa surge de consultas al activismo popular. Fueron miles de diálogos con activistas y militantes sindicales y

campesinos, con dirigentes de pequeños y medianos empresarios, con técnicos y funcionarios comprometidos que parieron propuestas situadas y concretas.

El huracán Andrés es algo más que las tormentas tropicales que suelen sacudir América Latina. Hay una serie de factores estructurales que se concentran en el México actual pero son comunes a toda nuestra América. Uno de ellos es el predominio y el auge del gran capital financiero. Otro es la combinación perversa de la economía legal con la informal y la ilícita, bajo dicha hegemonía. Finalmente, la corrupción y la violencia generalizada. Los beneficiarios de este esquema de dominación son las élites locales y transnacionales, o como lo define AMLO, la mafia del poder. Las víctimas son los trabajadores de la ciudad y el campo, los pequeños y medianos propietarios, las comunidades...

En este esquema, en México surge la paradoja de que mientras los grandes empresarios se destacan en la fuga ilícita de capitales al exterior, los migrantes pobres y muchas veces ilegales, aportan con sus remesas de dinero desde Estados Unidos a sostener la economía nacional. Un puñado de grupos económicos practica la corrupción en gran escala aliados a una burocracia gubernamental de los dos partidos tradicionales (El "PRI-AN"). La corrupción está estructurada de arriba hacia abajo y llega a todos los estratos de la sociedad.

En este contexto las propuestas de AMLO son simples. Acabar con la mafia del poder, eliminar la corrupción, apoyar el mercado interno, impulsar el desarrollo de las comunidades, sostener el consumo popular, subsidiar a los sectores más desprotegidos como son los adultos mayores, los jóvenes y los pueblos originarios, cuidar los recursos naturales y en particular el petróleo y la minería.

Con estas propuestas no hace falta definirse como contrario al neo-liberalismo, como reclaman sectores ávidos de consignas. Como tampoco hacen falta declaraciones de anti-imperialismo, cuando queda bien claro que el nuevo Gobierno defenderá el

petróleo y la minería y volverá a la actitud de no intervenir en la vida interna de otros países como la hiciera México hasta los años 80.

III. Burocracia y crimen organizado

El régimen político política mexicano pasó por distintas etapas. Una cosa es el Cardenismo, liderado por el General Lázaro Cárdenas que en los años 30 encarna un populismo avanzado, que impulsa la nacionalización del petróleo, la reforma agraria y la educación pública.(Córdoba,1981,Gonzalez Casanova,1983). Y otra cosa es el estado mexicano a partir del Gobierno de Miguel Alemán (1946-1952), cuando se inicia un proceso de burocratización y una convivencia con el crimen organizado (Flores,2009).

En la segunda mitad del siglo XX, funciona un sistema de Estado centralizado y de partido único claramente burocratizado donde conviven funcionarios corruptos, empresarios locales, políticos profesionales, y mafiosos, bajo la apariencia de una democracia moderna y la legitimación cínica de la revolución mexicana. Por detrás del ritual electoral que se repita cada seis años y la consigna anti-oligárquica de no reelección se garantizaba la continuidad de un sistema perverso. El Presidente saliente elegía “ a dedo” a su sucesor y desaparecía de la escena política. La supuesta oposición era simulada con pequeños partidos satélites del PRI, sostenidos desde el Estado, y en los lugares donde había oposición se articulaba un fraude sistemático. La corrupción pública y el crimen organizado a través de carteles de la droga garantizaba a los burócratas públicos ingresos muy superiores a los oficiales y legales (Laurell,1991)

Este sistema de dominación comienza a desgastarse con el Gobierno neoliberal de Salinas de Gortari en los 90 y en el año 2000 el PRI sufre su primera derrota electoral. Toma el Gobierno el Partido de Acción Nacional(PAN) de orientación conservadora y cristiana que no logra desarticular la burocracia priísta, que sigue controlando muchos gobiernos estatales. En

el 2006, en el recambio electoral el PAN y el PRI se asocian para consumir un gran fraude electoral en perjuicio del candidato del Partido de la Revolución Democrática, López Obrador. El Presidente electo, Felipe Calderón, del PAN, para legitimarse llama a la población a una “guerra contra el narco”, y hace intervenir a las fuerzas armadas en la seguridad interna. Los resultados son letales para la población civil. En el 2012 hay una nueva elección, y el sistema de compra de votos articulado por el PRI y el PAN produce otro fraude contra López Obrador y permite el triunfo del candidato priísta Enrique Peña Nieto. (Ackerman, 2015)

IV. El voto libre como herramienta

El fraude electoral en México ha sido una constante en el siglo XX. El Partido Revolucionario Institucional (PRI) perfeccionó una maquinaria electoral que le permitió controlar el Gobierno durante 70 años. El fraude más escandaloso ocurre en 1988 donde se le arrebató el triunfo a Cuauhtémoc Cárdenas, hijo del ex Presidente Lázaro Cárdenas, quien encabeza un movimiento disidente y luego funda el Partido de la Revolución Democrática. Como consecuencia de las críticas al fraude se crea el Instituto Federal Electoral (IFE) y luego el Instituto Nacional Electoral (INE) que intentan atenuar las prácticas corruptas. Sin embargo en las elecciones presidenciales de 2006 y 2012 el fraude se repite, esta vez contra López Obrador.

El proceso electoral de 2018, dirigido por el Instituto Nacional Electoral (INE) fue la herramienta que permitió el acceso al Gobierno de la fuerza de cambio que encabeza AMLO. Nunca en México se eligieron tantos cargos en forma simultánea. Se esperaba un resultado “cerrado” y la experiencia inmediata anterior en las elecciones estatales del Estado de México (2016) pre-anunciaba el fraude masivo.

El huracán AMLO fue tan arrollador que no hubo margen para torcer el resultado con el fraude. Pero además, nunca hubo tanta prevención sobre las trampas tradicionales del sistema

electoral mexicano. No solo jugaron este rol de fiscalización los representantes de MORENA y su coalición, sino que además las comunidades y los grupos de vecinos estuvieron alertas y vigilantes. La compra de votos, la compra de ausencias electorales, la emisión de votos ilegales en las mesas o “casillas especiales” fueron reducidas al mínimo histórico. Los “mapaches”, operadores históricos del fraude electoral, esta vez fueron derrotados. Lo que no significa la ausencia total de fraude. La periodista estadounidense y coordinadora de observadores internacionales para los pasados comicios, Laura Carlsen, estimó que las prácticas fraudulentas podrían haber incidido en la definición de entre cuatro y seis puntos porcentuales. Por lo cual López Obrador podría haberse acercado al 60 por ciento de la votación.

Para lograr conformar la ola que terminó convirtiéndose en una avalancha de votos el huracán AMLO hizo algo muy simple. Rompió el cerco mediático con una presencia concreta del líder y los candidatos en cada uno de los Municipios del país.

Esta presencia dio sus resultados. En los últimos tres o cuatro meses una decena de empresas encuestadoras detectaron que la “ola” venía en aumento. Es por esto que los principales diarios del mundo aceptaron antes de la fecha el triunfo de AMLO, que Trump saludó al ganador esa misma noche, y que el viejo PRI reconoció la derrota no bien cerraron las casillas electorales. Las clases dominantes y los grupos de poder saben leer las encuestas.

V. El huracan andres y la mafia en el poder

Es evidente que acceder al Gobierno, aunque sea con mayoría legislativa, no implica acceder al poder. Es necesario desbaratar una añeja mafia en el poder. Aquí hay que recordar una de las consignas de AMLO: nadie debe estar por encima de la ley.

Es notorio que en nuestro sub-continente la aplicación de la ley es totalmente discriminatoria. Hasta ahora la legislación penal es utilizada por los grupos de poder para procesar o

encarcelar a los pobres y a los opositores políticos. Las cárceles latinoamericanas están llenas de inocentes que ni siquiera tienen sentencia firme y ahora la tendencia es procesar y a veces encarcelar a figuras como Cristina Kirchner, Lula o Rafael Correa. Pero si se aplica esa misma doctrina judicial deberían estar procesados y encarcelados cientos de grandes empresarios, y funcionarios políticos. Aún dentro de una posición garantista, hay sólidos argumentos para procesar y eventualmente condenar buena parte de las élites. Los tratados internacionales sobre el delito organizado transnacional se refieren a delitos como el lavado de dinero, o los sobornos que cometen habitualmente estos dirigentes. La investigación internacional sobre el caso Odebrecht proporciona innumerables pruebas.

En México este panorama es aún más grave. Funciona una suerte de pluralismo jurídico regresivo donde los funcionarios públicos aplican normas especiales en perjuicio de la mayoría de los ciudadanos, y no hay certeza alguna sobre las normas jurídicas vigentes. Para modificar esto falta una decisión política y AMLO ya la ha anunciado. El nuevo Presidente dará el ejemplo y nadie estará por encima de la ley. Esto que parece simple tiene consecuencias incalculables.

En México uno de los principales problemas es la impunidad, que se multiplica ante la ausencia de un poder legal. En México funciona “la mordida”, el “influyente” y actualmente la justicia de los “narcos”, pero no funciona la administración de justicia regular.

Las consecuencias son impresionantes: 240 mil asesinatos en 12 años, 36 mil desaparecidos, 118 periodistas asesinados en 18 años, aproximadamente 500 feminicidios en lo que va de 2018, el quinto lugar mundial en trata de personas y los escandalosos casos de corrupción han dejado un México asediado por la violencia impune.

Sin embargo, ante este panorama, lo más grave es que **la población no tiene confianza en sus instituciones** de administración de justicia. Según datos del Centro de Investigación

y Docencia Económica(CIDE), el **95% de los delitos no son denunciados** y el 50% de los que lo son no tienen una respuesta institucional; solo cuatro de cada 100 carpetas de investigación son judicializadas.

En este marco se verifica un impresionante avance del crimen organizado que ante los vacíos de poder en el aparato del estado y en alianza con funcionarios corruptos se dedica a la extorsión sistemática. Los viejos carteles especializados en el tráfico regulado de cocaína han sido reemplazados por nuevos grupos con múltiples negocios ilícitos. De hecho los centenares de grupos del crimen organizado han establecido “impuestos” a medianos y pequeños comerciantes a cambio de protección. Y manipulan la administración de justicia, llenando las cárceles de inocentes.

Ante este panorama, AMLO ha designado a la ex Ministra de la Corte Olga Sanchez Cordero para impulsar desde la Secretaría de Gobernación una amnistía con profundo contenido de justicia social. Además se plantea reducir el narco-tráfico con la legalización de la marihuana.

Con la consigna de convertir sicarios en becarios se buscará vincular a millones de jóvenes al sistema educativo a través de becas y acceso irrestricto a las Universidades. De esta forma, se reemplaza una estrategia represiva que fue funesta por una política preventiva y de inclusión social.

VI. Un cambio de epoca

La coalición que lleva al triunfo a AMLO está compuesta por MORENA, el partido del líder, y otros dos pequeños partidos, el Partido del Trabajo(PT) de origen maoísta, y el Encuentro Social(ES), con una impronta evangelista. La alianza se denomina Juntos Haremos Historia. Y efectivamente, el 1 de Julio de 2018 se hizo historia y se inició un cambio de época.

Se está modificando el sistema de partidos. El partido MORENA obtuvo el 44% de los votos-los otros dos partidos

completaron el 53%- en su primera presentación. O sea que el huracán Andrés ha barrido tres partidos tradicionales. El viejo PRI sufrió un golpe letal, superior al recibido en el 2000, cuando se interrumpe su continuidad, ya que no triunfó en ningún Estado. El PAN, que gobierna 12 años en el nuevo siglo, queda desmantelado. Y el PRD, que intenta una alianza con el PAN, empieza a ser vaciado por la corriente Morenista. Nunca un político obtuvo tanto respaldo desde la época de Lázaro Cárdenas. Y AMLO se apropia en forma inteligente de todas las tradiciones democráticas de estos partidos al reivindicar en su discurso de cierre de campaña a Lázaro y Cuauthemoc Cárdenas, o al fundador del PAN, Manuel Clouthier.

Pero además AMLO reivindica a los movimientos sociales. En su discurso de cierre de campaña menciona varias figuras del sindicalismo democrático, a dirigentes de derechos humanos como Rosario Ibarra, y a los familiares de las víctimas recientes. Solo queda al margen de su influencia el movimiento zapatista.

En los anuncios de su futuro gabinete también aparece un importante número de dirigentes que no provienen de los partidos políticos. Hay representantes de la ciencia y la técnica, de movimientos sociales y empresariales y ex magistrados judiciales.

En resumen, el contundente triunfo de AMLO hizo historia y está comenzando un cambio de época.. Ha cambiado el ánimo de millones de personas y se avizoran cambios sustanciales. Sin la retórica ideologizada de la izquierda tradicional mexicana el nuevo movimiento avanza hacia nuevos equilibrios en un país que puede ser una potencia. Con solo lograr que se cumpla la consigna de que nadie debe estar por encima de la ley la transformación puede ser fundamental. Con un fuerte mercado interno y una base industrial que subsiste, el país puede retomar el crecimiento del período 30-70 cuando tenía tasas del 6% anual del PBI.

Se equivocan los que pronostican que el nuevo movimiento tiende a diluirse como una mera tormenta tropical. El huracán

Andrés ha despertado nuevas energías en el país más surrealista del mundo. El México profundo, contradictorio y dual, comienza una nueva marcha. Resurge el viejo nacionalismo de Don Lázaro Cárdenas y un nuevo proyecto colectivo se empieza a mover con las reglas simples que AMLO anunció en su cierre de campaña: no robar, no mentir, no traicionar al pueblo.

VII. Lecciones y presagios para América Latina

El rápido crecimiento de MORENA luego de la derrota fraudulenta del 2012 donde el PRI compró millones de votos y la tenacidad de su líder constituye un episodio aleccionador. En seis años surgió y se fortaleció un nuevo Partido que hoy tiene decenas de miles de comités de base en todo el territorio mexicano y que ganó en más de 20 estados. El desarrollo de la campaña fue muy hábil. Las fuerzas reaccionarias intentaron identificar a AMLO con la violencia y la dictadura. La actitud del líder emergente fue la de un pacifista que confiaba en las energías populares y en el poder del voto.

El programa de Gobierno de AMLO es otro ejemplo a rescatar. Lejos de los postulados del neoliberalismo y del consignismo ideologizado, los puntos programáticos recogen propuestas de miles de asambleas populares. Se destacan los planteos de no endeudarse y de proteger el mercado interno, y de desplegar una nueva ética. En relación a la Patria Grande el planteo es no intervención en los asuntos internos.

El criterio amplio y pluralista para armar el equipo de gobierno es otro ejemplo a seguir. Se convocó a distintas generaciones y a distintas tradiciones políticas para desarrollar políticas de estado. Esto convierte a AMLO en algo más que un líder carismático.

El triunfo de AMLO es una reivindicación de la acción política.. En semanas México pasó de ser un país desolado por la violencia y humillado por el Gobierno de Estados Unidos a un país con nuevas energías y respetado por sus vecinos. Los Gobiernos del mundo han tomado debida nota de que ha

surgido un dirigente con apoyo masivo y que se avecinan cambios sustanciales.

Como era de esperar, las fuerzas de derecha, la prensa hegemónica y cierta izquierda elitista están invisibilizando o subestimando el cambio que emerge al sur del Río Grande. Pero el cambio ya ha comenzado, y una nueva época se perfila.

En el terreno de la subjetividad esta nueva época presagia el resurgimiento de un nuevo nacionalismo, de un orgullo nacional y latinoamericano, de una identidad compartida por los pueblos que han sufrido el saqueo, la discriminación y el menosprecio. Como ocurriera con los populismos clásicos, con el Peronismo y el Cardenismo estos movimientos son contradictorios y no responden a los cánones académicos ni a esquemas predeterminados. Esperemos que esta vez no haya confusiones en el mundo académico, en las Universidades públicas, y prevalezcan las intuiciones de dar crédito a estas nuevas perspectivas.-

Bibliografía

- Ackerman, John (2015). *El mito de la transición democrática*. Planeta, México
- Córdoba, Arnaldo (1981). *La política de masas del Cardenismo*. ERA, México
- Flores, Carlos (2009). *El Estado en crisis: crimen organizado y política. Desafíos para la consolidación democrática*. CIESAS, México
- Gonzalez Casanova, Pablo (1983). *La democracia en México*. ERA.
- Laurell, Asa Cristina (1991). *México, una democracia restringida*. Casa del Sol, México D.F

Elecciones Mexicanas en clave regional

*Dolores Gandulfo*¹

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 612-618

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e207>

I. Introducción

En esta oportunidad, las encuestas no fallaron. Meses antes de la contienda electoral una respetable mayoría de los análisis de opinión pública señalaban como favorito a Andrés Manuel López Obrador (AMLO).

El 1 de julio pasado estos diagnósticos se confirmaron; habiendo obtenido el 53% de los votos el triunfo de AMLO abre una esperanza para la izquierda latinoamericana, aunque no exenta de incertidumbres.

II. A quien le ganó

El triunfo de AMLO constituyó, ante todo, una derrota a los partidos tradicionales. La irrupción de MORENA en el escenario electoral trastocó el sistema de partidos y la hegemonía priista en particular, quien experimentó una magra performance electoral.

Bajo la candidatura de José Antonio Meade obtuvo un 16% de los votos. El Partido Acción Nacional (PAN) aliado con el

¹ Licenciatura en Relaciones Internacionales. Universidad Del Salvador (USAL), Magíster en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo. (Georgetown University - Universidad Nacional de General San Martín). Directora Ejecutiva de la Unidad de Política Institucional de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Directora del Observatorio Electoral de la Conferencia Permanente de Partidos Políticos de América latina y el Caribe (COPPPAL)

tradicional Partido Revolucionario Democrático (PRD), ex aliado de AMLO en elecciones previas, totalizó un 22,44% de los sufragios con Ricardo Anaya como candidato.

A nivel país AMLO se impuso en 31 de los 32 estados. Mientras que el PAN logró mantener un histórico bastión, Guanajuato.

Esta reconfiguración de fuerzas tuvo su correlato a nivel parlamentario, donde MORENA se impuso como primera fuerza en ambas cámaras.

En el Senado obtuvo 74 escaños, frente a 39 del PAN y 15 del PRI y en la Cámara de Diputados 305, muy lejos de los 130 del PAN y los 65 del PRI.

III. Quienes lo apoyaron

López Obrador encabezó la coalición “Juntos Haremos Historia” conformada por el Partido del Trabajo (PT), el Partido Encuentro Social (PES) y el Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA). Fundado como asociación civil por el propio AMLO, en 2014 obtuvo su registro como partido político nacional ante el Instituto Nacional Electoral (INE).

Numerosos especialistas coinciden que detrás de su triunfo hay una base heterogénea de votantes: nuevos electores, profesionales liberales, campesinos, universitarios y sectores empresarios del norte del país que nunca antes lo habían apoyado. A eso le agregaría un componente esencial en este proceso la relevancia del voto antisistema, o antipriista.

Recordemos que López Obrador compitió por la presidencia en dos oportunidades previas: en los años 2006 y 2012.

Estos nuevos electores totalizan 11 millones de jóvenes, sobre un total de 89 millones. De esos 11 millones, 4,8 votarán por primera vez, con edades de entre 18 y 21 años. Como hemos observado este año también en el caso de Paraguay, el electorado joven tiene un rol preponderante.

IV. Cuáles son sus promesas y desafíos de gobernabilidad

La principal promesa de campaña, y la base de su construcción narrativa es la lucha contra la corrupción a la que considera el principal problema del país.

Además busca complementar esto con un recorte de privilegios en los cargos políticos, “bajando los sueldos de arriba y aumentando los de abajo”, fortaleciendo el mercado interno y el campo.

En su programa MORENA especifica los lineamientos generales para combatir la corrupción. Destacamos:

- Reforma del Artículo 108 de la Constitución para que el Presidente de la República en funciones pueda ser juzgado por delitos electorales y relacionados con actos de corrupción.

- Suspensión de todos los fueros y privilegios para funcionarios públicos.

- Reforma de la Ley para considerar delitos graves: el tráfico de influencia, la corrupción, la asociación entre funcionarios y particulares para cometer fraudes a la Hacienda Pública, el robo de combustibles y el fraude electoral en cualquiera de sus modalidades. Las penas no permitirán al inculpado la obtención de la libertad bajo fianza.

- La Fiscalía Anti-Corrupción será garante para evitar este mal que tanto ha dañado a México, y no permitirá en ninguna circunstancia que prevalezca la impunidad, el mandato que recibimos del pueblo en las elecciones del 1 de julio de 2018 consistió básicamente en confiarnos la apremiante tarea de acabar con la corrupción y la impunidad, la Fiscalía AntiCorrupción podrá actuar con absoluta libertad y castigar a cualquier persona que cometa un delito de esa naturaleza, trátase de quien se trate, incluidos compañeros de lucha, funcionarios, amigos y familiares, un buen juez por la casa empieza.

Otro de sus desafíos es la violencia ya estructural que sufre el país. Sin ir más lejos, la campaña electoral que precedió a su triunfo fue la más sangrienta en la historia con 133 candidatos

asesinados. Y la estrecha relación que este fenómeno guarda con el narcotráfico y las bandas delictivas organizadas.

La deuda social también es otro aspecto que no puede esperar. El índice de pobreza alcanza al 43.6% de la población; 53 millones 418,151 en 2016, de acuerdo a cifras del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).²

Estas alarmantes cifras no hacen más que atestiguar los perjuicios que treinta años de políticas neoliberales han ocasionado. La estructura productiva mexicana fue desvalorizándose a medida que transcurría el tiempo, relegándola a una simple industria de ensamblaje, las famosas maquiladoras.

Y en ese transcurrir muchos quedaron excluidos. En algunas de sus definiciones en el Zócalo la noche de su triunfo AMLO se refirió a que construirá *“un gobierno por, para y con el Pueblo”* y en ese sentido planteo políticas orientas a los jóvenes, a los adultos mayores y a los sectores rurales, con miras a promover el tan estimado desarrollo local.

Esa noche no se privó de sembrar esperanza entre sus seguidores haciendo referencia a que su presidencia operará la cuarta revolución de la historia mexicana. Recordemos que la primera corresponde a la Independencia obtenida a dos tiempos entre 1810 y 1821; la segunda, a la Reforma, de Benito Juárez, que separó la Iglesia católica del Estado a partir de 1854 con la secuela de una guerra civil de tres años y la subsecuente ocupación francesa; la tercera, a la Revolución Mexicana iniciada en 1910, que derrocaría al dictador Porfirio Díaz luego de 35 años en el poder (1876-1911), seguida por el asesinato del Presidente/mártir Francisco Madero.

Lo cierto es que la expectativa es alta y su responsabilidad también, AMLO quiere ser recordado por la historia como “un gran presidente”, según sus propios dichos.

² Forbes Staff (30 de agosto de 2017). México tiene 53.4 millones de pobres. Forbes México. Recuperado de: <https://www.forbes.com.mx/mexico-tiene-53-4-millones-de-pobres>

V. México y su vecino del Norte

La relación con Estados Unidos, y especialmente la renegociación por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) supone otro tema de relevancia para el presidente electo.

A diferencia de la relación con Peña Nieto, Trump ha dado señales del inicio de un nuevo capítulo en el vínculo bilateral. A menos de veinticuatro horas de resultar electo, fue el propio presidente norteamericano quien se comunicó telefónicamente con su futuro homólogo mexicano. En declaraciones a la prensa, incluso, señalaron que hablaron de un tratado separado, sólo de México y Estados Unidos.

VI. México para los americanos

Lamentando que durante las últimas administraciones la política exterior haya estado centrada de manera excesiva hacia el norte, el flamante presidente electo fue firme al anunciar la búsqueda de nuevos escenarios. Buscando un México más integrado con la región, recuperando su rol preponderante y estrechando vínculos en búsqueda de ventajas económicas mutuas.

Los que conocemos de la política regional sabemos que en su pasado AMLO no ha tenido muchas interacciones con líderes regionales pero confiamos en que se rodee de referentes de mucho involucramiento con la política latinoamericana. Sin ir más lejos uno de los partidos que formó parte de la coalición, el Partido del Trabajo de México tiene una larga trayectoria en material internacional y muchas relaciones a lo largo y ancho de la región.

El desafío para México será sin lugar a dudas recuperar el histórico papel entre los países de América Latina y el Caribe y ser un actor de relevancia en la geopolítica internacional.

Debemos recordar los esfuerzos de México para conformar el Grupo Contadora con Colombia, Panamá y Venezuela para alcanzar una solución pacífica y regional a la crisis centroamericana.

El Proceso de Paz en Colombia constituye una oportunidad propicia para la reivindicación de los valores que la política exterior mexicana exhibió históricamente, específicamente la solución pacífica de controversias y la promoción de la paz. Si bien el equipo internacional de transición del presidente electo no se ha pronunciado explícitamente es esperable que respalde la implementación de los acuerdos, frente a la amenaza que para ello representa la reciente elección de Iván Duque como presidente del país andino.

Fue el propio Consejo Político Nacional de la Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC) que pidió al entrante gobierno que sigan apoyando el proceso de paz en Colombia. En su deseo de “volver a la región”, México podría liderarlos.

En el mismo sentido, los desafíos en materia migratoria son aún mayores; son de destacar el incremento de la migración de retorno hacia México, debido a las políticas antiinmigrantes del gobierno norteamericano; el aumento de la presión migratoria centroamericana en la frontera sur de México; así como el despoblamiento de las áreas expulsoras de mano de obra hacia las principales ciudades del país y hacia la frontera norte principalmente.

En el reconocimiento de la Frontera Sur como una prioridad migratoria se observará si la administración de López Obrador puede revertir la histórica doble moral de la política exterior mexicana, enérgica denunciante del destrato a sus nacionales en los Estados Unidos, pero que replica con los migrantes centroamericanos que llegan a su territorio.

VII. En perspectiva

A contramano de la región, que hace unos años experimenta un inquietante giro a la derecha, el triunfo de AMLO constituye, sin duda, un importante punto de inflexión. Con elecciones en Brasil aproximándose, esta victoria reaviva las ilusiones de un retorno del progresismo regional.

Aquella elección de 1988 donde “se cayó el sistema” tuvo su correlato el pasado primero de julio. En la segunda economía latinoamericana los ideales de igualdad, justicia, antiimperialismo y nacionalismo que alcanzaron su máximo esplendor con el gobierno de Cárdenas se reeditan una vez más.

El triunfo de López Obrador es una esperanza para un modelo de país que no dejaron ser. Pero cuyos ideales echaron fuertes raíces en la sociedad.

Ganó el pueblo, y la Revolución sigue más viva que nunca.



PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

SONETO

Si dejo sopesar sobre mi vida
el transcurrir que Newton ha pensado
la masa del afecto, en su medida,
será un cuerpo uniforme, acelerado

Con todas las galaxias en su huida
la gravedad, el plano inacabado
y la distancia, entonces, extendida
negará el encuentro más deseado

Pero en la curvatura de las eras
hipotetizo hallar, aún con mi duda,
las almas mías en enredadera

que al brillo de su lumbre duradera
pondrá fin a la muerte testaruda
dando al amor su forma verdadera

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Ángel Vicente Peñaloza*

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

Las tutelas procesales diferenciadas en materia ambiental¹

*Pablo Octavio Cabral*²

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 621-674

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e209>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>

I. Introducción

El derecho a la preservación del medio ambiente está expresamente reconocido en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43, en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 Constitución nacional- y en numerosas normas sobre defensa ambiental a nivel nacional, provincial y municipal.

La protección de los derechos ambientales –en su dimensión colectiva- requiere una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio procesal de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo o cautelar acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. En estos casos resulta necesaria la eficaz intervención de un

¹ Este trabajo se desarrolló en el marco del *Proyecto de Investigación UNLP 11/J158: "Nuevas normas lusprivatistas: Simetrías o asimetrías con el régimen del Patrimonio Ambiental-Cultural, su repercusión en el desarrollo y la gobernanza"* a cargo de la Directora: Prof. Zendri, Liliana. Inicio del proyecto 01/01/2016 y finalización 31/12/2017. Este trabajo fue presentado como ponencia en el III Congreso de Derecho Procesal Constitucional, "Por la eficacia de las garantías", Catamarca, 28/30 de junio de 2017. La investigación es el producto de un desarrollo de trabajos anteriores en los que abordé temáticas similares.

² Docente de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (pablooctaviocabral@yahoo.com.ar).

juez, como lo explica Gozaíni, con un alto grado de *responsabilidad social*.³

Nuestro ordenamiento jurídico, puso en cabeza de la Administración Pública Nacional y provinciales el cumplimiento de las obligaciones de no dañar el ambiente y recomponerlo y le asignó al Poder Judicial la tarea de protección de estos derechos de incidencia colectiva cuando resultan vulnerados. En este marco es trascendente analizar la especial protección de los derechos ambientales en la ley de medidas cautelares 26.854.

Encontrándose el Estado como primer obligado de garantizar la efectividad de los derechos sociales y ambientales de los integrantes de la sociedad, surge la competencia judicial de la justicia contencioso administrativa, la que debe actualizar sus procedimientos y estructuras a una nueva realidad que impacta directamente sobre su constitución tradicional.

Por ello, frente a la tradicional justicia contencioso administrativa liberal clásica, se debe construir una visión social y transformadora del rol de los jueces en nuestra sociedad, que también se articule con una concepción participativa de una democracia en la que los derechos fundamentales son garantizados por el Estado en forma igualitaria.⁴

El poder judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones

³ Ampliar en GOZAINI, O. A, *La Función Social del Juez*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012. Ver también del mismo autor, "*Funciones del juez en los procesos constitucionales*", www.juridicas.unam.mx.

⁴ Ampliar en CABRAL, P O. "La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires", *Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA)* AÑO 1, N° ½, Enero/Agosto 2007; y "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa", *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* en el mes de septiembre de 2008 (año 2, N° 2).

públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estatales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y ambientales con activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

En ese marco histórico e institucional analizaré la incorporación a los procesos judiciales administrativos de técnicas de protección diferenciadas como herramientas legales y procedimentales que garanticen la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales –incluyendo el derecho a un ambiente sano–, que fueron internalizados en la última reforma constitucional en nuestro ordenamiento jurídico nacional.⁵ Aún hoy, en la mayoría de las jurisdicciones provinciales la posibilidad de efectivizar derechos humanos fundamentales se encuentra seriamente limitada – y la mayoría de las veces directamente imposibilitada– por la estructuración de una justicia contencioso administrativa vetusta que desconoce las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno en la reforma constitucional de 1994.

En un histórico contexto hostil del derecho administrativo respecto de las tutelas procesales diferenciadas, encuentro que

⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, P. A. (2009), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

la ley 26.854 –nuevo régimen de cautelares contra el Estado Nacional- es válido ejemplo de estas herramientas y constituye una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina⁶ y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento de la Constitución Nacional y la normativa internacional de Derechos Humanos. Nuestro sistema judicial no reconoce aún plenamente la operatividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, negando en muchos casos la posibilidad de exigir en tribunales las obligaciones prestacionales del Estado en materia social o ambiental. Esta situación comenzó a modificarse paulatinamente, gracias en parte a la última reforma constitucional, a la incorporación de normativa internacional protectora de derechos humanos a nuestro ordenamiento interno, a los señeros avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y su seguimiento por tribunales inferiores, a la creación de los fueros contencioso administrativos descentralizados y con jueces especializados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, a los trabajos de la doctrina y –por último- a la relevancia que nuestra sociedad le ha otorgado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, voluntad popular reflejada en las políticas públicas del Estado Nacional en la última década que pusieron a la Argentina a la vanguardia en la materia.⁷

⁶ BERIZONCE, R. O., (2009) *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; UCIN, M. C., (2011) *La tutela de los derechos sociales*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; NOGUEIRA, J. M. y SCHAPIRO, H., (2012), *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012; MORELLO, A. (1994), *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994; FERRAJOLI, L., (2003) “El Garantismo y la filosofía del Derecho”, *Revista Editorial de la Universidad Externado de Colombia*, N° 15.

⁷ Para una opinión crítica de este proceso histórico, ver LUQUI, R. E., (2011) “Socialización de la Justicia”, *Revista La Ley*, 16 de diciembre de 2011: “La socialización de la justicia es un fenómeno que parte de una idea equivocada de la función que tiene el Poder Judicial en nuestro sistema jurídico político, pues pretende atribuirles a los jueces la misión de controlar la legalidad objetiva y asegurar el ejercicio regular y eficiente de las funciones de la Administración. Más aún, se ha sostenido que los jueces tienen la misión de hacer efectivas las políticas públicas...”, p.3.

La ley de cautelares contra el Estado Nacional, aquí en estudio, es la primer norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro país. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento en relación con la exigibilidad de tales derechos, esta norma protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.⁸

La nueva norma procesal recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos –ambos reinterpretedados por la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Constitución Nacional y de la normativa internacional de los Derechos Humanos– constituyendo una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación.

Lo dicho hasta aquí no me lleva a desconocer que algunos aspectos de la ley han sido objeto de críticas y observaciones por parte de la doctrina⁹ e instituciones académicas¹⁰, así como

⁸ Ver Observaciones generales N° 3 y N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ GOZAINI, O. A., (2013) “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en RATTI MEDAÑA, F. S., (2013) “Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas”, *DJ*, 17/02/2013, p.95.

¹⁰ *Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* a raíz de los proyectos sobre Reforma Judicial ingresados en el Senado de la Nación (www.derecho.uba.ar): *Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (www.jursoc.unlp.edu.ar); *Informe del*

de otros sectores de opinión de nuestra sociedad¹¹, compartiendo algunos aspectos de tales objeciones, pero –al mismo tiempo- no dejando de destacar que en muchos casos se trata de las clásicas prerrogativas procesales -integrantes del régimen exorbitante del derecho privado- presentes en todos los sistemas procedimentales de la justicia contencioso administrativa provinciales y federal. Así, hoy en día, las estructuras judiciales en las que se juzga a los Estados en la Argentina desconocen las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento interno en la reforma constitucional de 1994. Es por ello que una crítica descontextualizada que ponga la lupa sólo en una parte del complejo sistema de justicia encargado de controlar a los Estados, sin reparar un minuto en su estructura general, en sus normas constitutivas, en sus procedimientos judiciales, en sus prácticas cotidianas, en su funcionamiento defectuoso, puede convertirse en el árbol que no nos deje ver el bosque.

En este sentido, debo reconocer que el trascendente paso dado mediante la sanción de la ley 26.854 en el camino hacia la efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, será insuficiente si no se proyecta y materializa una reforma integral de la justicia administrativa argentina -federal y locales- que proteja en forma diferenciada a los grupos

Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar); entre otros.

¹¹ Entre las opiniones de Organizaciones no Gubernamentales dedicadas a la justicia y los derechos humanos se destacan; Opinión del *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS, www.cels.org.ar); opinión de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC, www.adc.org.ar). Además, las siguientes organizaciones no gubernamentales; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); Asociación por los Derechos Civiles (ADC); Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas; CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento); Consumidores Libres; Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN); Fundación Directorio Legislativo; Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS); Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC); Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES); Unidos por la Justicia; Poder Ciudadano, en un documento conjunto expusieron su opinión contraria a la reforma judicial.

vulnerables, garantizándoles una prioritaria tutela procesal de sus derechos fundamentales, destacando entre ellos, el derecho a un ambiente sano.

II. Las medidas cautelares en el derecho procesal administrativo

Las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcado en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca al peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.¹²

Los requisitos clásicamente establecidos para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del derecho; 2) Peligro en la demora, 3) No afectación del interés público y 4) contracautela. Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.

El requisito característico del derecho procesal administrativo para la procedencia de una medida cautelar contra el Estado es la no afectación de un interés público, criterio expuesto por

¹² DE LAZZARI, E., (1995), *Medidas Cautelares*, Librería Editora Platense, La Plata, 1995. Ampliar en CAMPS, C. E., (2012) *Tratado de las medidas cautelares*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Ver RIZZI, G. "Protección Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo", en la obra de Camps, Carlos Enrique (director), *Tratado de las Medidas Cautelares*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1545 y sgtes.

nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Astilleros Alianza vs. Nación Argentina”.¹³

Las medidas cautelares se caracterizan por su accesoriedad, provisoriedad y transitoriedad, y –como lo explica Gozáini con precisión: “A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal; provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; preventividad como fundamento y razón de procedencia; y responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas”¹⁴.

III. Un ejemplo de política pública de tutela procesal diferenciada en la Ley 26.854

a) El régimen exorbitante del derecho privado y el Derecho Procesal Administrativo

A fin de contextualizar en el tipo de proceso judicial que se enmarca la nueva regulación de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, debo desarrollar brevemente el estado actual del derecho procesal administrativo en la Argentina, y en especial detenerme en los sistemas de justicia administrativa vigentes en las jurisdicciones provinciales.

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función

¹³ CSJN, *Fallos* 314:1202; “De ahí, pues, que a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.

¹⁴ GOZAINI, O. A., (2013) “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13, p.3.

administrativa por delegación estatal¹⁵, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presente.¹⁶ Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especiales de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia administración pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un breve plazo de caducidad, o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio *solve et repete*. En el ámbito cautelar la tradicional prerrogativa procesal se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado¹⁷. Finalmente, respecto de las sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad. A esto deben adicionarse dos principios respecto de la actuación administrativa que dificultan su escrutinio judicial, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, prevista legalmente en la esfera nacional y en muchas regulaciones provinciales. Este arsenal de medidas, principios y limitaciones de la revisión judicial de la actividad estatal se encuentra presente –en mayor o menor medida– desde su nacimiento en todas las legislaciones procesales administrativas en los ámbitos federal, de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁵ La atribución material de competencia de la justicia administrativa puede variar según se adopte en el ordenamiento jurídico un criterio subjetivo, material o mixto.

¹⁶ GONZALEZ PEREZ, J., (1985) *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

¹⁷ PADROS, R. S., (2004) *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Al respecto dijo: “Como sucedió con la interpretación acerca de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la materia cautelar ha estado por tradición sujeta a una visión particularmente restrictiva sobre la posibilidad de disponerse medidas provisionales que modifiquen los efectos propios de los actos administrativos y, dentro de esta categoría, sólo respecto de aquellos actos ejecutorios con capacidad para provocar una transformación en la situación jurídica del demandante.”, p. 125.

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia en la ley nacional de procedimientos administrativos (Ley 19.549)¹⁸ y respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁹.

Los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados provinciales y sus municipios pueden ser clasificados según el modelo de justicia administrativa que construyen. Un primer grupo histórico encabezado por el Código Contencioso Administrativo “Varela” de la provincia de Buenos Aires²⁰ de 1905²¹ (hoy derogado) y seguido por las provincias de:

- Salta²²,

¹⁸ CASSAGNE, J. C. (2009), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009; COMADIRA, J. R., (2003) *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁹ Ver REJTMAN FARAH, M., (2000) *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

²⁰ Ley 12.008 (modif. por ley 13.101), Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1998. Ampliar en ISABELLA, D. P. (director), (2010) *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La Justicia Administrativa*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010; BOTASSI, C. (coordinador), (2000) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; DANA MONTAÑO, S M, (1955) *Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; CAIELLA, P. y PITTATORE, P., “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes.

²¹ DANA MONTAÑO, S. M, (1955) *Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; LINARES, J. F., “Lo contencioso administrativo en la Prov. de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)”, *La Ley*- 96, 852.

²² Ley 793, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1908. Ampliar en PADROS, R. S., “El Contencioso Administrativo en la Provincia de Salta”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 301 y sgtes.

- Mendoza²³,
- Catamarca²⁴,
- Córdoba²⁵,
- Corrientes²⁶,
- Chaco²⁷,
- Entre Ríos²⁸,
- La Rioja²⁹,

²³ Ley 3918, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en PEREZ HUALDE, A, "El proceso administrativo en Mendoza. Constitución provincial, Código Procesal Administrativo y jurisprudencia", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 249 y sgtes.

²⁴ Ley 2403, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1971. Ampliar en PERACCA, A G y PERNASETTI, L. H, "El sistema contencioso administrativo en la Provincia de Catamarca", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 783 y sgtes.

²⁵ Ley 7182, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1984. Ampliar en VELEZ FUNES, I. M. (director), "Derecho Procesal Administrativo", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003. Ver también SESIN, D J, "El contencioso de Córdoba y la Habilitación de Instancia", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 175 y sgtes. Ver también VILLAFANE, L, "Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba. Ley 7182. Notas y Comentarios. Jurisprudencia. Modelos de Escritos.", Editorial Lerner, Córdoba, 2006.

²⁶ Ley 4106, Proceso Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1986. Ampliar en SOTELO DE ANDREAU, M. G, "El sistema procesal administrativo en la Provincia de Corrientes", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 507 y sgtes.

²⁷ Ley 848, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1967. Ampliar en LEGUIZAMON, G, "Lo contencioso administrativo en la Provincia del Chaco", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 667 y sgtes.

²⁸ Decreto Ley 7061, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1983. Ampliar en GONZALEZ ELIAS, H, "El contencioso administrativo en la Provincia de Entre Ríos", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 451 y sgtes.

²⁹ Ley 1005, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1946. Ampliar en CASULLO, M. C, "El control contencioso administrativo en la Provincia de La Rioja", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

- La Pampa³⁰,
- San Juan³¹,
- Neuquén³²,
- Formosa³³,
- Santiago del Estero³⁴
- y Jujuy³⁵

integran el modelo de la vieja justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la administración. El antiguo

³⁰ Ley 952, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1979. Ampliar en SAPPÀ, J. y VANINI, J., “El contencioso administrativo en la Provincia de La Pampa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 857 y sgtes.

³¹ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil (arts. 766, 767, 768 y 769) y por la Ley 3784, Procedimientos Administrativos, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en CUADROS, O. A., “Control Judicial de la actividad administrativa del Estado en la Provincia de San Juan”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 423 y sgtes.

³² Decreto Ley 1305/1981, Código Procesal Administrativo, emitido en 1981. Si bien la competencia es del Tribunal Superior de Justicia de la provincia (Art. 1), por la reforma de la Constitución de la Provincia de Neuquén, la competencia fue trasladada a un nuevo fuero especializado y descentralizado, que aún no se ha constituido. Finalmente por disposición del Tribunal (Acuerdo 4312) la competencia contencioso administrativa la ejerce la Sala Procesal Administrativa. Ampliar en GUTIERREZ CUOLANTUONO, P., “El caso administrativo en el escenario constitucional neuquino”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 961 y sgtes.

³³ Decreto Ley 584/1978, Código Procesal Administrativo, emitido en 1978. Ampliar en MARTINEZ, S. A., “El proceso administrativo o contencioso administrativo de la Provincia de Formosa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 703 y sgtes.

³⁴ Ley 2291, Procedimiento Administrativo, sancionada y promulgada en 1951. Ampliar en ABALOS GOROSTIAGA, R. F., “El contencioso administrativo en el ámbito de la Provincia de Santiago del Estero analizado a través de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

³⁵ Ley 1888, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1948. Ampliar en INSAUSTI, H. O., “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Jujuy”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 623 y sgtes.

régimen de justicia administrativa –aún vigente en las provincias mencionadas- se caracteriza por estar regulado constitucionalmente, ser de competencia del máximo tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia; agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública.

Resultando el requisito de habilitación de instancia, el mayor obstáculo para el ingreso a la jurisdicción administrativa, quisiera desarrollar brevemente algunos de los argumentos que sostienen su inconstitucionalidad. En tanto examen inicial del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción (agotamiento de la vía administrativa, plazo de caducidad y pago previo), como vimos aún presente hasta en los sistemas procesales más avanzados, plantea una limitación esencial a la garantía de acceso a la justicia y obstaculiza la efectivización de derechos humanos fundamentales. Así, para Miguel López Olvera, “La habilitación de la vía judicial y el agotamiento de la vía administrativa funcionan en la actualidad con base en esquemas antiguos, que condicionan previamente el acceso a la justicia, lo cual es sin duda alguna una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida”³⁶. A similar conclusión arribó Andrés Gil Domínguez

³⁶ LOPEZ OLVERA, M A, (2008) *La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2008.

al afirmar que “En el marco de un Estado constitucional de derecho, no existe ningún argumento que sustente la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, la existencia de un plazo de caducidad fatal de la acción contenciosa y de la consecuente habilitación de instancia de oficio”³⁷

Otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones³⁸, Santa Cruz³⁹, Santa Fe⁴⁰, San Luis⁴¹, Tucumán⁴² y Tierra del Fuego⁴³, ya que si bien fueron establecidos mediante

³⁷ GIL DOMINGUEZ, A., (2007) *Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa. Derecho constitucional administrativo*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 88.

³⁸ Ley I-95, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1993. Ampliar en BECERRA, J C y ACOSTA, F A., “proceso contencioso administrativo de la Provincia de Misiones”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 599 y sgtes.

³⁹ Ley 2600, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 2001. Ampliar en SALAZAR, C y otros “Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1025 y sgtes.

⁴⁰ Ley 11.330, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1995. Ampliar en LISA, F J y WEDER, R L., (2000) *El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial.*, Editorial Juris, Rosario, 2000. Ver también WEDER, R y LISA, F., “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 119 y sgtes.

⁴¹ El proceso administrativo está previsto en el Título IV –Causas Contencioso Administrativas- del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis, Ley VI-0150-2004, sancionada y promulgada en 2004. Ampliar en ALLENDE, E. S y DOMINGUEZ, J A, “Procedimiento contencioso administrativo en la Provincia de San Luis”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 275 y sgtes.

⁴² Ley 6205, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1991. Ampliar en GOANE, R M, “El proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico positivo, constitucional y legal en la Provincia de Tucumán”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 351 y sgtes.

⁴³ Ley 133, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1994. Ampliar en FRANCAVILLA, R, “Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1053 y sgtes.

leyes sancionadas en la década de los noventa, en algunos casos aún posteriores a la reforma constitucional de la nación -1994-, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. En forma separada se pueden ubicar las provincias de Chubut⁴⁴ y Río Negro⁴⁵, que –al igual que la nación- no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Por último es de destacar el nacimiento de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos los encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁶ y en la provincia de Buenos Aires⁴⁷, donde se dispuso la creación de un fuero descentralizados, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con Cámaras de Apelaciones), se abandona el modelo

⁴⁴ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil y Comercial y la ley de organización del Poder Judicial de la Provincia. Ampliar en PANIZZI, A, “Apuntes sobre los litigios contencioso administrativos en la provincia del Chubut”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 981 y sgtes.

⁴⁵ Río Negro no cuenta con código procesal administrativo, estableciendo los requisitos de habilitación en la ley de procedimientos administrativos 2938. La competencia contencioso administrativa es ejercida transitoriamente por las Cámaras de Apelaciones en los Civil, Comercial y de Minería. Ampliar en SODERO NIEVAS, V. y PEREYRA, J C, “El derecho administrativo en la Provincia de Río Negro”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 893 y sgtes.

⁴⁶ Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario, sancionada y promulgada en 1999. Ampliar en BALBIN, C. “Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; SAID, J, “Régimen contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 47 y sgtes.

⁴⁷ BOTASSI, C. (coordinador), (2000) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; CAIELLA, P. y PITTATORE, P, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes; VILLAFÁÑE, H, “Estado actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires”, *JA SDA*, 3 de noviembre de 2004, pág.7.

de justicia revisora de la actuación formal de la administración, se establece un amplio abanico de pretensiones procesales, entre las que se destaca la posibilidad de accionar ante una omisión estatal en materia social –pretensión prestacional⁴⁸-, se incorpora una gran variedad de herramientas cautelares, y, aunque no se eliminan, se flexibilizan algunos requisitos de la habilitación de instancia.

Desde la doctrina más conservadora –acorde con la tradicional justicia contencioso administrativa aún presente en la mayoría de las jurisdicciones locales- se sostiene que la socialización de la justicia es un fenómeno que erróneamente le atribuye funciones al poder judicial que altera el principio de división de poderes, por ejemplo al permitirle controlar y hacer efectivas políticas públicas, transformando nuestro sistema liberal en un sistema paternalista. Así, por ejemplo Roberto Luqui, al efectuar una dura crítica a las transformaciones que traen aparejada la socialización de la justicia, afirma “Esta tendencia socializante se manifiesta por varias acciones concurrentes. La primera es el reconocimiento de nuevos derechos e intereses, que vendría a configurar el núcleo de la cuestión. Las restantes, que podríamos considerar instrumentales, consisten en ampliar la legitimación activa, aumentar las facultades de los jueces, simplificar los procesos y extender el efecto de las sentencias”.⁴⁹

Todas estas prerrogativas -que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado⁵⁰-, que se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de derechos

⁴⁸ Ampliar en CABRAL, P O, “La pretensión prestacional en el proceso contencioso Administrativo Bonaerense”, en la obra de BASTONS, J L, *Derecho Público para Administrativistas*, Librería Editora Platense, La Plata, 2008; y en “La pretensión prestacional frente a la inactividad material de la Administración” y “Puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo y entrada en vigencia de su nuevo código procesal”, en la obra de ISABELLA, D, (2010) *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2010.

⁴⁹ LUQUI, R E, “Socialización de la Justicia”, *La Ley*, 16 de diciembre de 2011, p.3.

⁵⁰ CASSAGNE, J. C, (1989) *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.⁵¹

En ninguna de las normas procesales vigentes en las distintas jurisdicciones se efectúa una atenuación o flexibilización de los requisitos de admisibilidad de la acción o de medidas cautelares o de los efectos de la sentencia, respecto de los grupos sociales desaventajados económicamente o de aquellos que pretendan hacer valer derechos fundamentales vinculados a su situación social. Es decir, las leyes procesales administrativas hoy en vigencia y aplicación en todos los ámbitos de nuestro país no efectúan tutela procesal diferenciada alguna.

b) La necesidad de una justicia administrativa con responsabilidad social⁵²

El Judicial es un poder complejo- integrado por varios órganos- compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

⁵¹ SAGGESE, F. (2009) *El derecho a un nivel de vida adecuado*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009: “En efecto: las acciones judiciales tipificadas por nuestro Derecho han sido pensadas y diseñadas para la protección de los derechos clásicos (civiles y políticos); lo cual además repercute negativamente en la procura de la protección para los derechos sociales, así como en problemas vinculados con la incidencia colectiva en la legitimación activa; la restricción probatoria en los procesos tradicionales; las medidas a disponerse en casos de omisiones estatales; y la dificultad de ejecución de las condenas contra el Estado”, p. 167.

⁵² GOZAINI, O. A., *La Función Social del Juez*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012. Ver también del mismo autor, “*Funciones del juez en los procesos constitucionales*”, www.juridicas.unam.mx.

1) Derecho Continental Codificado: El juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

2) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema- y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.⁵³

Como se sabe los jueces, en nuestro país, -aún luego de la reforma del Consejo de la Magistratura- no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder

⁵³ GELLI, M A, (2002) *Constitución Argentina comentada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”⁵⁴

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objeto en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”.⁵⁵ Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar

⁵⁴ GARGARELLA, R. (2004) *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Bs As, 2004.

⁵⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. (1998) *Democracia, jueces y control de la administración*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.

es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un dialogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, ha sido replanteado interviniendo el máximo tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

El Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa. El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de

una determinada decisión pública institucional. El componente deliberativo se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.⁵⁶

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (En tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de *igualdad de armas*. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos fundamentales⁵⁷.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir

⁵⁶ HABERMAS, J. (1999) *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pág. 244.

⁵⁷ Dejo aclarado que si bien esto teóricamente es así, el correcto funcionamiento del poder judicial se encuentra directamente vinculado con la forma de elección de los jueces y con su real independencia del poder político que lo nombra.

presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del poder judicial, independiente de los poderes formales y reales o fácticos, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado. El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

Es entonces, a partir de esta necesaria contextualización histórica y normativa, que realizaremos un estudio crítico de la Ley 26.854, sin omitir el estado actual de las diversas regulaciones procesales administrativas a las que se suma esta nueva norma procesal.

c) La tutela procesal diferenciada en la nueva ley de cautelares

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante específicas técnicas orgánico- funcionales o procesales, parte del presupuesto de la inexistencia de la

neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.⁵⁸

Roberto Berizonce enseña que *“mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”), consagración en fin del Derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)”*⁵⁹.

A diferencia de lo hasta ahora legislado en la materia, la nueva ley procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico (art. 2º, inc. 2, y concordantes de la Ley 26.854).

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales – en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos

⁵⁸ Ampliar en UCIN, M. C., (2011) *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; NOGUEIRA, J M y SCHAPIRO, H, (2012) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012.

⁵⁹ BERIZONCE, R O, (2009), *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 29 y sgtes.

políticos y sociales)- y derechos patrimoniales –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)-, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que “Los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos –potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”⁶⁰, caracterizándolos como derechos subjetivos –intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas-, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad- e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.⁶¹ Agrega que estos derechos “pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida- o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud-, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un

⁶⁰ FERRAJOLI, L, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

⁶¹ FERRAJOLI, L, “Principia iuris...”, *ob. cit.*, p. 776.

lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos...Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa.”⁶² Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y

⁶² FERRAJOLI, L, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”, p. 722.

sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces- están en la base de la desigualdad jurídica.”⁶³

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distintos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o –por último- las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no

⁶³ FERRAJOLI, L, *Principia iuris...*, ob. cit., p. 718.

es ya *contradicha* sino *no actuada*, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya *contradicha*, sino *violada*, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar.”⁶⁴

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales.

Dicho esto, la protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Observación General N° 4, párr. 11).

Por otra parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea

⁶⁴ FERRAJOLI, L, *Principia iuris...*, ob. cit., p. 752.

por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1º, párr. 2).⁶⁵

El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal⁶⁶. Especialmente en lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa “*Grupo Clarín S. A. y otros s/ medidas cautelares*” de fecha 5 de octubre de 2010⁶⁷, en la que diferenció las distintas necesidades de protección cautelar cuando se trata de proteger un derecho fundamental de cuando se garantiza un derecho de contenido patrimonial. Así lo hizo al afirmar que “*La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas.*”, agregando que “*esta regla requiere ser ponderada en los casos en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial, en las que no está en cuestión la solvencia porque el Estado es demandado.*”. Según la Corte la protección de derechos fundamentales se debe diferenciar de cuando se trata de daños reparables, como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tutiva de los sectores excluidos, debiendo tales

⁶⁵ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁶⁶ En el proyecto de elevación del proyecto de ley se lee: “*Con arreglo a estas pautas, el proyecto de ley que se pone a vuestra consideración tiende a concretar, en una norma jurídica, la más reciente doctrina asumida por el Alto Tribunal en relación con las medidas cautelares frente a las autoridades públicas del Estado Nacional.*”

⁶⁷ CSJN, G. 456.XLVI.

derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas.⁶⁸ En cumplimiento de esta obligación constitucional de respetar los derechos fundamentales de los sectores excluidos protegiéndolos en forma especial y diferenciada, es que nuestra legislatura sancionó la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no sólo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también al momento de disponer una garantía judicial, como la que aquí se analiza.

El máximo Tribunal federal, al reconocer pretorianamente la “acción de clase” en el precedente “Halabi” como una nueva herramienta procesal para garantizar derechos fundamentales, entendió que el acceso a la justicia debe asegurarse en forma diferenciada cuando “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, especificando que el novedoso carril procesal será procedente “en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.⁶⁹

Sin perjuicio del mantenimiento de los requisitos tradicionales que regulan la materia desde antaño y cuya constitucionalidad no ha sido declarada por ningún órgano judicial a pesar de existir robustos argumentos para hacerlo, como se anticipó, la pretensión cautelar contra el Estado Nacional resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias

⁶⁸ CSJN, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.”, res de fecha 24-08-2012.

⁶⁹ CSJN, Causa H. 2070.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN s/Amparo”, sentencia de fecha 24-02-2009.

tales como el derecho a una vida digna, a la salud, al ambiente, derechos de carácter alimentario o en lo que se afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. Ello es así porque la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección procesal diferenciada.

IV. La protección cautelar de los derechos fundamentales de la ley 26.854⁷⁰

El nuevo régimen procesal dispone una especial protección judicial en aquellos casos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. Además establece que también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, sostuvo que “También debe evaluarse el alcance de los derechos expresamente tutelados, “a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria”, e incluso el de “un derecho de naturaleza ambiental”, y la omisión de otros tales como la integridad física, psíquica y emocional, la libertad personal, la libertad sindical, el acceso a la información pública, o la educación, entre otros.”⁷¹

La interpretación que los magistrados efectúen al aplicar la ley 26.854 deberá considerar que los derechos humanos se caracterizan por su interdependencia e indivisibilidad⁷² y esto

⁷⁰ Un análisis detallado de la norma se puede leer en; GOZAINI, O A, “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en RATTI MEDAÑA, F S, “Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas”, *DJ*, 17/02/2013, p.95.

⁷¹ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

⁷² GROS ESPIELL, H, (1986) *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986: “Los derechos del hombre constituyen

implica que la protección específica dispuesta en la norma debe extenderse a situaciones en las que estén en juego o puedan verse afectados otros derechos fundamentales, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los jueces deben aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse a la forma en que estos derechos deben judicializarse, expresó que “La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales de proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.” (Observación General N° 9, párr. 10).

Además es exigible a los integrantes del Poder Judicial que efectúen una interpretación progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁷³

un complejo integral, interdependiente e indivisible, que pese a la subsistencia todavía hoy de hondas discrepancias en cuanto a su respectiva naturaleza y esencia jurídica, comprende necesariamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”

⁷³ Ver, SALVIOLI, F., “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

En materia de derechos sociales, el comité específico ha dicho que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar el que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión de los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en derechos humanos.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 9, párr. 14).

Así, tal como lo explica el informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNLP⁷⁴, es necesario determinar algún parámetro válido de medición para identificar a los “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” que la ley protege especialmente. No caben dudas que esa será una tarea de la interpretación judicial, pero no obstante ello, podemos aquí replicar algunos conceptos de utilidad para dicha labor.

Adquiere relevancia en esta tarea hermenéutica determinar el sujeto de la tutela procesal diferenciada, identificando a tales efectos a los grupos vulnerables, entendiendo que lo integran aquellos que, ya sea por razones o condiciones económicas, sociales, culturales o legales, en general, hegemónicas o dominantes, y de carácter discriminatorio se ven especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos.⁷⁵

Esta técnica procesal de diferenciación positiva parte de la idea de beneficiar a través del derecho a las personas y grupos

⁷⁴ Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar): “Dicha norma merece un estudio profundo en perspectiva de derechos humanos, siendo, sólo a título de ejemplo, inicialmente preocupante la limitación de su ámbito de aplicación, como así también la ambigüedad con las que se expresan los supuestos protegidos en el artículo 2. Así, se habla de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” sin determinar parámetros válidos de medición...”

⁷⁵ WLASIC, J C, (2011) *Manual Crítico de Derechos Humanos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.

vulnerables, mediante medidas especiales que atiendan a sus necesidades propias, para ello resulta determinante incorporar “como un elemento significativo, de imprescindible consideración, la situación de la persona en su identificación con los colectivos vulnerables, hilvanándose desde allí su condición desaventajada en su interacción con la Justicia”.⁷⁶

Como ya vimos, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen como uno de sus objetivos “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1º, párr. 2), agregando el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, a fin de establecer los beneficiarios de las medidas. En su Sección 2º dice el documento que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.⁷⁷

También surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con

⁷⁶ NOGUEIRA, J M y SCHAPIRO, H, (2012) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, p.60.

⁷⁷ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

discapacidad⁷⁸; los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad. Dicho esto, volvamos al texto de la ley en estudio y veamos sus alcances.

a) La vida digna según la Convención Americana de Derechos Humanos

La nueva categoría de casos tutelados en forma diferenciada se destaca aquellos en que se encuentre comprometida la vida

⁷⁸ En el sistema universal, entró en vigor en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por la Argentina el 2 de septiembre de 2008, mediante el dictado de la ley 26.378 -sancionada el 21-05-08 y promulgada el 6-06-08.). A nivel regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableció por su parte, que toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Así, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito como: ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; y estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena. En el año 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ratificada por Argentina el 10 de enero de 2001 mediante el dictado de la ley 25.280 -sancionada el 6-07-00 y promulgada el 31-07-00-) la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Por otra parte consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Por último se aprobó en la Asamblea General de la OEA la Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad -2006/2016-.

digna conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que es una cuestión fundamental para toda persona, poder desarrollar su vida de manera tal que no vea vulnerada su dignidad más elemental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP destacó que “se alude al caso en el que “se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” sin que el referido instrumentos recepte de ese modo al derecho señalado. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un valioso desarrollo del llamado “proyecto de vida”, la construcción jurídica no es pacífica en la producción del tribunal, ya que en casos que han sido fácticamente similares no siempre ha referido al “proyecto de vida” o a la “vida digna” en sus abordajes al interpretar y aplicar el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica”⁷⁹. Si bien la crítica es correcta en cuanto a la imprecisa técnica legislativa de remisión, no existen dudas interpretativas respecto a que la norma hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal regional que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, pues de lo contrario se caería en el absurdo de entender que los legisladores hicieron una remisión al vacío. Por otra parte –en cuanto a los alcances que la Corte le ha dado al concepto “vida digna”- la interpretación judicial de las decisiones de dicho órgano interamericano debe realizarse de una forma progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de

⁷⁹ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁸⁰

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), estableció su criterio jurisprudencial sobre la amplia dimensión o alcance del derecho fundamental a la vida, abarcando también las condiciones de una vida digna. Dijo el Tribunal que: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”

Además de la fuente regional el concepto debe complementarse con lo establecido en los siguientes tratados de derechos humanos: art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. I de la Declaración Americana de Derechos Humanos; art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, en adelante PSJCR); art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante DCP); art. 6 de la Convención de Derechos del Niño; art. 11 del PIDESC y el art. 27.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que hacen referencia a

⁸⁰ Ver, SALVIOLI, F., “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

un “*nivel de vida adecuado*”, con fundamento en lo vertido en el voto concurrente conjunto de los jueces Antônio A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Villagrán Morales y otros*” cuando dicen los mencionados jueces que “*La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho a vivir con dignidad*”.

Partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la referida normativa internacional -incorporada por nuestra constitución al ordenamiento nacional- se puede entender por derecho a un nivel de vida adecuado aquel que asegura a la persona y su familia un servicio eficiente de salud, de acceso a la alimentación, al agua y vestido necesario, a un medio ambiente apto para el desarrollo, de disfrute de una vivienda adecuada, de un servicio de seguridad social para casos de desempleo, enfermedad, viudez y otras situaciones de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de las personas, comprendiendo, en general, el derecho a que el Estado brinde y garantice todas las prestaciones sociales necesarias para concretar una vida digna.⁸¹

Finalmente, como explica Krikorian, “así como hay una sola dignidad humana, los derechos humanos que permiten hacerla realidad son también indivisibles”⁸², de lo que se desprende que la enunciación realizada en el artículo 2º, inciso 2 de la nueva ley de medidas cautelares no reviste carácter taxativo ni es un número cerrado de situaciones, por el contrario, la lectura que debe hacerse del mismo se impone generosa, progresiva y abarcadora de otros derechos no enumerados como a la educación, a la vivienda, a un ambiente sano, a la cultura, al agua, a la seguridad social, etc., que –como vimos- llenan de contenido al concepto de vida digna.

⁸¹ Ver SAGGESE, F. (2009) *El derecho a un nivel de vida adecuado*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009.

⁸² KRIKORIAN, M. (2013), *Derechos Humanos, políticas públicas y rol del FMI. Tensiones, errores no asumidos y replanteos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2013, p.35.

b) El derecho a la salud

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendentes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros -tanto del Estado como de otros particulares-, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendentes a asegurar la asistencia médica -derecho a la atención o asistencia sanitaria- una vez producida la afectación a la salud.⁸³

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965;

⁸³ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley* 2001-D, 22.

en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

Así la CSJN ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)”⁸⁴

⁸⁴ CSJN, I. 248. XLI. RECURSO DE HECHO causa “I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/amparo”, res. del 30/09/2008.

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre la medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2º.1, PIDESC).⁸⁵

c) Los derechos de naturaleza alimentaria

La protección a los derechos de naturaleza alimentaria tiene raíz constitucional, por lo que adquiere particular relevancia el análisis de los tratados internacionales que dan sustento al derecho alimentario conjuntamente con las normas fundales, como las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de manera especial, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, la previsión legal respecto de los derechos de naturaleza alimentaria se encuentra en línea con los principios y garantías constitucionales vinculadas al Derecho del Trabajo, como la justicia social y el resguardo de la dignidad del trabajador en un marco de progresivo desarrollo social (arts. 14 bis

⁸⁵ CSJN, caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho, 24/10/2000. CSJN y CNContenciosoadm.Federal, sala I, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, fallos de 1/6/2000 y 5/3/1998 -LA LEY, 1999-F, 749 (42.063-S)-, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, caso “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, 2/9/1997; CNContenciosoadm.Federal, sala IV, caso “Viceconte, Mariela c. Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2/6/1998 -LA LEY, 1998-F, 305-; CNCiv., Neuquén, sala II, caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/5/1997.

y 75 incs. 19 y 22, C.N.; 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica).

El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, y en el párrafo 2 del artículo 11 reconocen que posiblemente deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” y la malnutrición. El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párrafo 1 del artículo 11 “para sí y su familia” no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad de este derecho a los individuos o a los hogares dirigidos por una mujer.

Por otra parte la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, referida al derecho a una alimentación adecuada (Art. 11 PIDESC) dispone que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. Los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos deben ocuparse de las violaciones del derecho a la alimentación.

Nuestra CSJN, ordenó cautelarmente en la causa “Esquivel”⁸⁶ que el Estado de la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de Quilmes provean alimentos necesarios para la familia accionante, con seis niños con severos cuadros de desnutrición, a fin de asegurar una dieta que cubriese las necesidades nutricionales básicas. A similar solución llegó el Tribunal en las causas “Rodríguez, Karina”⁸⁷ y “Quiñone, Alberto”⁸⁸. También en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra”⁸⁹ la Corte ordenó al Estado Nacional y a la provincia del Chaco suministrar agua potable y alimentos para ciertas comunidades indígenas que se encontraban en condiciones de extrema vulnerabilidad social.

d) Los derechos ambientales

El derecho a la preservación del medio ambiente está expresamente reconocido en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43, en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 Constitución nacional- y en numerosas normas sobre defensa ambiental a nivel nacional, provincial y municipal.⁹⁰

El “derecho ambiental”, es un derecho a la vida, pues sirve para proteger la integridad física de la persona y es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege asimismo su integridad moral. Así el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psico-físico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos

⁸⁶ CSJN, Fallos 329:548, sentencia del 07-03-2006.

⁸⁷ CSJN, Fallos 329:553, sentencia del 07-03-2006.

⁸⁸ CSJN, Fallos 329:2759, sentencia del 11-07-2006.

⁸⁹ CSJN, Fallos 330:4134, sentencia del 18-09-2007.

⁹⁰ FALBO, A J y HUTCHINSON, T, (2011) *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. El tratamiento de los temas de derecho ambiental requiere una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

La cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución nacional implica el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como que la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditada en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente.

La normativa ambiental aplicable, debe interpretarse en consonancia con las reglas y fines que, con sentido eminentemente protector, instituye el régimen constitucional al consagrar derechos, atribuciones y deberes fundamentales, en la cláusula del artículo 41 de la Constitución Nacional. Tales enunciados normativos determinan que todos los habitantes tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, recayendo, primordialmente sobre los poderes públicos -incluyendo obviamente el municipal- el deber de conservarlo y protegerlo.⁹¹

V. La efectivización de los Desc en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Al ingresar a esta cuestión, quisiera dejar establecido que por una cuestión didáctica el análisis de la nueva ley frente a la

⁹¹ Ampliar en BOTASSI, C A, (1997) *Derecho Administrativo Ambiental*, Librería Editora Platenense, La Plata, 1997; MORELLO, A y CAFFERATTA, N A, (2004) *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

protección internacional de los derechos humanos se dividirá en dos puntos; el primero dedicado a la protección judicial efectiva, prevista como una garantía vinculada a los derechos civiles y políticos, y el segundo a fin de abordar la judicialización de los derechos económicos sociales. Esto no implica desconocer la interconexión de todos los derechos humanos y la superficialidad de la división de los mismos en las clásicas categorías temporales.

a) La Tutela Judicial Efectiva

Dentro del concepto genérico de “tutela judicial efectiva” se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintas etapas de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos. Como veremos, la nueva ley se enmarca en la normativa internacional que garantiza el acceso irrestricto a la justicia debiendo recordarse que la tutela cautelar no es un proceso independiente que convierte en autónomo al derecho protegido por la pretensión de fondo. Como lo explica Gozaíni, se trata de una garantía específica atada al concepto global del debido proceso e incorporada al principio de tutela judicial efectiva. Al respecto, sostuvo el referido profesor que: “en nuestra Constitución no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar, en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal, debe conseguir reaseguros de su eficacia, siendo éste el que reclama una colaboración y no el derecho del que peticiona... A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que efectúe con independencia del proceso donde interviene”.⁹²

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria

⁹² GOZAINI, O. A., “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13, p.2.

que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó aglutinando en un concepto más amplio y general todos los derechos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

El art. 24 inc. 7 in fine del decreto ley 1285/1958, luego de establecer que la Corte decidirá las cuestiones de competencia y los conflictos entre jueces y tribunales que no tengan un superior común, dice que: “Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”. A partir de esta norma la Corte Suprema de Justicia de la Nación configuró jurisprudencialmente el concepto de “efectiva privación de justicia” que habilita su intervención a fin de restablecer la vigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio⁹³. Ha dicho al respecto que “la privación de justicia no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón cuando están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común”⁹⁴.

La obligación estatal de facilitar el acceso a la justicia dispuesto constitucionalmente, según interpretó la CSJN, “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia de sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio

⁹³ Ampliar en AMADEO, J L., (1998) *Privación de justicia. Según la jurisprudencia de la Corte*, 1998, Ed. Ad-Hoc.

⁹⁴ Corte Sup., Fallos 305:504

legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”.⁹⁵

Augusto Morello ha dicho que “el significado literal de debido proceso de ley, es, el de un proceso justo. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos”⁹⁶.

A nivel internacional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6) y en el Pacto de San José de Costa Rica de Derechos Humanos (art. 8 y 25)⁹⁷.

En nuestro país, la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.) a nuestra Constitución Nacional, a través de su art. 75 inc. 22, trajo como consecuencia la ampliación de las garantías y la creación del concepto de tutela judicial efectiva⁹⁸.

En el ámbito de las Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece las garantías judiciales en su artículo 14⁹⁹. En dicho ámbito el Comité de Derechos

⁹⁵ CSJN, H. 270.XLII, causa “Halabi, Ernesto c/PEN –Ley 25.873- dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.686”, res. del 24-02-2009.

⁹⁶ MORELLO, A M., (1994) *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*, 1994, Ed. Platense/Abeledo-Perrot, p. 230

⁹⁷ HETERS, J C., (1993) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1993, Ed. Ediar.

⁹⁸ COLAUTTI, C E., “El Pacto de San José de Costa Rica”, 1989, Ed. Lerner; TRAVIESO, J A., “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 1996, Ed. Heliasta; GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, 1997

⁹⁹ Art. 14: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal

Humanos emitió la Observación General N° 13, reemplazada luego por la Observación General N° 32, que en su inciso 8 dispuso que “El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna.”

El art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁰ obliga jurídicamente a los Estados parte a garantizar el servicio judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales. Este derecho a la protección judicial debe ser complementado con la enumeración de garantías y derechos específicos dispuestos en el art. 8 CADH.¹⁰¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el informe 105/1999¹⁰², interpretó los arts. 8 y 25 CADH., al afirmar que “de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable”.

En el mismo informe la Comisión realizó una amplia interpretación del principio de la tutela judicial efectiva, llevando sus efectos más allá del acceso a los tribunales, al decir que: “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la

competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil ...”

¹⁰⁰ Art. 25: “1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ...”

¹⁰¹ Art. 8: “1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías ...”.

¹⁰² Publicado en LL 2000-F-594 con comentario de BOTASSI C. “*Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*”, p. 1 y ss.

garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.

b) La judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰³

Tanto a nivel federal, como en el ámbito provincial bonaerense y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la revisión judicial de las políticas públicas y la consiguiente efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales es competencia de la justicia contencioso administrativa. A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados

¹⁰³ ABRAMOVICH, V y COURTIS, C: “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, Editorial Trotta, Madrid, 2002. ABRAMOVICH, V y COURTIS, C: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.; ALEXY, R: *Teoría del discurso y los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 1, Bogotá, 1995; ARANGO, R: *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Legis Editores S.A, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005; BALDASARRE, A: *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; BARROS, I; VAZQUEZ, N y BERLAK, M: *Guía para la elaboración y diseño de proyectos*, Dirección Nacional de Asuntos Comunitarios, Buenos Aires, 1999; BOBBIO, N. *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993; AÑON ROIG, M J: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; BAUMAN, Z: *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires, 2006; ABRAMOVICH, V; AÑON, M J; COURTIS, C: *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003; CELS. LITIGIO ESTRATEGICO Y DERECHOS HUMANOS; *La lucha por el derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008; CONTRERAS PELAEZ, F: *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994; HELLER, H. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992; FERRAJOLI, L. *El Garantismo y la filosofía del Derecho*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, N° 15; GARGARELLA, R. *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona 1996, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005; GARGARELLA, R. y OVEJERO, F. (Comp): *Razones para el Socialismo*, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2001; GRIMM, D.: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006; GIL DOMINGUEZ, A. *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005; DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005; ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. (Comp), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción bonaerense nuevos fueros descentralizados con competencia material de derecho público. La puesta en funcionamiento de estos nuevos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los estados y la garantía de los derechos sociales en dicho ámbito judicial que pudo desarrollarse a partir de la aplicación de normas internacionales de protección de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Este tratado internacional protector de los derechos sociales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, según interpretó el Comité de DESC esta cuestión en su Observación General N° 9¹⁰⁴; “los Estados Partes que pretenden justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”

Al distinguir en los niveles de protección cautelar según el derecho que se halle en juego, no hace otra cosa que priorizar la protección de las personas más desaventajadas en el goce de sus derechos fundamentales, cumpliendo con la directriz dispuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que establece que respecto

¹⁰⁴ FAIRSTEIN, C y ROSSI, J., “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, p.327-349, Ed. Ad Hoc, N° 0, 2001.

de estos derechos “*Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial*” y agregando que “*Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás.*”(OG N° 3, párrafo 11).

La Observación general N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también dispone que; “5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no auto-ejecutables.”

Por su parte la Observación General N°9 del mismo Comité establece que “El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante

los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”

El Comité también indicó en su Observación General N° 9 lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten

su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.” En este marco normativo, la ley en análisis se muestra como una herramienta eficaz en el ámbito interno para garantizar la efectivización de los derechos sociales y ambientales a través de la intervención oportuna del Poder Judicial.

VI. Conclusión

Las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales, y requieren de “un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo, el medio ambiente y otras prerrogativas

de la interpretación”¹⁰⁵. Así, en este marco de verdaderos “procesos de solidaridad” para la efectividad de los derechos sociales fundamentales¹⁰⁶ consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, la ley 26.854 articula normativamente un proceso cautelar indispensable para asegurar su efectiva operatividad.

Nuestro sistema judicial, y en especial la justicia administrativa, desde su origen se estructuró procesalmente como una construcción legal discriminatoria que dificultó e imposibilitó aún hasta hoy, el acceso a la tutela judicial efectiva por cuestiones económicas, sociales y culturales, debiendo entonces el Estado adoptar medidas concretas para revertir esta antigua tradición de desprotección de los más necesitados. Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias” (Comité Desc; Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes -párrafo 1 del artículo 2 del Pacto-).

Por ello considero imperioso, en esta etapa histórica gestacional de un nuevo paradigma en la distribución social de derechos, construir teóricamente un sistemas de ideas en el que la unidad de la actividad del Estado -bajo un nuevo régimen común de derecho público- sea una herramienta eficaz para garantizar la efectividad de los derechos sociales y ambientales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social de nuestra Nación.

Es así que es imprescindible lograr mediante una efectivización de los llamados derechos sociales y ambientales una estructura económica que garantice una disminución de las desigualdades económico-sociales y la inclusión de sectores de la población excluidos y marginados. Para ello, la función del

¹⁰⁵ BERIZONCE, R. O. (2009) *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 10 y sgtes.

¹⁰⁶ Ampliar esta conceptualización en ARANGO, R. (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005.

Estado, la construcción de políticas públicas adecuadas, la transformación de los servicios públicos y la edificación de una ciudadanía social y participativa son problemas que deben ser abordados desde el derecho administrativo con una visión políticamente igualitaria. Además el sistema institucional requiere el acompañamiento de un poder judicial que concrete la revisión de políticas públicas sociales de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a la ciudadanía más desaventajada.

Así, esta ley avanza en la materia al reconocer expresamente la justiciabilidad de los derechos ambientales y protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada. Esta tarea debe ser acompañada por una justicia con un alto grado de responsabilidad social.

VII. Ponencias

1. La ley 26.854 establece una tutela procesal diferenciada respecto del derecho a un ambiente sano.
2. La justicia administrativa debe actualizar su estructura, procedimientos y conformación a fin de cumplimentar su función con responsabilidad social.
3. Es necesario profundizar mecanismos de protección procesal de los grupos socialmente vulnerables para efectivizar sus derechos sociales y ambientales.



ENTREVISTAS

ABRAZO

Aquí, debajo de este árbol
Sobre esa rama azul
Hemos vivido
Yendo hacia la raíz
Que acuna el abrazo de las hojas,
Mecidas por el tramposo tiempo,
Con el corazón acariciado apenas
Por ese tronco
Que ahora deslíe
El alma,
Por donde
Sube, aroma a pájaro golpeado,
El recuerdo
Latido verde
Hoja
cuenco
niña
araña
Trino de quartz
Gorgeo de estrella

Autora: Claudia Marcela López

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Eva*

Serigrafía sobre papel. 45 x 50 cm, 2013.

Entrevista al Dr. Luis Federico Arias

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 677-693

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e211>



Luis Arias fue destituido de su cargo como juez titular del juzgado contencioso administrativo nro. 1 de La Plata en un proceso plagado de irregularidades. El juri de enjuiciamiento que lo llevó adelante, compuesto por cinco conjuces legisladores y cinco conjuces abogados, se pronunció por su remoción en fallo dividido.

La entrevista con parte del Staff de esta publicación, se realizó en la sede de la Secretaría de Relaciones Institucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata el pasado jueves 13 de septiembre.

“...voy a estar presente en diversas organizaciones con la finalidad de mejorar, de proyectar transformaciones en el poder judicial y a favor de los derechos. Creo que esa va a ser mi tarea a futuro. Hay mucho por hacer, necesitamos un poder judicial plural” sentenció el Dr. Luis Arias en diálogo con ReDea.

REDEA: La primera pregunta tiene un carácter histórico, le pedimos que nos comente el nacimiento del fuero contencioso-administrativo en la Provincia de Buenos Aires, esa experiencia de lucha, ¿cómo sentía usted en ese momento que podía desarrollarse este nuevo fuero?

ARIAS: Es histórico, pero vigente...creo que los motivos que demoraron en su momento la implementación del fuero en lo

contencioso administrativo, porque los jueces estuvimos cuatro años designados sin poder asumir, fueron los mismos que acarrearón mi destitución. Es la resistencia de los restantes poderes constituidos y los poderes fácticos también de ser controlados y quedar expuestos, sobre todo en el déficit de las políticas públicas vinculadas a la protección de los derechos fundamentales, que adquirieron en el fuero contencioso administrativo una expansión enorme porque, a la par que se reformó la Constitución de la Provincia de Buenos Aires creando este fuero especializado, se incorporaron los tratados de derechos humanos y derechos sociales en la Constitución Nacional. Por esa razón, provocó un impacto en el fuero contencioso-administrativo, que hasta ese momento había sido un fuero (estando en manos de la Corte provincial) dedicado a cuestiones de empleo público algunas, o otras previsionales, pero fundamentalmente era un fuero de la patria contratista, donde había muy pocos profesionales, contados con los dedos de la mano, que conocían la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que interpretaba un código que ya tenía casi cien años, y esa jurisprudencia era fundamental para poder cumplir con los extremos de admisibilidad de la acción. Es decir, ese conocimiento estaba en manos de pocos abogados y funcionarios que trabajaban en la Corte... y solamente ellos podían explicar como funcionaba el fuero contencioso administrativo. Bueno, todo esto se transformó, cambió con esta nueva jurisdicción que dejó de ser un fuero de personas vinculadas a la contratación pública, y al menos desde mi lugar, la intención fue abrir un espacio para que la ciudadanía, sobre todo los sectores más vulnerables, pudieran reclamar por sus derechos frente al Estado. La omisión en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales abrió un espacio de litigiosidad enorme... en materia de salud, de vivienda, de trabajo, de protección de derechos de los trabajadores estatales, creo que adquirió una expansión que hubiera sido impensada desde el momento mismo que se generó esta jurisdicción...

REDEA: Habría que preguntarse si los constituyente de 1994, a la hora de reformar la Constitución Provincial, pudieron imaginar esta expansión y este aumento de la litigiosidad, sobre todo en estos temas que está comentado de derechos sociales, empleo público... habrán imaginado lo que podría ocurrir con la creación del fuero contencioso administrativo ?

ARIAS: Yo creo que si, al menos los convencionales constituyentes que trabajaron en este tema. Fundamentalmente pienso en Daniel Soria y Sonia Herrera (esta última ahora es secretaria en el Juzgado al cual yo pertenecía). Creo que ellos tuvieron la voluntad instaurar una nueva jurisdicción...las versiones taquigráficas de las sesiones de la Convención Constituyente, Pablo Cabral lo ha señalado en un trabajo de su autoría, la convencional Sonia Herrera decía que éste ha sido un fuero para ricos, y esto es lo que pretendemos transformar.

REDEA: En relación a esa revisión de la función administrativa que genera derechos o la falta de esa política pública, llevó en un principio a cierta doctrina tradicionalista denunciar una injerencia del Poder Judicial sobre la actividad política y se decía que se había judicializado la política. Tal vez sí se judicializó la política en un sentido positivo. Ahora estamos viviendo el mismo fenómeno, pero con otro rasgo, donde las cuestiones políticas son resueltas en los tribunales. Son como dos visiones opuestas utilizando un mismo fenómeno, el Poder Judicial puede actuar garantizando derechos, pero también puede actuar persiguiendo a opositores políticos por ejemplo, y a partir de ese doble mecanismo que puede tener el Poder Judicial, cuál sería su reflexión y que acciones se podrían implementar para revertir este problema...deberíamos pensar tal vez en otra forma de constituir el poder judicial?

ARIAS: Yo creo que son situaciones diferentes. Si la judicialización de la política es el control de legalidad de la gestión administrativa en ámbitos donde antes no había controles, bienvenida la judicialización de la política, porque ello tiende

a garantizar derechos. Pero otra cosa es cuando la justicia avasalla derechos. Lo que estamos viendo hoy, en el orden federal fundamentalmente, es una subversión del orden jurídico y a mí me sorprende que las autoridades de las instituciones académicas no digan nada al respecto. Primero viene la condena, la estigmatización y luego la justificación de ese accionar. El caso emblemático fue el de Milagro Sala. Primero se la puso en prisión, interpretando un artículo del código penal, el artículo 128 referido al entorpecimiento de los servicios públicos, que los jueces penales nunca la aplican frente a la protesta social, lógicamente, cualquier protesta implica un “entorpecimiento de los servicios públicos”, pero se supone que tenemos un derecho de peticionar a las autoridades, o el derecho a la protesta en sí mismo, son superiores, los servicios públicos deben ceder en algunos casos a un derecho de mayor jerarquía. Por eso los jueces nunca aplicaron esa figura, aquí si aplicó esa figura y fue una excusa para poner presa a una dirigente social. Después se buscó la forma de encausarlo, incluso cambiando actores judiciales, poniendo miembros en el Superior Tribunal afines al gobierno para poder convalidar esas decisiones, buscando las formas de incumplir las resoluciones de la Corte Interamericana, del sistema interamericano. Todos sabemos, primero debe haber una denuncia, una acusación, tienen que existir pruebas, después un veredicto, una condena y después viene la ejecución de la condena, pero acá se dio lo inverso. Es algo elemental, primero te meten preso y después buscan la forma de justificarlo. Primero te estigmatizan, “este es corrupto” y después empezamos a escabar en el sur para probarle que es lo que se dice que es... Yo creo que el Poder Judicial tiene una disputa de sentido, como en todos los ámbitos. No hay una sola solución jurídica para un caso, hay un rango de racionalidades posibles, dentro de cual los jueces podemos decidir porque interpretamos textos, esos textos son políticos, una constitución es un proyecto político, las leyes son políticas, son dictadas por órganos políticos, los jueces somos parte de un poder del Estado, tenemos visiones políticas diferentes y dentro de toda

esa variedad los textos están en contradicción, los derechos están en colisión muchas veces, entonces digo que hay un rango de racionalidades. Pero otra cosa es utilizar el Poder Judicial con la finalidad de persecución política como está ocurriendo. Reitero, es algo muy grave, me parece que las instituciones académicas tienen que reaccionar, deberían reaccionar. No nos puede suceder, como en la época de la dictadura militar que las facultades de derecho seguían funcionando como si nada mientras se estaban matando y haciendo desaparecer personas, eso es un grave error de las entidades académicas que se ocultan bajo el paraguas de “lo científico”, para mí el derecho no es una ciencia, pero admito a quienes piensan de esa manera y procuran despolitizar los contenidos. Las normas son producto de luchas políticas, por más cercenamiento que quiera el formalismo, el positivismo jurídico, las normas son producto de luchas, de tensiones políticas, de procesos históricos, políticos y sociales...y son aplicadas en contextos históricos, políticos y sociales diferentes, que nunca van a ser los mismo que el contexto de su creación de las normas. Entonces, hay disputa de sentidos, yo creo que la utilización del poder simbólico de la justicia como valor es muy importante para definir qué es lo justo o lo injusto, lo bueno y lo malo, que es lo legal o lo ilegal. Sucede lo mismo que con las teocracias, donde el rey decidía en nombre de Dios, utilizaba a Dios para legitimar sus decisiones...bueno los jueces de algún modo hacemos lo mismo, usamos el valor de la justicia, sacamos a Dios, ponemos a la justicia...y eso es el Poder Judicial. Hoy esa función simbólica se ha desplazado del ámbito de la justicia a los medios, en nombre de la verdad, de la independencia, de otros valores, que ya no son de la justicia. Son los medios los que han asumido el rol simbólico de juzgar. Se nos pone a juzgamiento a los propios jueces, nos dicen que es lo que está bien hecho y lo que está mal hecho los periodistas, que no han pasado por la facultad de derecho. Nosotros pasamos a ocupar el rol de acusados por la prensa. El problema son los roles y la disputa por la verdad... listo, trazar una línea, una frontera de lo bueno, lo malo, lo

justo y lo injusto y en definitiva de las relaciones de poder, tanto del poder público como de lo privado. Cuando debatimos, por ejemplo, la legalización del aborto...¿qué debatimos?... el poder que tiene la mujer sobre su propio cuerpo. Tanto en el ámbito de la biopolítica como de la política pública, siempre estamos disputando cuestiones de poder. Lamentablemente en las facultades de derecho, producto de una deformación del positivismo que aún se enseña con un bisturí metodológico, como dice Correa, recorta, cercena realidad y quita las normas de su contexto. Eso es un escudo perfecto para legitimar cualquier autoritario o dictatorial porque nos refugiamos en la norma. La ciencia es legitimadora, lo mismo que la justicia, esa es la trampa del positivismo, deja fuera de lo científico todo lo más rico. Parafraseando a Lacan, “el matrimonio es la castración del amor”...el positivismo es la castración del derecho...porque le quita todo aquello que le da vida, no se puede comprender el derecho sino es en su contexto.

REDEA: Volviendo un poco a la Provincia de Buenos Aires y a su destitución como juez en lo contencioso administrativo por un juri de enjuiciamiento, recordamos dos casos conocidos por los medios, el del Juez Gallardo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Defensor General de la Provincia de Santa Fe, el Dr. Gabriel Ganon. Este tipo de sanciones seguramente tienen un efecto ejemplificador para el resto de los jueces y de los funcionarios judiciales en general. ¿Cómo ahora un juez se va animar a dictar una medida cautelar suspendiendo una contratación por ejemplo, u ordenando a un funcionario que cumpla una obligación bajo astreintes, o indicar a la Administración que debe brindar algún servicio? Si nos ponemos en el lugar de esos jueces, seguramente van a considerar la experiencia que Ud. debió afrontar y podemos inferir que dudarán antes de tomar una medida, esto es algo muy grave...

ARIAS: Es muy buena esa observación. Muchos periodistas me preguntan....y como se siente ahora Usted? ...y yo les digo que no es una cuestión personal. He trabajado diez años en la

profesión antes de ser juez y podría volver a ejercerla, tengo ofertas de trabajo, no me va a faltar trabajo a mi. El problema aquí es institucional. Es este disciplinamiento que uds. mencionaban lo mas grave. Creo que si se ven los efectos, yo siempre comento que cuando decidimos suspender los aumentos tarifarios eléctricos en la provincia de Buenos Aires, interpretábamos que el artículo 42 de la Constitución nacional, que prevee el derecho de la información y la participación de los usuarios, es operativo. Por mas que el marco regulatorio no establezca ninguna obligación al respecto, siempre debe haber una audiencia pública. Ya que la audiencia pública es la forma en que se hacen efectivos esos derechos. Los servicios públicos tienen un déficit democrático. Siempre se sientan los empresarios con los gobiernos, acuerdan las tarifas y el usuario quien es el que las tiene que pagar no está presente en esa mesa de negociación. Bueno, por lo menos tiene que haber un derecho a la información y a la participación, y la información debe ser previa ya que no puede haber participación sin información. Por eso es que ahora se pidió la nulidad de ésta audiencia última en el tema del gas. Bien, cuando yo decidí eso, éramos cerca de cincuenta jueces en todo el país que estábamos suspendiendo el aumento tarifario. Nos dábamos cuenta de lo que iba a suceder si las tarifas impactaban en la pequeña y mediana empresa, no solamente en los hogares. Se iban a perder miles de puestos de trabajo. Hoy, que la situación es mas grave aún porque la gente no puede pagar los servicios y a pesar que tenemos el fallo “CEPIS” de la Corte Nacional donde se pusieron límites claros a la potestad tarifaria del Estado, no hay ningún juez en todo el territorio nacional que suspenda el aumento tarifario, de ningún servicio. Y esto es así, no solo por mi destitución, las consecuencias que han padecido algunos jueces, como el caso de Martina FORNS, donde hubo una granada del ejército argentino, que no sabemos cómo salió de los cuarteles, y más allá de no saber si estaba apta o no para ser detonada, el efecto intimidatorio es tremendo, es como el arma de juguete en el derecho penal que logra el efecto deseado, una granada en un

contenedor a metros de su casa. Además echaron a su marido de la Administración Pública, amenazaron a sus hijos. Además la Corte le hizo una fuerte reprimenda, desde mi punto de vista hasta diría que trasuntaba una intención misógina. Hay que leer ese fallo de la tarifa eléctrica. Ya estaban los nuevos integrantes de la Corte Rosatti y Rosenkrantz. Creo que estas cosas impactan hacia el interior del poder judicial, es un mensaje hacia el interior del poder judicial, marcando el límite. Alguien dijo alguna vez que el derecho se parece a la tarea de un cartógrafo, poner el límite, creo que de esto se trata, “hasta acá no avancen”, “decidan todos los conflictos jurídicos que quieran decidir, pero no avancen sobre las decisiones políticas y económicas, porque pueden sufrir consecuencias...”. Este es el mensaje, y lógicamente el poder judicial tiene una cultura organizacional que invita al descompromiso, porque el sueldo al juez o al fiscal se lo pagan igual, se comprometa o no. Resulta más conveniente no confrontar con los poderes fácticos y constituidos porque eso te puede traer problemas...

REDEA:....y vaya si a Ud. le trajo problemas...

ARIAS: Exacto, por eso lo que conviene es siempre estar bien con el poder, porque además, el futuro, si uno quiere hacer carrera judicial, depende de eso. Que los poderes te seleccionen...es una cultura que naturalmente invita a eso...pero ¿cuál es la contracara de eso?, que se sacrifican derechos permanentemente en función de esa comodidad. Creo que tiene costos muy altos el descompromiso, que es una faceta cultural del poder judicial, y si a eso le sumamos la destitución, el amedrantamiento hacia ciertos jueces, se termina de consolidar esta posición de apoltronamiento que tienen la mayoría de los jueces dentro del Poder Judicial.

REDEA: Ud. ejerció la magistratura durante diversos gobiernos, primero la gestión de Felipe Solá, luego Scioli y ahora a Vidal...

ARIAS: Si, y durante la implementación del nuevo fuero a Carlos Ruckauf...

REDEA: Sabemos que su conducta como magistrado siempre ha sido igual, independientemente del gobierno que estuviere,... desde unas de las primeras sentencias suspendiendo el dragado del Río Salado, hasta las últimas vinculadas con el servicio de gas, o la vinculada a los conflictos con los docentes...siempre ha mantenido la misma línea durante todos estos años, independientemente del poder político. Sabemos que el anterior gobierno anterior al actual, que era de otro signo político, no estaba conforme con muchas de sus medidas y hasta esto era expresado públicamente, fue criticado por sus medidas cautelares o por sus sentencias, pero nunca sufrió un avance como en el actual gobierno que llegó directamente a expulsarlo del cargo. ¿Ud advierte alguna diferencia entre los gobiernos que se han sucedido en la Provincia de Buenos Aires y la relación con el Poder Judicial?

ARIAS: Si. En primer lugar quisiera aclarar algo. Todos los jueces tenemos ideologías políticas. Es imposible que alguien no tenga una ideología política, aún aquellos que dicen “yo soy apartidario”, bueno esa es una ideología política individualista, es decir, todos tenemos una ideología política, eso es inevitable, es consustancial al ser humano, tener ideas, percepciones de la realidad, incluso tiene que ver como uno ha forjado su subjetividad, con su vida, la de sus padres, su identidad, es imposible despojarse de esas cuestiones. Pero otra cosa una decisión de un juez que sea partidaria. Yo creo que ahí entramos en un terreno de irregularidades judiciales, diría de una cierta corrupción judicial. Que un juez decida de acuerdo a la conveniencia de un gobierno, es una tentación a la que nunca hay que llegar. Pero por otro lado, yo siempre he tratado de transmitir hacia el interior del poder judicial también la idea de la coherencia, todo lo que escribo, lo que digo o lo que pienso es una sola línea, no tiene dobleces, nunca hubo segundas intenciones. Cualquiera lo puede comprobar cotejando mis decisiones con lo que yo digo públicamente o lo que pienso, nunca oculto mi pensamiento, siempre he sido claro en eso. Y por supuesto

que he tenido afinidades con unos gobierno más que otros, pero nunca me torció la pluma. Jamás he decidido anteponer ni afinidades ni enemistades...casualmente en mi destitución, uno de los cargos fue por una causa que inició el actual intendente de La Plata Julio Garro en el año 2009, un amparo electoral, estaba el juzgado 2 de turno, yo ejercía en el nro. 1, en el juzgado 2 no lo quisieron atender, la secretaria se negó a recibirle el amparo aunque estaba de turno, el secretario del nuestro juzgado labró un acta y frente a la insistencia del abogado, se le recibió el amparo, porque no se puede privar de justicia a las personas. El amparo se analizó, consideramos que no había urgencia y denegamos la medida cautelar, pero no se le denegó justicia...y por eso me acusaron de recibir un amparo fuera del horario judicial, en vez de acusar a la jueza que no le recibió el amparo. En fin, se dan este tipo de situaciones...creo que hay que cerrar los ojos y tratar de mantener, no neutralidad, porque es imposible, pero si imparcialidad, que es una cosa diferente. Y yo siempre he tratado de hacer eso, con algunos gobernadores he dictado sentencias que molestaron. Yo he votado alguno de esos gobernadores...pero yendo puntualmente a la pregunta, creo que es normal que haya fricciones entre los poderes, eso demuestra que el sistema funciona, para eso está la división del poder, para que se ejerzan controles recíprocos...ahora, lo disfuncional es que haya unicidad, eso si no sería bueno, pero que haya tensiones está bien. En general a mí me ha pasado que muchos gobiernos que criticaban mis decisiones, pero nunca recibí una presión como ésta, digamos, tan urdida entre bambalinas...las presiones siempre están, a veces eran más bestiales, a mi en 2015 me interceptaron dos patrulleros en la ruta 36 a las 2 de la mañana en plena oscuridad junto a mi familia y se bajó la policía apuntando sus armas contra mí y contra mi familia, esto quedó registrado en un video y no me dejaban circular, me ponían distintas excusas y después de dos horas de estar ahí detenido, yo tenía inmunidad de detención, tuve que llamar al fiscal y labrar una causa por privación ilegítima de la libertad. Es decir, a mí me han pasado estas cosas, pero creo que eran

mensajes de la policía de la provincia, relacionados con problemas que siempre han existido con las fuerzas de seguridad en cuanto sus límites, intervención en los desalojos, denuncias que yo he presentado, pero no una acción premeditada de un gobierno tendiente a desplazar a un juez de su función como sí ha ocurrido en esta última oportunidad. Pensemos que el Procurador General de la Corte [Julio Conte Grand, nota del editor], un alto funcionario de la Provincia, donde vive más del 40 por ciento de la población del país, que tiene a cargo todos los fiscales, los defensores y los asesores de incapaces, se pase una semana y media estando en un juri para acusar un juez y desplazarlo de su cargo tiene que haber una motivación importante. Y este magistrado judicial viene de ser un funcionario de la gestión de la actual gobernadora...entonces, yo no tengo dudas que fue este gobierno tomó la decisión de separarme del cargo, y reitero, hicieron lo que viene ocurriendo, primero toman la decisión y después buscan la forma de legitimarla.

REDEA: Da la impresión que son muy pragmáticos en el manejo con el Poder Judicial. Sacan jueces, echan jueces, nombran jueces de la Corte Nacional por decreto...como que vinieron a cambiar la institucionalidad...y en esto son bestiales...

ARIAS: Si, claro, y no solo eso. Han gobernado de espaldas al Congreso. Han modificado la ley de medios, han eliminado el AFSCA [Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual] a través de un decreto de necesidad de urgencia que yo suspendí en su momento a finales de 2015. También echaron manos a la ley de inmigraciones para limitar el ingreso de extranjeros...de países limítrofes, no de europeos claro está. También permitieron la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna, es un tema muy sensible... también se hizo a través de un decreto de necesidad y urgencia. Se ha gobernado con decretos de necesidad y urgencia... pero eso sí, la legalización del aborto, se hizo todo una escena, donde todo es democrático y dejamos a nuestros legisladores en libertad de acción como para que voten lo que quieran. Eso

fue una puesta en escena para disimular lo otro, estas medidas, que no son las más importantes. Lo más importante fue el endeudamiento brutal de la Argentina, contraído a espaldas del Congreso de la Nación. Es verdad que siempre hay normas que delegan funciones, pero creo que esto ha sido un abuso tremendo. El presidente de la Nación acaba de ser imputado de un delito por haber firmado este convenio con el Fondo Monetario Internacional sin la participación del Congreso. Creo que si se van a comprometer las futuras generaciones, como de hecho se hizo, contrayendo deuda a cien años, no bastaba ni siquiera la aprobación del Congreso, creo que debió haber un plebiscito o alguna forma de democracia directa para decidir semejante cuestión. Entonces, me parece que no hay una voluntad democrática. Hablar hoy del Estado de derecho, división de poderes, de la institucionalidad, me parece una banalidad en este tiempo. Hoy las instituciones económicas arrasan con las instituciones políticas. Hoy, de las cien entidades más poderosas del mundo, solo 31 son países. Y que ocurre...si un país invade a otro país, se desataría una guerra, ¿verdad?. Pero si una multinacional invade un país, no pasa nada. En una república existe división de poderes, en el poder económico existe concentración de poderes. En un país republicano existe publicidad de los actos de gobierno, del otro lado tenemos secreto bancario...es una lucha desigual. Por eso creo que hoy hablar de las instituciones democráticas y republicanas está fuera de época. Me parece que todo el objetivo del derecho de la modernidad fue limitar el poder, desde el postulado de Montesquieu, que decía que todo quien tiene poder tiende abusar de él hasta que encuentre su límite, un postulado fuerte, que no es jurídico, es antropológico, sociológico...de ahí la necesidad de limitar el poder. Bueno, hagámoslo con las corporaciones económicas, que hoy son el poder real. Toda la modernidad versó sobre la limitación del poder. ¿Por qué se crea el derecho laboral? Porque parte de suponer que una desigualdad, la asimetría de poder entre trabajador y empleador. Por eso surge el derecho laboral. Siempre está presente esa necesidad de limitar el poder

en todo el derecho de la modernidad. Para mí, el derecho de la postmodernidad tiene que tomar la posta de lo que nos dejó toda esa etapa y trasladarlo a los poderes reales, a los poderes fácticos, económicos, que son los que dominan, los que invaden países, los que ponen presidentes, y terminan avasallando las instituciones políticas.

REDEA: Una última pregunta, le pedimos que nos cuente el proceso de destitución mediante el jury, brevemente...

ARIAS: Eso es imposible...

REDEA: ¿Está pensando en alguna vía recursiva, impugnar la decisión, incluso en ámbitos internacionales?

REDEA: De algún modo, y salvando las distancias, en algún punto su destitución como juez nos hace pensar en la remoción de la expresidenta de Brasil, Dilma Rousseff. Frente a la utilización de mecanismos institucionales, bajo la apariencia de la legalidad...un ciudadano común...¿ qué podría decir sobre su destitución como juez?

ARIAS: “Algo habrá hecho...por algo será”

REDEA: Pensemos que en estas situaciones no se utilizan mecanismos burdos o vías de hecho para llevar adelante la destitución del funcionario, por el contrario se monta un mecanismo legal, institucional, acompañado de una buena dosis de medios de comunicación afines, y de esta forma de consolida una injusticia que, bajo el ropaje de la legalidad, termina siendo la más dolorosa y coloca al quien la padece en una situación de indefensión.

ARIAS: Si, si, uno de los problemas por los cuales hablo mucho en este tiempo, es porque tengo que explicar todo el tiempo a todo el mundo por qué me destituyeron, y es inexplicable en realidad. Yo les digo, pregúntenles a quienes me destituyeron, no me lo pregunten a mí, yo la verdad, estoy en una situación de indefensión, tengo que explicarlo y ello me lleva horas, pero

si puedo asegurarles que violaron todas las normas del debido proceso, buscaron la forma de acomodar un jurado que le sea conveniente a sus intereses, cuando lo lograron, dentro de una de las denuncias acumularon todas las restantes. Veintiún cargos me formularon y me dieron diez días de traslado con un metro veinte de documentación. Es decir, imposible ni siquiera leerlo. Bueno, nosotros hicimos el esfuerzo, estábamos preparados y contestamos. Nos denegaron todo. Las recusaciones, la propia presidente de la Corte, que a su vez era la presidenta del juri, era la que me había acusado en los sumarios administrativos que dieron lugar a la destitución. La recusamos y decía que no. Los plazos en el juri están previstos para un solo cargo, no para veintiuno. Se debe armar por cada cuestión un jurado diferente, un proceso diferente, no puede acumularse, salvo que exista conexidad subjetiva y objetiva. Es decir que sea la misma persona y los mismos hechos, sino no puede acumularse. Pero ellos acumularon todo. Deberían haber hecho veintiún juris. Las acusaciones son tan endebles que no podrían haber promovido veintiún juris, se les hubieran caído una por una. Pero todas juntas parece que fuera algo terrible. Es como una auditoría a toda mi gestión como juez, que tramité más de 45000 causas, si tuviere veintiún errores, estaría contentísimo. Pero no son errores, están juzgando mis criterios judiciales y mis sentencias, que no pueden ser sometidas a una revisión política. Lo que hace el jurado es ponerse a analizar mis decisiones y las coteja con las leyes, con la jurisprudencia de la Corte e interpreta si están bien o estaban mal. Esto no lo puede hacer un jurado, porque es parte de las garantías e independencia de los jueces no poder ser juzgado por el contenido de nuestras sentencias. Para eso están las distintas instancias de revisión, de apelación, pero no pueden ser sometidas a una revisión política, y esto es lo que verdaderamente han hecho. Yo siempre he sido muy meticuloso en la decisiones que hemos adoptado que no han sido personales, sino producto de una reflexión conjunta de un equipo de trabajo donde todos debatíamos que hacer frente a cada caso. No fueron caprichos individuales de un juez,

siempre hubo participación en las decisiones. Bueno, fuimos muy prolijos en todo eso y trabajamos muchísimo, intensamente para dar un buen servicio de justicia. Los abogados nos elegían todos los años, por cinco años consecutivos, como el mejor juzgado contencioso. Pero además, con puntajes, ya que el colegio de abogados lleva una encuesta con distintos ítems: atención en la mesa de entradas, prontitud y calidad de los despachos. En todos los puntajes estamos muy por encima de la media de cualquier juzgado de todos los fueros. Y fíjense que paradoja que, mientras los abogados como el mejor juzgado, los representantes de los colegios de abogados que estaban en el juri, me destituyen. Que no deberían ser representantes de los colegios de abogados, porque esa fue otra de las trampas que hicieron. La Corte reglamentó la Constitución, cosa que no puede hacer porque para eso está la legislatura, y en vez de designar con jueces la matrícula a todos los matriculados que reúnan las condiciones para ser jueces de la Corte, pone cupos a los colegios de abogados, arbitrarios, 15 La Plata, 15 San Isidro, 2 La Matanza....totalmente arbitrario que no guarda relación con la cantidad de habitantes ni de los colegiados y les deja a los colegios profesionales confeccionar sus listas. Y entonces, lógicamente, los miembros de los colegios se ponen ellos mismos, porque adquieren un poder de decisión sobre la destitución de magistrados que les sirve a su vez para negociar en el consejo de la magistratura, porque ellos también están en el colegio de la magistratura. Entonces es un toma y daca, se presta a ese tipo de situaciones.

REDEA: Para ir cerrando esta entrevista, agradeciendo su amabilidad de atendernos, le hacemos una última pregunta. De acá en adelante, ¿qué piensa hacer? ¿Cómo sigue esto? Suponemos que por su impronta, por sus características de personalidad y por la verdad que se siente en sus palabras, podemos imaginar que seguirá luchando por aquello que cree que corresponde. ¿Está pensando en alguna vía recursiva, impugnar la decisión, incluso en ámbitos internacionales?

ARIAS: Si, por supuesto. Mi anhelo no es tener más recursos de los que tengo para vivir, en verdad no necesito mucho para vivir, de modo que eso no va ser un problema para mí, tengo ofertas de trabajo. No creo que vuelva al ejercicio de la profesión como abogado litigante, pero sí creo que voy a estar presente en diversas organizaciones con la finalidad de mejorar, de proyectar transformaciones en el poder judicial y a favor de los derechos. Creo que esa va a ser mi tarea a futuro. Hay mucho por hacer, necesitamos un poder judicial plural. Yo no estoy en contra de que una persona como Rosenkrantz, que representa los intereses corporativos de las empresas, que siempre ha representado a los grandes medios de comunicación como abogado, esté en la Corte. Pero también digo que quiero un juez indígena, quiero igualdad de género, quiero abogados que se hayan comprometido en materia de derechos humanos, en materia ambiental, en materia de género...¿por qué no un juez trans?, no sé, se me ocurre que debemos avanzar hacia una diversidad dentro del poder judicial que hoy no tenemos. El poder judicial constituye una verdadera casta social, que se reproduce generación por generación con apellidos que se van repitiendo todo el tiempo. Creo que hay que abrirlo a la comunidad y hacer un poder judicial mucho más plural y diverso. Esa va a ser la tarea que voy a tratar de encarar hacia el futuro, pelear por eso. Y en relación a la pregunta sobre la posibilidad de apelar la decisión del jurado de enjuiciamiento, estamos agotando la vía interna. Sabemos que es una formalidad, que no vamos a obtener resultados positivos dentro del sistema judicial nacional. No solo por el contexto político del que hablábamos, sino también por la falta de recursos efectivos que nos permitan impugnar acabadamente la resolución del juri que son casi 500 páginas. Pensemos que un recurso ante la Corte de la Nación pueden ser solamente 40, es imposible relatar los antecedentes, no vamos a poder defendernos adecuadamente dentro de instancias nacionales. Pensamos sí que en el sistema interamericano, ya sea a través de la Comisión o de la Corte vamos a poder revertir la situación. La Corte Interamericana

ya tiene un pronunciamiento de admisibilidad de un juez en la Provincia de Buenos Aires, el caso Rico, ya se ha convocado a instancias de mediación. Porque la Comisión entiende que se han violado los estándares establecidos por la generalidad en cuanto a la tipificación de las conductas que violan el principio de legalidad y por la inexistencia de acciones para poder estas decisiones. Esto va a llevar su tiempo, pero lo vamos hacer, no solamente por mi situación particular, sino también porque institucionalmente va a ser muy importante para quitarle presión al poder judicial y ponerle freno a todos estos avasallamientos.

REDEA: Muchas gracias por su tiempo, Dr. Arias.

ARIAS: De nada, el agradecido soy yo.

Escriben en este número:

ALBA NÁJERA, Stefania Giovanna
ARTAS, Luis
BALDI, Eduardo
BONAVIDES, Paulo
CABRAL, Pablo Octavio
CARRIL, Camila
CASTRO, Paloma Lara
CIEZA, Daniel
DE LA VEGA, César Alanis
DI NELLA, Dino
DÍAZ, Juan Francisco
FIDMAN, Ramiro Manuel
FORSTER, Ricardo
GALVÁN, Ezequiel
GANDULFO, Dolores
GARCÍA, María Fernanda
GONZÁLEZ, Pablo Gastón
GRECO, Martiniano
HERNÁNDEZ, Lucía
KUNUSCH, Leandro
LÓPEZ, José Ignacio
MARCONDES MARTINS, Ricardo
MARENGO, Dolores
MOLINA VILLAR, Ana Carolina
ROSS, Zarina Eladia
SISTI, Pedro Luis
TASENDE ITURVIDE, Ignacio Jorge
TORTI IERMINI, Marcos Antonio
VALENZUELA, Diego Exequiel
VELÁZQUEZ BAQUERIZO, Ernesto
VERBIC, Francisco
VÉRTIZ MEDINA, James
ZAFFARONI, Eugenio Raúl



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR